

# RECOPILOACIÓN DOCTRINA LEGAL AÑO 2011



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

Edita: Consejo Jurídico de la Región de Murcia  
Maquetación: Consejo Jurídico de la Región de Murcia  
ISSN: 2254-1071  
Depósito Legal: MU-1309-2000  
Internet: <http://www.consejojuridicomurcia.es>



## **Composición**

### **Presidente:**

Excmo. Sr. D. Mariano García Canales.

### **Consejeros:**

Excmo. Sr. D. Manuel Martínez Ripoll

Excmo. Sr. D. Luis Alberto Gálvez Muñoz

Excmo. Sr. D. José Antonio Cobacho Gómez

Excmo. Sr. D. Antonio Gómez Fayrén

### **Letrado-Secretario General:**

Sr. D. Manuel M<sup>a</sup>. Contreras Ortiz.



## Presentación

La publicación de la doctrina legal del Consejo Jurídico de la Región de Murcia de 2011, igual que la del precedente año 2010, tiene el propósito de obtener la mayor difusión posible economizando costes y ganar en eficiencia, prescindiendo de la edición en forma de libro.

El contenido, a pesar del cambio de soporte, se sistematiza de igual forma que el de los libros que se editaron hasta la Doctrina del año 2009, es decir, se reseñan la totalidad de los Dictámenes, aunque evitando la reproducción completa de aquéllos cuyas consideraciones jurídicas son reiteración de las recogidas en otros de idéntica o similar naturaleza, y se mantienen los índices numéricos, por títulos legales y por referencias normativas.

Consejeros, Letrados, Documentalista y demás colaboradores hacen posible que el Consejo cumpla la obligación de publicar la Doctrina legal que le impone el artículo 62 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento (Decreto 15/1998, de 2 de abril), dentro del marco de su función institucional de velar por la observancia de la Constitución, del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia y del resto del Ordenamiento Jurídico.

También se puede consultar la doctrina en la siguiente dirección electrónica:

**<http://www.consejuridicomurcia.es>**



## Índice numérico

<b>Nº</b>	<b>ASUNTO</b>
01-11	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por el anormal funcionamiento del Servicio de Protección del Menor.
02-11	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
03-11	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
04-11	Revisión de oficio de actos nulos solicitada por x, como consecuencia de un procedimiento de comprobación de valores.
05-11	Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Desarrollo de Proyectos de Instalaciones Térmicas y de Fluidos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
06-11	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un centro escolar.
07-11	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
08-11	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
09-11	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
10-11	Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 16/2003, de 7 de marzo, por el que se crea y regula la composición y funciones del Consejo Asesor Regional de Formación Profesional.
11-11	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
12-11	Resolución de contrato formalizado con la empresa --, para la ejecución de la obra de Urbanización del plan parcial Llano del Barco.
13-11	Revisión de oficio solicitada por x, contra los actos liquidatorios y de sanción impuesta a la mercantíl --.
14-11	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
15-11	Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Regional para la Habitabilidad y Accesibilidad.

- 16-11 Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, de la obra denominada "Biblioteca Municipal en el Barrio del Parral".
- 17-11 Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, por la constitución de un derecho de superficie con destino a la construcción de un colegio en el municipio de Totana.
- 18-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 19-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 20-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de daños psicológicos.
- 21-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 22-11 Revisión de oficio de actos nulos solicitada por x, como consecuencia del devengo de un impuesto de sucesiones y donaciones.
- 23-11 Responsabilidad patrimonial instada por la mercantil --, como consecuencia de los daños sufridos por la no publicación en el BORM de diversos anuncios de aprobación de planes parciales urbanísticos en el municipio de Murcia.
- 24-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 25-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 26-11 Reclamación patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en vehículo de su propiedad.
- 27-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la agresión de un alumno.
- 28-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 29-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otro, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 30-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de --, como consecuencia de los daños sufridos por el sacrificio obligatorio de ganado caprino durante los años 2008 y 2009.
- 31-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 32-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios educativos.

- 33-11 Resolución de contrato para la concesión de terrenos del término municipal de Fortuna para la explotación de una cantera.
- 34-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 35-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por el fallecimiento de su hijo en accidente de tráfico.
- 36-11 Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 37-11 Revisión de oficio de la anulación de la admisión en la Universidad de Murcia - Facultad de Medicina, en concepto de continuación de estudios en otra universidad, y la convalidación de asignaturas efectuadas a favor de x.
- 38-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 39-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija x, debida a accidente escolar.
- 40-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de daños sufridos en accidente de circulación.
- 41-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 42-11 Responsabilidad patrimonial instada por x. y otra, en nombre y representación de su hijo x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 43-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 44-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 45-11 Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia.
- 46-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 47-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 48-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

- 49-11 Resolución de contrato formalizado con la empresa --, para la ejecución de la obra Ampliación del puente a su paso por la Rambla de la Santa, en el municipio de Totana.
- 50-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 51-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por caída dentro un autobús de línea regular.
- 52-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 53-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios dependientes de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.
- 54-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 55-11 Responsabilidad patrimonial instada por x,y., por los daños sufridos en sus viviendas, como consecuencia de la realización de la obra "entubamiento de la acequia Puxmarina, tramos I, II, III y IV en la pedanía de la Raya".
- 56-11 Revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho a instancia de --, en relación con la subasta y liquidación por el impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- 57-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 58-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 59-11 Resolución de contrato de concesión para ocupación de terrenos en el monte "Puntales de Sánchez" en el municipio de Fortuna.
- 60-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija x, debida a accidente escolar.
- 61-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar
- 62-11 Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a los servicios y prestaciones económicas del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la CARM y el régimen de infracciones y sanciones.

- 63-11 Modificación del contrato de gestión de servicios públicos para la "Reserva y ocupación de 100 plazas en centro de día destinadas a personas con discapacidad intelectual en el municipio de Cartagena".
- 64-11 Resolución de contrato de gestión del servicio público de residencia de ancianos y centro de día de Calasparra.
- 65-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 66-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por una caída en vía pública.
- 67-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 68-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 69-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 70-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 71-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 72-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 73-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 74-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en accidente de circulación.
- 75-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 76-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por una descarga eléctrica provocada por un transformador propiedad de la CARM.
- 77-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en representación de la Empresa --, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 78-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 79-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios

- 80-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 81-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 82-11 Interpretación del contrato de la concesión de los servicios municipales de agua potable y alcantarillado del municipio de Totana.
- 83-11 Proyecto de Decreto por el que se modifican el Decreto 172/1995, de 22 de noviembre, Decreto 17/2003, de 14 de marzo, y el Decreto 349/2007, de 9 de noviembre, para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga el Decreto 66/2001, de 14 de septiembre.
- 84-11 Revisión de oficio para declarar nulidad del contrato "Servicio estancias diurnas-sed (año 2005).
- 85-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 86-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 87-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 88-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 89-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la irregular adjudicación del servicio de cafetería del I.E.S. "El Bohío" de los Dolores de Cartagena (Murcia).
- 90-11 Responsabilidad patrimonial instada por x en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 91-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad
- 92-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una yegua durante su estancia en el "--" de Lorca.
- 93-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 94-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 95-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, y, z., por los perjuicios causados por la anulación del canal de desagüe de la zona.

- 96-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 97-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 98-11 Reclamación patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en vehículo de su propiedad.
- 99-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la falta de notificación del laudo dictado por el Colegio Arbitral de Consumo.
- 100-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente de circulación.
- 101-11 Consulta facultativa relativa a propuesta de modificación formulada por el adjudicatario del contrato de concesión de uso privativo de cubiertas de edificios municipales en Fortuna (Murcia) para la instalación de plantas de producción de energía solar fotovoltaica.
- 102-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 103-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 104-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por un accidente de circulación.
- 105-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios educativos.
- 106-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 107-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 108-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otro, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 109-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 110-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos en un accidente de circulación.
- 111-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por accidente de circulación sufrido en la carretera regional F 26.
- 112-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otro, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

- 113-11 Proyecto de Decreto sobre el acceso y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la Función Pública de la Región de Murcia.
- 114-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 115-11 Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una finca de su propiedad.
- 116-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 117-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 118-11 Revisión de oficio de la resolución de compatibilidad a favor de x, dictada por el Director General de Recursos Humanos del Servicio Murciano de Salud por delegación del Director General.
- 119-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su esposo x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 120-11 Consulta facultativa sobre viabilidad urbanística de un tanatorio en Mazarrón.
- 121-11 Revisión de oficio de la licencia de obras para la construcción de vivienda unifamiliar a x, en Aljucer.
- 122-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo x, debida a accidente escolar.
- 123-11 Revisión de oficio instada por x sobre actos tributarios nulos .
- 124-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 125-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 126-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 127-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija x, debida a accidente escolar.
- 128-11 Proyecto de Orden por el que se establecen los precios públicos por la prestación de los servicios del sistema de autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 129-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios de la Consejería de Agricultura y Agua.

- 130-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 131-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija x, debida a accidente escolar.
- 132-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 133-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 134-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 135-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 136-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 137-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 138-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 139-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su asegurada x.
- 140-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 141-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia del accidente sufrido en en el Centro de Personas Mayores Murcia II.
- 142-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 143-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 144-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otro, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 145-11 Responsabilidad patrimonial instada por x., en nombre y representación de su hijo x, debida a accidente escolar.
- 146-11 Consulta facultativa para que se determine si en los procedimientos de responsabilidad patrimonial que se formulen ante la Administración Municipal, es preceptivo recabar el dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.
- 147-11 Resolución de contrato de gestión del servicio de Tanatorio Municipal de Fortuna.

- 148-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 149-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 150-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en relación con convocatoria concurso público de diversas bolsas de personal docente de sustitución.
- 151-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro sanitario.
- 152-11 Proyecto de Decreto por el que se dictan normas para la desinfección de vehículos destinados al transporte por carretera en el sector ganadero y se regula el registro de centros de desinfección de la Región de Murcia.
- 153-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 154-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo fallecido, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 155-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 156-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 157-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otra, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 158-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 159-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 160-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 161-11 Resolución del contrato de obras de remodelación de la calle Goya entre la calle Mañas y el Camino de los Franceses.
- 162-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 163-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 164-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

- 165-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 166-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otra, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 167-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 168-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 169-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por caída en la estación de autobuses de Cartagena.
- 170-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 171-11 Proyecto de Decreto de Régimen Jurídico de la Gestión Electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 172-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 173-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 174-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 175-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otra, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 176-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija incapaz x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 177-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 178-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 179-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 180-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 181-11 Proyecto de Orden por el que se regula la evaluación de directores de centros docentes públicos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

- 182-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 183-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios dependientes de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.
- 184-11 Modificación del contrato suscrito con la mercantil x, para la gestión indirecta, mediante concesión, del servicio público de mantenimiento y conservación de la iluminación de espacios públicos, de los semáforos, de la iluminación en periodos de fiestas, de la iluminación navideña y conservación de nuevas instalaciones en el término municipal de San Javier.
- 185-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 186-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una caída en autobús de línea regular.
- 187-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 188-11 Proyecto de Decreto por el que se regulan los requisitos para el ejercicio del Buceo Deportivo Recreativo y los Centros de Buceo en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 189-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 190-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 191-11 Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 192-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 193-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 194-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 195-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 196-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

- 197-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 198-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 199-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 200-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 201-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 202-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por el mal funcionamiento de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación.
- 203-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 204-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 205-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, sobre demora de resolución de concurso de méritos.
- 206-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 207-11 Revisión de oficio para declarar nulo contrato formalizado con la mercantil --.
- 208-11 Resolución del contrato de obras de centro ocupacional diurno para disminuídos psíquicos en Llano del Barco de Archena.
- 209-11 Responsabilidad patrimonial instada por x como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 210-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 211-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 212-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 213-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

- 214-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por su no contratación como Ingeniero Técnico en Informática de Gestión por la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos.
- 215-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 216-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 217-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 218-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por sustracción de un ordenador portátil en las taquillas de la Biblioteca General de la Universidad de Murcia, en el Campus de Espinardo.
- 219-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente escolar.
- 220-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por el mal funcionamiento de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación.
- 221-11 Proyecto de Decreto por el que se desarrolla el derecho a la asistencia sanitaria solidaria para ciudadanos extranjeros carentes de recursos económicos que se encuentren en la Región de Murcia.
- 222-11 Proyecto de decreto por el que se aprueba el reglamento orgánico de los centros integrados de formación profesional de titularidad pública de la Región de Murcia.
- 223-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 224-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 225-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios educativos.
- 226-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otro, como consecuencia de los daños sufridos envehículos de su propiedad.
- 227-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 228-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 229-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

- 230-11 Proyecto de Decreto por el que se establecen normas adicionales aplicables a las instalaciones eléctricas aéreas de alta tensión con objeto de proteger la avifauna y atenuar los impactos ambientales.
- 231-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 232-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 233-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 234-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 235-11 Anteproyecto de Ley de Presupuesto Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2012.
- 236-11 Anteproyecto de Ley de Medidas fiscales y de fomento económico de la Región de Murcia para el año 2012.
- 237-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por no haber sido contratada como economista.
- 238-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por caída en centro hospitalario.
- 239-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por caída en centro hospitalario.
- 240-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 241-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 242-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 243-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 244-11 Revisión de oficio instada por x, en relación con el expediente sancionador en materia urbanística.
- 245-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 246-11 Reconocimiento de obligaciones o gastos con omisión de fiscalización previa de la contratación de las obras de adaptación de la Residencia de Personas Mayores de Cartagena, a personas dependientes, fase 2.

- 247-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 248-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 249-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente escolar.
- 250-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otra, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 251-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una finca de cultivo de almendros de su propiedad.
- 252-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 253-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por caída en un centro sanitario.
- 254-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 255-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por pérdida de una prótesis dental en centro hospitalario.
- 256-11 Proyecto de Decreto por el que se establece la ordenación de las explotaciones ovinas y caprinas de la Región de Murcia.
- 257-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 258-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 259-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 260-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 261-11 Revisión de Oficio instada por x, relativa a la liquidación del impuesto sobre Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- 262-11 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico en Administración de sistemas informáticos en red en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 263-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 264-11 Revisión de oficio interpuesta por x, como consecuencia de la desestimación de la solicitud de certificado de empadronamiento por omisión.

- 265-11 Revisión de oficio para declarar la nulidad del Decreto Alcaldía-Presidencia nº 197, de fecha 22 de febrero de 2011, de contratación laboral (San Pedro del Pinatar).
- 266-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 267-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 268-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 269-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 270-11 Revisión de oficio solicitada por x, contra los actos liquidatorios y de sanción impuesta a la mercantil y.
- 271-11 Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter estatal.
- 272-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 273-11 Revisión de oficio a instancia de x, en representación de y, en relación con expediente sancionador por infracción en materia de prevención de riesgos laborales.
- 274-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente escolar.
- 275-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 276-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 277-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente escolar.
- 278-11 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico en Guía, Información y Asistencias Turísticas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 279-11 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en instalaciones de telecomunicaciones en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 280-11 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico en agencias de viajes y gestión de eventos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 281-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, y otro, como consecuencia de los daños sufridos en un accidente de tráfico.

- 282-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo.
- 283-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 284-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 285-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.



## ÍNDICE POR TÍTULOS COMPETENCIALES

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

### **CONSULTAS FACULTATIVAS (Total 4)**

- 101-11 Consulta facultativa relativa a propuesta de modificación formulada por el adjudicatario del contrato de concesión de uso privativo de cubiertas de edificios municipales en Fortuna (Murcia) para la instalación de plantas de producción de energía solar fotovoltaica
- 120-11 Consulta facultativa sobre viabilidad urbanística de un tanatorio en Mazarrón
- 146-11 Consulta facultativa para que se determine si en los procedimientos de responsabilidad patrimonial que se formulen ante la Administración Municipal, es preceptivo recabar el dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.
- 264-11 Recurso de revisión interpuesto por x, como consecuencia de la desestimación de la solicitud de certificado de empadronamiento por omisión.

### **CONSULTAS PRECEPTIVAS (Total 281)**

#### **Anteproyectos de reforma del Estatuto de Autonomía (0)**

#### **Anteproyectos de ley (3)**

- 45-11 Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia.
- 235-11 Anteproyecto de Ley de Presupuesto Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2012.
- 236-11 Anteproyecto de Ley de Medidas fiscales y de fomento económico de la Región de Murcia para el año 2012.

#### **Proyectos de decretos legislativos (0)**

**Anteproyectos de Ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que sea su rango, que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo Jurídico (0)**

**Proyectos de reglamento o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado (21)**

- 05-11 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Desarrollo de Proyectos de Instalaciones Térmicas y de Fluidos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 10-11 Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 16/2003, de 7 de marzo, por el que se crea y regula la composición y funciones del Consejo Asesor Regional de Formación Profesional.
- 15-11 Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Regional para la Habitabilidad y Accesibilidad.
- 62-11 Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a los servicios y prestaciones económicas del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la CARM y el régimen de infracciones y sanciones.
- 83-11 Proyecto de Decreto por el que se modifican el Decreto 172/1995, de 22 de noviembre, Decreto 17/2003, de 14 de marzo, y el Decreto 349/2007, de 9 de noviembre, para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga el Decreto 66/2001, de 14 de septiembre.
- 113-11 Proyecto de Decreto sobre el acceso y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la Función Pública de la Región de Murcia.
- 128-11 Proyecto de Orden por el que se establecen los precios públicos por la prestación de los servicios del sistema de autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 152-11 Proyecto de Decreto por el que se dictan normas para la desinfección de vehículos destinados al transporte por carretera en el sector ganadero y se regula el registro de centros de desinfección de la Región de Murcia.
- 171-11 Proyecto de Decreto de Régimen Jurídico de la Gestión Electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 181-11 Proyecto de Orden por el que se regula la evaluación de directores de centros docentes públicos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 188-11 Proyecto de Decreto por el que se regulan los requisitos para el ejercicio del Buceo Deportivo Recreativo y los Centros de Buceo en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 191-11 Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 221-11 Proyecto de Decreto por el que se desarrolla el derecho a la asistencia sanitaria solidaria para ciudadanos extranjeros carentes de recursos económicos que se encuentren en la Región de Murcia.

- 222-11 Proyecto de decreto por el que se aprueba el reglamento orgánico de los centros integrados de formación profesional de titularidad pública de la Región de Murcia.
- 230-11 Proyecto de Decreto por el que se establecen normas adicionales aplicables a las instalaciones eléctricas aéreas de alta tensión con objeto de proteger la avifauna y atenuar los impactos ambientales.
- 256-11 Proyecto de Decreto por el que se establece la ordenación de las explotaciones ovinas y caprinas de la Región de Murcia.
- 262-11 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico en Administración de sistemas informáticos en red en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 271-11 Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter estatal.
- 278-11 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico en Guía, Información y Asistencias Turísticas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 279-11 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en instalaciones de telecomunicaciones en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 280-11 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico en agencias de viajes y gestión de eventos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

### **Revisión de oficio de los actos administrativos en los casos previstos por las Leyes (13)**

- 04-11 Revisión de oficio de actos nulos solicitada por x, como consecuencia de un procedimiento de comprobación de valores.
- 13-11 Revisión de oficio solicitada por x, contra los actos liquidatorios y de sanción impuesta a la mercantil --.
- 22-11 Revisión de oficio de actos nulos solicitada por x, como consecuencia del devengo de un impuesto de sucesiones y donaciones.
- 37-11 Revisión de oficio de la anulación de la admisión en la Universidad de Murcia - Facultad de Medicina, en concepto de continuación de estudios en otra universidad, y la convalidación de asignaturas efectuadas a favor de x.
- 56-11 Revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho a instancia de -- , en relación con la subasta y liquidación por el impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- 118-11 Revisión de oficio de la resolución de compatibilidad a favor de x, dictada por el Director General de Recursos Humanos del Servicio Murciano de Salud por delegación del

Director General.

- 121-11 Revisión de oficio de la licencia de obras para la construcción de vivienda unifamiliar a x. en Aljucer.
- 123-11 Revisión de oficio instada por x sobre actos tributarios nulos.
- 244-11 Revisión de oficio instada por x, en relación con el expediente sancionador en materia urbanística
- 261-11 Revisión de Oficio instada por x, relativa a la liquidación del impuesto sobre Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- 265-11 Revisión de oficio para declarar la nulidad del Decreto Alcaldía-Presidencia nº 197, de fecha 22 de febrero de 2011, de contratación laboral (San Pedro del Pinatar).
- 270-11 Revisión de oficio solicitada por x, contra los actos liquidatorios y de sanción impuesta a la mercantil --.
- 273-11 Revisión de oficio a instancia de x, en representación de --, en relación con expediente sancionador por infracción en materia de prevención de riesgos laborales.

### **Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos y concesiones cuando se formule oposición por parte del contratista (13)**

- 12-11 Resolución de contrato formalizado con la empresa --, para la ejecución de la obra de Urbanización del plan parcial Llano del Barco.
- 16-11 Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, de la obra denominada "Biblioteca Municipal en el Barrio del Parral".
- 17-11 Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, por la constitución de un derecho de superficie con destino a la construcción de un colegio en el municipio de Totana.
- 33-11 Resolución de contrato para la concesión de terrenos del término municipal de Fortuna para la explotación de una cantera.
- 49-11 Resolución de contrato formalizado con la empresa --, para la ejecución de la obra Ampliación del puente a su paso por la Rambla de la Santa, en el municipio de Totana.
- 59-11 Resolución de contrato de concesión para ocupación de terrenos en el monte "Puntales de Sánchez" en el municipio de Fortuna.
- 64-11 Resolución de contrato de gestión del servicio público de residencia de ancianos y centro de día de Calasparra.
- 82-11 Interpretación del contrato de la concesión de los servicios municipales de agua potable y alcantarillado del municipio de Totana.
- 84-11 Revisión de oficio para declarar nulidad del contrato "Servicio estancias diurnas-sed (año 2005).
- 147-11 Resolución de contrato de gestión del servicio de Tanatorio Municipal de Fortuna.

- 161-11 Resolución del contrato de obras de remodelación de la calle Goya entre la calle Mañas y el Camino de los franceses.
- 207-11 Revisión de oficio para declarar nulo contrato formalizado con la mercantil --.
- 208-11 Resolución del contrato de obras de centro ocupacional diurno para disminuidos psíquicos en Llano del Barco de Archena.

### **Modificación de contratos administrativos de cuantía superior al veinte por ciento del precio inicial, siendo éste igual o superior a cien millones de pesetas (2)**

- 63-11 Modificación del contrato de gestión de servicios públicos para la "Reserva y ocupación de 100 plazas en centro de día destinadas a personas con discapacidad intelectual en el municipio de Cartagena".
- 184-11 Modificación del contrato suscrito con la mercantil --, para la gestión indirecta, mediante concesión, del servicio público de mantenimiento y conservación de la iluminación de espacios públicos, de los semáforos, de la iluminación en periodos de fiestas, de la iluminación navideña y conservación de nuevas instalaciones en el término municipal de San Javier.

### **Reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración Regional (228)**

- 01-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por el anormal funcionamiento del Servicio de Protección del Menor.
- 02-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 03-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 06-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un centro escolar.
- 07-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 08-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 09-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 11-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 14-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

- 18-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 19-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 20-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de daños psicológicos.
- 21-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 23-11 Responsabilidad patrimonial instada por la mercantil - -, como consecuencia de los daños sufridos por la no publicación en el BORM de diversos anuncios de aprobación de planes parciales urbanísticos en el municipio de Murcia.
- 24-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 25-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 26-11 Reclamación patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en vehículo de su propiedad.
- 27-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la agresión de un alumno.
- 28-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 29-11 Responsabilidad patrimonial instada por x. y otro, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 30-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de - -, como consecuencia de los daños sufridos por el sacrificio obligatorio de ganado caprino durante los años 2008 y 2009.
- 31-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 32-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios educativos.
- 34-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 35-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por el fallecimiento de su hijo en accidente de tráfico.
- 36-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

- 38-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 39-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 40-11 Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de daños sufridos en accidente de circulación.
- 41-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 42-11 Responsabilidad patrimonial instada por x. y otra, en nombre y representación de su hijo, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 43-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 44-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 46-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 47-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 48-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 50-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 51-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por caída dentro un autobús de línea regular.
- 52-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 53-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios dependientes de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.
- 54-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 55-11 Responsabilidad patrimonial instada por x,y, por los daños sufridos en sus viviendas, como consecuencia de la realización de la obra "entubamiento de la acequia Puxmarina, tramos I, II, III y IV en la pedanía de la Raya"

- 57-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 58-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 60-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 61-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 65-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 66-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por una caída en vía pública.
- 67-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 68-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 69-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 70-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 71-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 72-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 73-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 74-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en accidente de circulación.
- 75-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 76-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por una descarga eléctrica provocada por un transformador propiedad de la CARM.
- 77-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en representación de la Empresa --, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

- 78-11 Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 79-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 80-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 81-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 85-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 86-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 87-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 88-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 89-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la irregular adjudicación del servicio de cafetería del I.E.S. "El Bohío" de los Dolores de Cartagena (Murcia).
- 90-11 Responsabilidad patrimonial instada por x. en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 91-11 Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 92-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una yegua durante su estancia en el "--" de Lorca.
- 93-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 94-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 95-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, y, z., por los perjuicios causados por la anulación del canal de desagüe de la zona.
- 96-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 97-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

- 98-11 Reclamación patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en vehículo de su propiedad.
- 99-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la falta de notificación del laudo dictado por el Colegio Arbitral de Consumo.
- 100-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente de circulación.
- 102-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 103-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 104-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por un accidente de circulación.
- 105-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios educativos.
- 106-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 107-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 108-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otro, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 109-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
- 110-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos en un accidente de circulación.
- 111-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por accidente de circulación sufrido en la carretera regional F 26.
- 112-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otro, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
- 114-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 115-11 Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una finca de su propiedad.
- 116-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

- 117-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitario.
- 119-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su esposo x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 122-11 Responsabilidad patrimonial instada por x en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 124-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 125-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 126-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 127-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija x, debida a accidente escolar.
- 129-11 Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios de la Consejería de Agricultura y Agua.
- 130-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 131-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 132-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 133-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 134-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 135-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 136-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 137-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar
- 138-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

- 139-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su asegurada x.
- 140-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 141-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia del accidente sufrido en en el Centro de Personas Mayores Murcia II.
- 142-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 143-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 144-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otro, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 145-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 148-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 149-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 150-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en relación con convocatoria concurso público de diversas bolsas de personal docente de sustitución.
- 151-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro sanitario.
- 153-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 154-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo fallecido, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 155-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 156-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 157-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otra, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 158-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

- 159-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 160-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 162-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 163-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 164-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 165-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 166-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otra, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 167-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 168-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 169-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por caída en la estación de autobuses de Cartagena.
- 170-11 Responsabilidad patrimonial instada por x en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 172-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 173-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 174-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 175-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otra, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 176-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija incapaz x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 177-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

- 178-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 179-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 180-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 182-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
- 183-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios dependientes de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.
- 185-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 186-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una caída en autobús de línea regular.
- 187-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 189-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 190-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 192-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 193-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 194-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 195-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 196-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 197-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 198-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

- 199-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 200-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 201-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 202-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por el mal funcionamiento de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación.
- 203-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 204-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 205-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, sobre demora de resolución de concurso de méritos.
- 206-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 209-11 Responsabilidad patrimonial instada por x como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 210-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 211-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 212-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 213-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 214-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por su no contratación como Ingeniero Técnico en Informática de Gestión por la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos.
- 215-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 216-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 217-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

- 218-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por sustracción de un ordenador portátil en las taquillas de la Biblioteca General de la Universidad de Murcia, en el Campus de Espinardo.
- 219-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente escolar.
- 220-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por el mal funcionamiento de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación.
- 223-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 224-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 225-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios educativos.
- 226-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y, como consecuencia de los daños sufridos en vehículos de su propiedad.
- 227-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 228-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 229-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 231-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 232-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 233-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 234-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 237-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por no haber sido contratada como economista.
- 238-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por caída en centro hospitalario.
- 239-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por caída en centro hospitalario.

- 240-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 241-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x. por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 242-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 243-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 245-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 247-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 248-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 249-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente escolar.
- 250-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otra, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 251-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una finca de cultivo de almendros de su propiedad.
- 252-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 253-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por caída en un centro sanitario.
- 254-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 255-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por pérdida de una prótesis dental en centro hospitalario.
- 257-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 258-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 259-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 260-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

- 263-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 266-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 267-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 268-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 269-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 272-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 274-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente escolar.
- 275-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 276-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 277-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente escolar.
- 281-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otro, como consecuencia de los daños sufridos en un accidente de tráfico.
- 282-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo.
- 283-11 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 284-11 Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 285-11 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Anteproyecto de Ley de concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito (0)**

**Propuestas de transacciones extrajudiciales y de sometimiento a arbitraje sobre los bienes y derechos de la Hacienda Regional (0)**

**Propuestas que se proyecte elevar al Consejo de Gobierno sobre reconocimiento de obligaciones o gastos fundamentales en la omisión de la intervención previa de los mismos (1)**

246-11 Reconocimiento de obligaciones o gastos con omisión de fiscalización previa de la contratación de las obras de adaptación de la Residencia de Personas Mayores de Cartagena, a personas dependientes, fase 2

**Propuestas de resolución de reparos formulados o confirmados por la Intervención General de la Comunidad Autónoma, y que deban ser decididos por el Consejo de Gobierno (0)**

**Propuestas de resolución de expedientes administrativos de responsabilidad contable que corresponda decidir al Consejo de Gobierno (0)**

**Pliegos generales para contratación y para concesiones (0)**

**Alteración, creación y supresión de municipios (0)**

**Cualquier otro asunto, que por disposición expresa de una Ley, haya de ser consultado al Consejo (0)**



## Índice de referencias normativas

### ÁMBITOS

1. Normativa Comunitaria
2. Normativa Estatal
3. Normativa Autonómica Región de Murcia
4. Normativa Autonómica de otras comunidades

### ORGANIZACIÓN DE LAS DISPOSICIONES

1. Pacto Internacional
2. Convenio Internacional
3. Tratado Internacional
4. Tratado de la C.E.
5. Directiva de la C.E.
6. Reglamento Comunitario
7. Constitución Española de 27 de diciembre de 1978
8. Estatutos de Autonomía
9. Ley Orgánica
10. Ley
11. Texto Articulado
12. Texto Refundido
13. Real Decreto-Ley
14. Real Decreto Legislativo
15. Decreto Legislativo
16. Real Decreto
17. Decreto
18. Códigos
19. Orden
20. Reglamento
21. Ordenanza
22. Resolución
23. Resolución Rectoral
24. Acuerdo
25. Decreto del Presidente

NOTA: Dentro de cada ámbito, tanto la disposición como los *Artículos* citados aparecen resaltados en negrita para facilitar su localización, ordenándose por fecha de publicación. Asimismo, se agrupan los dictámenes en los que se hace referencia a dicha disposición.

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

### **04.- Tratado de la C.E.**

**Tratado de la Unión Europea (1992).***Artículo 50:* 83-11

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

**79/409/CEE, del Consejo de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres.**

*Genérico:* 230-11.

**92/43/CEE, del Consejo de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.**

*Genérico:* 230-11.

**2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).**

*Artículo 15:* 105-11.

**2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.**

*Genérico:* 113-11.

**2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.**

*Genérico:* 83-11.

**2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior.**

*Genérico:* 23-11, 152-11, 188-11, 256-11. *Artículo 7:* 171-11. *Artículo 43:* 83-11. *Artículo 44:* 83-11.

*Artículo 49:* 83-11.

**2009/147/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres.**

*Artículo 18:* 230-11.

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

**(CE) Nº 21/2004 del Consejo de 17 de diciembre de 2003, por el que se establece un sistema de identificación y registro de los animales de las especies ovina y caprina y se modifica el Reglamento (CE) nº 1782/2003 y las Directivas 92/102/CEE y 64/432/CEE.**

*Artículo 5 :* 256-11.

**(CE) Nº 852/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la higiene de los productos alimenticios.**

*Genérico:* 83-11.

## **ÁMBITO 2.- Normativa Estatal**

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

*Artículo 9* :113-11. *Artículo 10*: 29-11.*Artículo 13*: 221-11. *Artículo 18*: 105-11.*Artículo 23*: 113-11, 265-11, 271-11. *Artículo 24*: 04-11, 22-11, 32-11, 56-11, 99-11, 123-11, 205-11, 244-11, 261-11, 273-11. *Artículo 25*: 04-11, 22-11, 56-11, 123-11. *Artículo 27*: 262-11, 278-11, 279-11, 280-11. *Artículo 33*: 146-11. *Artículo 38*: 230-11. *Artículo 43* :02-11, 03-11, 07-11, 08-11, 09-11, 19-11, 21-11, 24-11, 25-11, 34-11, 36-11, 42-11, 43-11, 47-11, 48-11, 57-11, 58-11, 73-11, 75-11, 78-11, 79-11, 87-11, 107-11, 109-11, 112-11, 114-11, 116-11, 117-11, 119-11, 125-11, 140-11, 144-11, 148, 153-11, 154-11, 157-11, 162-11, 166-11, 167-11, 168-11, 174-11, 175, 176-11, 178-11, 179-11, 180-11, 182-11, 189-11, 193-11, 194-11, 195, 200-11, 203-11, 210-11, 213-11, 227-11, 228-11, 229-11, 231-11, 233, 234-11, 240-11, 241-11, 242-11, 243-11, 247-11, 248-11, 250-11, 252-11, 257-11, 260-11, 267-11, 268-11, 272, 275-11, 284-11, 285-11. *Artículo 49*: 113-11. *Artículo 66*: 235-11. *Artículo 103*: 113-11, 271-11. *Artículo 105*: 171-11, 273-11. *Artículo 106*: 02-11, 03-11, 07-11, 08-11, 09-11, 11-11, 14-11, 18-11, 19-11, 21-11, 23-11, 24-11, 25-11, 29-11, 30-11, 32-11, 34-11, 36-11, 42-11, 43-11, 44-11, 46-11, 47-11, 48-11, 55-11, 57-11, 58-11, 65-11, 67-11, 73-11, 74-11, 75-11, 76-11, 78-11, 79-11, 87-11, 88-11, 99-11, 102-11, 103, 104-11, 106-11, 107-11, 108-11, 109-11, 110-11, 112-11, 114-11, 115, 116-11, 117-11, 119-11, 125-11, 134-11, 140-11, 144-11, 145-11, 146-11, 148-11, 153-11, 154-11, 157-11, 158, 162-11, 166-11, 167-11, 168-11, 174-11, 175-11, 176-11, 177-11, 178, 179-11, 180-11, 182-11, 183-11, 185-11, 186-11, 187-11, 189-11, 193, 194-11, 195-11, 200-11, 202-11, 203-11, 205-11, 209-11, 210-11, 211, 213-11, 214-11, 220-11, 225-11, 226-11, 227-11, 228-11, 229-11, 231-11, 233-11, 234-11, 237-11, 238-11, 240, 241-11, 242-11, 243-11, 247-11, 248-11, 250-11, 251-11, 252-11, 257, 260-11, 267-11, 268-11, 272-11, 275-11, 276-11, 284-11, 285-11. *Artículo 134*: 235-11. *Artículo 135*: 235-11. *Artículo 139*: 230-11. *Artículo 149*: 45-11, 83-11, 146-11, 171-11, 221-11, 222-11, 230-11, 236-11

### **08.- Estatutos de Autonomía**

**Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia.**

*Artículo 9*: 113-11. *Artículo 10*: 15-11, 62-11, 113-11, 146-11, 152-11, 171-11, 188, 230-11, 236-11, 256-11. *Artículo 11*: 15-11, 83-11, 99-11, 230, 271-11. *Artículo 12*: 222-11. *Artículo 16*: 222-11, 262-11, 278, 279-11, 280-11. *Artículo 22*: 113-11. *Artículo 32*: 15-11, 62-11, 83-11, 113-11. *Artículo 43*: 236-11. *Artículo 46*: 235-11. *Artículo 51*: 113-11, 271-11. *Artículo 52*: 113-11, 271-11.

**Ley Orgánica 1/1998, de 15 de junio, de reforma de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia.**

*Artículo 11*: 221-11.

### **09.- Ley Orgánica**

**3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.**

*Artículo 22*: 146-11.

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

*Genérico:* 235-11.

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

*Artículo 9:* 270-11. *Artículo 10:* 270-11.

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

*Genérico:* 222-11.

**11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.**

*Artículo 2:* 105-11. *Artículo 8105-11.*

**1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.**

*Genérico:* 01-11.

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

*Genérico:* 171-11. *Artículo 3:* 105-11. *Artículo 6:* 105-11. *Artículo 7:* 105-11. *Artículo 9:* 105-11. *Artículo 11:* 105-11. *Artículo 12:* 105-11. *Artículo 16:* 105-11. *Artículo 19:* 105-11.

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

*Artículo 12 :*221-11.

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

*Genérico:* 235-11.

**6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.**

*Artículo 20:* 37-11. *Artículo 36:* 37-11.

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

*Genérico:* 83-11. *Artículo 1:* 222-11. *Artículo 4:* 222-11. *Artículo 8:* 05-11, 222-11. *Artículo 9:* 262-11, 278-11, 279-11, 280-11. *Artículo 10:* 05-11, 222-11, 262, 278-11, 279-11, 280-11. *Artículo 11:* 222-11.

**10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación.**

*Genérico:* 181-11.

**3/2004, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.**

*Genérico:* 146-11.

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

*Artículo 3:* 222-11. *Artículo 6:* 05-11, 262-11, 278-11, 279-11, 280-11. *Artículo 39:* 222-11, 262-11, 278-11, 279-11, 280-11. *Artículo 94:* 05-11. *Artículo 95:* 05-11. *Artículo 107:* 222-11. *Artículo 117:* 235-11. *Artículo 118:* 222-11. *Artículo 133:* 181-11. *Artículo 136:* 181-11. *Artículo 138:* 222-11. *Artículo 139:* 181-11.

**4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.**

*Genérico:* 37-11.

**2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.**

*Genérico:* 221-11.

**4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible, por la que se modifican las Leyes Orgánicas 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.**

*Genérico:* 146-11, 262-11, 278-11, 279-11, 280-11.

## **10.- Ley**

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

*Genérico:* 71-11.

**16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa.**

*Artículo 123:* 97-11, 186-11.

**8 de junio de 1957, sobre nueva Ley de Montes.**

*Artículo 2:* 59-11. *Artículo 10:* 59-11. *Artículo 21:* 59-11. *Artículo 22:* 59-11. *Artículo 38:* 59-11.

**17 de julio de 1958, sobre Procedimiento Administrativo.**

*Artículo 48:* 207-11.

**8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional.**

*Genérico:* 115-11.

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

*Artículo 43:* 139-11.

**13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.**

*Artículo 38:* 113-11.

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

*Genérico*: 113-11. *Artículo 15*: 265-11. *Artículo 23*: 238-11.

**53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.**

*Artículo 1*: 118-11. *Artículo 11*: 118-11. *Artículo 12*: 118-11.

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

*Artículo 21*: 49-11, 244-11, 265-11. *Artículo 22*: 64-11, 82-11, 184-11, 244-11, 265-11. *Artículo 23*: 120-11. *Artículo 25*: 26-11, 49-11, 83-11, 99-11, 120-11, 147-11. *Artículo 26*: 83-11, 147-11, 271-11. *Artículo 36*: 271-11. *Artículo 52*: 264-11, 265-11. *Artículo 53*: 121-11, 244-11, 265-11. *Artículo 54*: 146-11. *Artículo 65*: 271-11. *Artículo 79*: 101-11. *Artículo 84*: 83-11. *Artículo 86*: 120-11. *Artículo 90*: 265-11. *Artículo 92*: 271-11. *Artículo 98*: 271-11. *Artículo 99*: 271-11. *Artículo 110*: 244-11, 265-11. *Artículo 121*: 12-11. *Artículo 124*: 265-11.

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

*Artículo 9*: 50-11.

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

*Genérico*: 03-11, 07-11, 08-11, 09-11, 19-11, 21-11, 24-11, 25-11, 47-11, 48-11, 57-11, 73-11, 75-11, 78-11, 79-11, 107-11, 112, 114-11, 116-11, 117-11, 119-11, 125-11, 140-11, 144-11, 148-11, 154, 157-11, 162-11, 166-11, 167-11, 168-11, 174-11, 175-11, 177, 178-11, 179-11, 182-11, 189-11, 193-11, 194-11, 195-11, 200-11, 203, 210-11, 213-11, 227-11, 228-11, 229-11, 231-11, 233-11, 234-11, 240, 241-11, 242-11, 243-11, 247-11, 248-11, 250-11, 252-11, 260-11, 267, 268-11, 272-11, 275-11, 284-11. *Artículo 1*: 221-11. *Artículo 2*: 83-11. *Artículo 5*: 36-11. *Artículo 6*: 36-11. *Artículo 9*: 46-11, 58-11, 106-11, 109, 158-11, 257-11. *Artículo 10*: 02-11, 36-11, 42-11, 43-11, 46-11, 58-11, 106-11, 109-11, 153-11, 158-11, 176-11, 257-11, 285-11. *Artículo 25*: 83-11. *Artículo 67*: 180-11.

**16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres.**

*Artículo 21*: 186-11. *Artículo 128*: 169-11.

**23/1988, de 28 de julio, de Modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.**

*Genérico*: 113-11.

**24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.**

*Artículo 108*: 13-11, 270-11.

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

*Artículo 15*: 276-11.

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

*Artículo 12*: 230-11.

**27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.**

*Artículo 86:* 188-11.

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

*Artículo 2:* 37-11, 146-11. *Artículo 3:* 202-11. *Artículo 7:* 82-11, 99-11. *Artículo 12:* 68-11, 188-11. *Artículo 13:* 89-11, 265-11. *Artículo 14:* 265-11. *Artículo 22:* 15-11, 222-11. *Artículo 24:* 15-11. *Artículo 25:* 15-11. *Artículo 26:* 222, 271-11. *Artículo 27:* 15-11. *Artículo 28:* 37-11, 105, 218-11. *Artículo 29:* 105-11. *Artículo 31:* 13-11, 14-11, 32-11, 35-11, 36-11, 41-11, 43-11, 48-11, 50-11, 51-11, 53-11, 72-11, 74-11, 91-11, 97-11, 99-11, 104-11, 105-11, 110-11, 129, 140-11, 177-11, 205-11, 207-11, 255-11, 259-11, 270-11, 276-11, 281-11, 285-11. *Artículo 32:* 86-11, 98-11, 104, 119-11, 130-11, 159-11, 162-11, 245-11, 247-11, 276-11, 282-11, 285-11. *Artículo 33:* 283-11. *Artículo 35:* 34-11, 171-11, 236-11. *Artículo 38:* 62-11, 171-11. *Artículo 39:* 230-11. *Artículo 41:* 79-11. *Artículo 42:* 03-11, 12-11, 14-11, 15-11, 16-11, 17-11, 22-11, 37-11, 49-11, 52-11, 57-11, 58-11, 64-11, 65-11, 66-11, 74-11, 79-11, 96-11, 100-11, 105-11, 110, 116-11, 119-11, 121-11, 123-11, 130-11, 133-11, 142-11, 152-11, 161, 166-11, 168-11, 176-11, 177-11, 180-11, 193-11, 208-11, 231-11, 245, 257-11, 261-11, 265-11, 275-11. *Artículo 43:* 03-11, 23-11, 79-11, 177-11, 180-11, 271-11. *Artículo 44:* 12-11, 16-11, 17-11, 49-11, 149-11, 152-11, 161-11. *Artículo 45:* 171-11. *Artículo 46:* 171-11. *Artículo 48:* 171-11, 271-11. *Artículo 49:* 64-11, 171-11. *Artículo 50:* 82-11, 236-11. *Artículo 52:* 235-11. *Artículo 55:* 265-11. *Artículo 56:* 273-11. *Artículo 57:* 89-11, 273-11. *Artículo 58:* 22-11, 56-11, 99-11, 273-11. *Artículo 59:* 56-11, 171-11, 273-11. *Artículo 62:* 04-11, 13-11, 22-11, 37-11, 56-11, 84-11, 89-11, 118, 121-11, 207-11, 244-11, 261-11, 264-11, 265-11, 270-11, 273-11. *Artículo 63:* 89-11, 121-11, 123-11, 207-11, 244-11, 261-11, 264-11, 265-11. *Artículo 66:* 17-11, 64-11. *Artículo 67:* 84-11, 207-11. *Artículo 70:* 62-11, 83-11, 134-11, 171, 219-11, 249-11. *Artículo 71:* 26-11, 62-11, 83-11, 107-11, 134, 152-11, 162-11, 171-11, 219-11, 236-11, 255-11. *Artículo 71.bis:* 256-11. *Artículo 72:* 16-11. *Artículo 74:* 139-11, 235-11. *Artículo 76:* 26-11, 134-11, 171-11, 219-11. *Artículo 78:* 84-11, 124, 130-11, 163-11. *Artículo 80:* 11-11, 42-11, 124-11, 130-11, 159, 168-11, 211-11, 225-11, 285-11. *Artículo 82:* 42-11. *Artículo 83:* 138-11, 230-11. *Artículo 84:* 23-11, 51-11, 64-11, 72-11, 150, 159-11, 218-11, 273-11. *Artículo 89:* 62-11, 95-11, 105-11, 159-11, 161-11. *Artículo 91:* 110-11. *Artículo 92:* 12-11. *Artículo 93:* 17-11. *Artículo 102:* 37-11, 84-11, 95-11, 118-11, 121-11, 207-11, 244-11, 264-11, 265-11, 270, 271-11, 273-11. *Artículo 103:* 13-11, 37-11, 89-11, 118-11, 121, 265-11. *Artículo 105:* 17-11. *Artículo 106:* 13-11, 121-11. *Artículo 107:* 04-11, 171-11, 207-11. *Artículo 109:* 264-11. *Artículo 110:* 89-11, 207-11. *Artículo 112:* 207-11. *Artículo 116:* 207-11. *Artículo 117:* 207-11. *Artículo 118:* 264-11. *Artículo 119:* 264-11. *Artículo 130:* 244-11. *Artículo 139:* 01-11, 02-11, 03-11, 06-11, 07-11, 08-11, 09-11, 11-11, 14-11, 18-11, 19-11, 20-11, 21-11, 23-11, 24-11, 25-11, 26-11, 27-11, 28-11, 29-11, 30-11, 31-11, 32-11, 34-11, 35-11, 36-11, 38-11, 39-11, 42-11, 43-11, 44-11, 46-11, 47-11, 48-11, 50-11, 52-11, 53-11, 54-11, 55-11, 57-11, 58-11, 60-11, 61-11, 65-11, 66-11, 67, 68-11, 69-11, 70-11, 71-11, 72-11, 73-11, 74-11, 75-11, 77-11, 78-11, 79-11, 80-11, 81-11, 85-11, 86-11, 87-11, 88-11, 89-11, 90-11, 91-11, 92-11, 93-11, 94-11, 96-11, 98-11, 99-11, 100-11, 102-11, 103-11, 104-11, 105-11, 106-11, 107-11, 108, 109-11, 110-11, 111-11, 112-11, 114-11, 115-11, 116-11, 117-11, 119-11, 122-11, 124-11, 125-11, 126-11, 129, 130-11, 131-11, 132-11, 133-11, 134-11, 135-11, 137-11, 138-11, 139, 140-11, 141-11, 142-11, 144-11, 145-11, 148-11, 149-11, 151-11, 153, 154-11, 155-11, 156-11, 157-11, 158-11, 159-11, 160-11, 162-11, 163, 165-11, 166-11, 167-11, 168-11, 170-11, 172-11, 173-11, 174-11, 175-11, 176-11, 177-11, 178-11, 179-11, 180, 182-11, 183-11, 185-11, 186-11, 187-11, 189-11, 192-11, 193-11, 194, 195-11, 196-11, 197-11, 198-11, 199-11, 200-11, 202-11, 203-11, 204-11, 205, 206-

11, 209-11, 210-11, 211-11, 212-11, 213-11, 214-11, 215-11, 216, 219-11, 220-11, 223-11, 224-11, 225-11, 226-11, 228-11, 229-11, 231-11, 232-11, 233-11, 234-11, 237-11, 238, 239-11, 240-11, 241-11, 242-11, 243-11, 245-11, 247-11, 248-11, 249, 250-11, 251-11, 252-11, 253-11, 254-11, 255-11, 257-11, 258-11, 259, 260-11, 263-11, 266-11, 267-11, 268-11, 269-11, 272-11, 274-11, 275, 276-11, 277-11, 281-11, 282-11, 283-11, 284-11, 285-11. *Artículo 140:* 50-11, 99-11. *Artículo 141:* 01-11, 02-11, 03-11, 06-11, 11-11, 14-11, 18-11, 24-11, 26-11, 27-11, 29-11, 32-11, 34-11, 42-11, 43-11, 46-11, 58-11, 65-11, 69-11, 71-11, 72-11, 74-11, 78-11, 81-11, 98-11, 99-11, 102-11, 104, 106-11, 109-11, 110-11, 116-11, 119-11, 124-11, 126-11, 129-11, 130-11, 139-11, 148-11, 155-11, 156-11, 158, 159-11, 176-11, 178-11, 179-11, 182-11, 185-11, 186-11, 187-11, 189, 193-11, 194-11, 195-11, 203-11, 205-11, 210-11, 211-11, 212-11, 213, 225-11, 228-11, 229-11, 231-11, 233-11, 241-11, 242-11, 243-11, 245, 249-11, 252-11, 257-11, 260-11, 267-11, 268-11, 272-11, 276-11, 277-11, 283-11, 284-11, 285-11. *Artículo 142:* 01-11, 02-11, 03-11, 06-11, 07-11, 08-11, 09-11, 11-11, 18-11, 19-11, 20-11, 21-11, 23-11, 24-11, 25-11, 26-11, 28-11, 29-11, 30-11, 31-11, 32-11, 34-11, 35-11, 36-11, 38-11, 39-11, 41-11, 42-11, 43-11, 44-11, 46-11, 47-11, 48-11, 50-11, 51-11, 52-11, 53-11, 54-11, 55-11, 57-11, 58-11, 60-11, 61-11, 65-11, 66-11, 67-11, 68-11, 69-11, 70-11, 71-11, 73-11, 74-11, 75-11, 76-11, 77-11, 78-11, 79-11, 80-11, 81-11, 85-11, 86-11, 87-11, 88-11, 89-11, 90-11, 91-11, 92-11, 93-11, 94-11, 95-11, 96-11, 97-11, 98-11, 99-11, 100-11, 102-11, 103-11, 104-11, 105-11, 106-11, 107-11, 108-11, 109, 110-11, 111-11, 112-11, 114-11, 115-11, 116-11, 117-11, 119-11, 122, 124-11, 125-11, 126-11, 129-11, 130-11, 131-11, 132-11, 133-11, 135, 137-11, 138-11, 139-11, 140-11, 142-11, 144-11, 145-11, 146-11, 148, 149-11, 150-11, 151-11, 153-11, 154-11, 155-11, 156-11, 158-11, 159-11, 160-11, 162-11, 165-11, 166-11, 167, 168-11, 170-11, 172-11, 173-11, 174-11, 175-11, 176-11, 177-11, 178, 179-11, 180-11, 182-11, 183-11, 185-11, 186-11, 187-11, 189-11, 190, 192-11, 193-11, 194-11, 195-11, 196-11, 197-11, 198-11, 199-11, 200-11, 201, 202-11, 203-11, 204-11, 205-11, 206-11, 209-11, 210-11, 211-11, 212-11, 213-11, 214-11, 215-11, 216-11, 217, 218-11, 219-11, 220-11, 223-11, 224-11, 225-11, 226-11, 227-11, 228, 229-11, 231-11, 232-11, 233-11, 234-11, 237-11, 238-11, 240-11, 241, 242-11, 243-11, 245-11, 247-11, 250-11, 251-11, 252-11, 253-11, 254, 255-11, 258-11, 259-11, 260-11, 263-11, 266-11, 267-11, 268-11, 269-11, 272-11, 274-11, 275-11, 282-11, 283, 284-11, 285-11. *Artículo 143:* 193-11. *Artículo 145:* 14-11, 55-11. *Artículo 146:* 28-11, 35-11, 39-11, 60-11, 90-11, 108-11, 110, 137-11, 142-11, 160-11, 165-11, 173-11, 196-11, 206-11, 224-11. *Artículo 195:* 64-11, 82-11. *Artículo 198:* 40-11. *Artículo 310:* 207-11

**42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.**

*Artículo 64:* 271-11.

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

*Artículo 4:* 184-11. *Artículo 5:* 59-11. *Artículo 60:* 82, 184-11. *Artículo 67:* 84-11. *Artículo 102:* 184-11. *Artículo 110:* 59-11. *Artículo 112:* 59-11. *Artículo 114:* 59-11. *Artículo 161:* 184-11. *Artículo 164:* 184-11.

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

*Genérico:* 29-11.

**7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.**

*Artículo 54:* 83-11.

**13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.**

*Artículo 93:* 191-11.

**54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.**

*Artículo 21:* 230-11. *Artículo 28:* 230-11. *Artículo 36:* 230-11. *Artículo 40:* 230-11. *Artículo 51:* 230-11.

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

*Artículo 16:* 23-11.

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

*Artículo 1:* 171-11. *Artículo 36:* 14-11, 57-11, 58-11, 166, 176-11. *Artículo 103:* 225-11. *Artículo 104:* 225-11. *Artículo 134:* 225-11.

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

*Genérico:* 121-11, 244-11, 271-11. *Artículo 3:* 214-11, 220, 237-11.

**27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.**

*Artículo 45:* 45-11. *Artículo 48:* 45-11. *Artículo 51:* 45-11.

**32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas del terrorismo.**

*Genérico:* 191-11.

**53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.**

*Genérico:* 84-11.

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

*Artículo 217:* 18-11, 20-11, 26-11, 28-11, 34-11, 43-11, 46-11, 48-11, 52-11, 53-11, 57-11, 58-11, 65-11, 66-11, 68-11, 69-11, 80-11, 81-11, 85-11, 86-11, 92-11, 93-11, 96-11, 106, 109-11, 110-11, 111-11, 112-11, 117-11, 124-11, 125-11, 126-11, 130-11, 132-11, 133, 141-11, 142-11, 153-11, 157-11, 158-11, 160-11, 168-11, 176-11, 212, 215-11, 231-11, 238-11, 239-11, 247-11, 253-11, 255-11, 259-11, 282-11. *Artículo 316:* 74-11. *Artículo 335:* 03-11, 07-11, 08-11, 09-11, 19-11, 21-11, 36-11, 42-11, 47-11, 58-11, 73-11, 75-11, 78-11, 87-11, 107-11, 109-11, 114-11, 116, 140-11, 144-11, 154-11, 157-11, 162-11, 167-11, 174-11, 177-11, 182, 193-11, 227-11, 231-11, 234-11, 240-11, 247-11, 248-11, 250-11. *Artículo 367:* 26-11, 74-11. *Artículo 374:* 26-11. *Artículo 386:* 125-11. *Artículo 763:* 250-11.

**24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.**

*Artículo 52:* 271-11.

**34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.**

*Artículo 16:* 105-11.

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

*Genérico:* 02-11, 03-11, 36-11, 46-11, 106-11, 158-11, 257-11. *Artículo 2:* 180-11. *Artículo 3:* 180-11. *Artículo 4:* 57-11, 109-11, 180-11. *Artículo 5:* 57-11. *Artículo 8:* 57-11, 180-11. *Artículo 9:* 57-11, 250-11. *Artículo 10:* 109-11, 180-11.

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

*Artículo 21:* 30-11. *Artículo 36:* 256-11. *Artículo 38:* 256-11. *Artículo 47:* 256-11. *Artículo 49:* 152-11. *Artículo 83:* 152-11.

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

*Artículo 67:* 33-11.

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

*Artículo 5:* 101-11. *Artículo 85:* 101-11. *Artículo 91:* 101-11. *Artículo 93:* 101-11. *Artículo 94:* 101-11. *Artículo 100:* 101-11. *Artículo 102:* 101-11.

**43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.**

*Artículo 12:* 33-11, 59-11. *Artículo 15:* 33-11, 59-11.

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

*Genérico:* 03-11.

**51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.**

*Artículo 1:* 113-11.

**53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados.**

*Genérico:* 113-11.

**55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.**

*Genérico:* 118-11.

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

*Artículo 48:* 04-11, 22-11, 56-11, 123-11, 273-11. *Artículo 57:* 04-11. *Artículo 66:* 22-11. *Artículo 102:* 22-11. *Artículo 109:* 22-11. *Artículo 110:* 22-11, 56-11, 123-11, 261-11. *Artículo 111:* 22-11. *Artículo 112:* 04-11, 22-11, 56-11, 123-11, 261-11. *Artículo 114:* 13-11. *Artículo 134:* 04-11.

*Artículo 167:* 123-11. *Artículo 217:* 04-11, 13-11, 22-11, 56-11, 123-11, 261-11, 270-11. *Artículo 218:* 13-11. *Artículo 232:* 13-11.

**59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.**

*Artículo 4:* 171-11. *Artículo 11:* 171-11.

**27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).**

*Artículo 5:* 171-11. *Artículo 6:* 171-11. *Artículo 16:* 171-11, 230-11.

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

*Artículo 2:* 148-11, 178-11, 179-11, 189-11, 194, 195-11, 203-11, 210-11, 213-11, 228-11, 229-11, 233-11, 241-11, 242-11, 243-11, 252-11, 260-11, 267-11, 268-11, 272, 284-11. *Artículo 64:* 148-11, 178-11, 179-11, 189-11, 194-11, 195, 203-11, 210-11, 213-11, 228-11, 229-11, 233-11, 241-11, 242-11, 243, 252-11, 260-11, 267-11, 268-11, 272-11, 284-11. *Artículo 82:* 148, 178-11, 179-11, 189-11, 194-11, 195-11, 203-11, 210-11, 213-11, 228-11, 229-11, 233-11, 241-11, 242-11, 243, 252-11, 260-11, 267-11, 268-11, 272-11, 284-11.

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

*Artículo 11:* 62-11. *Artículo 27:* 62-11. *Artículo 28:* 62-11. *Artículo 29:* 62-11. *Artículo 30:* 62-11. *Artículo 33:* 128-11. *Artículo 43:* 62-11. *Artículo 45:* 62-11. *Artículo 47:* 62-11.

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

*Artículo 7:* 271-11. *Artículo 10:* 225-11. *Artículo 11:* 265-11. *Artículo 14:* 105-11. *Artículo 16:* 15-11. *Artículo 17:* 15-11. *Artículo 20:* 181-11. *Artículo 31:* 105-11. *Artículo 33:* 105-11, 235-11. *Artículo 37:* 181-11, 235-11. *Artículo 39:* 105-11. *Artículo 40:* 105-11. *Artículo 53:* 32-11. *Artículo 59:* 113-11. *Artículo 61:* 271-11. *Artículo 85:* 271-11. *Artículo 89:* 222-11, 271-11. *Artículo 90:* 222-11.

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

*Genérico:* 3-11.

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

*Genérico:* 62-11. *Artículo 2:* 171-11. *Artículo 3:* 171-11. *Artículo 4:* 171-11, 256-11. *Artículo 6:* 152-11, 171-11, 236-11, 256-11. *Artículo 9:* 171-11. *Artículo 10:* 171-11. *Artículo 12:* 171-11. *Artículo 13:* 152-11, 171-11. *Artículo 15:* 171-11. *Artículo 16:* 152-11, 171-11. *Artículo 18:* 171-11. *Artículo 20:* 171-11. *Artículo 22:* 171-11. *Artículo 23:* 171-11. *Artículo 24:* 171-11. *Artículo 25:* 171-11. *Artículo 26:* 171-11. *Artículo 27:* 152-11, 171-11, 256-11. *Artículo 28:* 171-11. *Artículo 29:* 171-11. *Artículo 30:* 171-11. *Artículo 31:* 171-11. *Artículo 32:* 171-11. *Artículo 34:* 171-11. *Artículo 35:* 171-11. *Artículo 36:* 171-11. *Artículo 37:* 171-11. *Artículo 39:* 171-11. *Artículo 62:* 171-11.

**16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.**

*Genérico:* 45-11.

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

*Genérico:* 17-11. *Artículo 4:* 101-11. *Artículo 32:* 89-11, 207-11. *Artículo 33:* 207-11. *Artículo 35:* 207-11. *Artículo 87:* 184-11. *Artículo 88 :* 16-11. *Artículo 90:* 16-11, 208-11. *Artículo 129:* 101-11. *Artículo 135:* 89, 207-11. *Artículo 158:* 89-11. *Artículo 162:* 89-11. *Artículo 194 :* 49-11, 63-11, 64-11, 82-11, 184-11, 246-11. *Artículo 195:* 12-11, 16-11, 49-11, 63-11, 64-11, 82-11, 147-11, 161-11, 184-11, 208-11. *Artículo 196:* 12-11. *Artículo 197:* 12-11. *Artículo 198:* 55-11, 68-11, 93-11, 147-11, 148, 178-11, 179-11, 183-11, 186-11, 189-11, 194-11, 195-11, 203-11, 210, 213-11, 228-11, 229-11, 233-11, 241-11, 242-11, 243-11, 252-11, 260, 267-11, 268-11, 272-11, 284-11. *Artículo 200:* 12-11, 16-11, 49-11, 84-11, 207-11. *Artículo 202:* 63-11, 101-11, 246-11. *Artículo 203:* 12-11, 49-11. *Artículo 204:* 207-11. *Artículo 206:* 12-11, 16-11, 49-11, 147, 161-11, 207-11, 208-11. *Artículo 207:* 12-11, 64-11. *Artículo 208:* 16-11, 49-11, 147-11, 208-11. *Artículo 209:* 16-11. *Artículo 212:* 12-11, 161-11. *Artículo 215:* 49-11. *Artículo 217:* 49-11, 208-11, 246-11. *Artículo 220:* 49-11, 161-11. *Artículo 222:* 16-11, 161-11, 207-11, 208-11. *Artículo 258:* 63-11, 101-11. *Artículo 284:* 161-11. *Artículo 309:* 171-11.

**34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera.**

*Artículo 7:* 120-11. *Artículo 34:* 120-11.

**42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.**

*Artículo 52:* 230-11.

**4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada.**

*Genérico:* 120-11.

**25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.**

*Artículo 38:* 256-11. *Artículo 41:* 83-11.

**17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.**

*Genérico:* 23-11. *Artículo 3* 83-11, 152-11, 256-11: *Artículo 4:* 188-11. *Artículo 5:* 83, 152-11, 188-11.

**22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.**

*Artículo 65:* 236-11.

**25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.**

*Genérico:* 23-11.

**1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.**

*Genérico:* 83-11.

**15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.**

*Genérico:* 12-11.

**22/2010, de 16 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.**

*Artículo 2:* 236-11.

**34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.**

*Genérico:* 207-11.

**2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.**

*Genérico:* 146-11, 171-11. *Artículo 41:* 83-11. *Artículo 84:* 83-11.

### **13.- Real Decreto-Ley**

**7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.**

*Genérico:* 120-11.

**4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes.**

*Genérico:* 23-11.

**9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación.**

*Artículo 9:* 12-11.

**8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.**

*Genérico:* 62-11, 265-11.

**14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.**

*Genérico:* 101-11.

**10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.**

*Artículo 5:* 265-11.

#### **14.- Real Decreto Legislativo**

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

*Genérico:* 184-11. *Artículo 74:* 59-11, 101-11. *Artículo 126:* 265-11. *Artículo 146:* 271-11. *Artículo 148:* 271-11. *Artículo 150:* 271-11. *Artículo 151:* 271-11.

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

*Artículo 9:* 282-11. *Artículo 14:* 126-11. *Artículo 15:* 126-11. *Artículo 19:* 74-11, 104-11, 281-11, 282-11. *Artículo 21:* 163-11. *Artículo 49:* 100-11. *Artículo 57:* 68-11, 69-11, 81-11, 86-11, 104-11, 110-11, 132-11, 276-11.

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

*Genérico:* 56-11.

**1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.**

*Artículo 209:* 32-11. *Artículo 212:* 202, 214-11, 220-11. *Artículo 213:* 202-11, 214-11, 220-11.

**1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.**

*Artículo 5:* 265-11. *Artículo 8:* 265-11. *Artículo 15:* 265-11. *Artículo 52:* 265-11.

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

*Genérico:* 82-11, 184-11. *Artículo 5:* 33-11. *Artículo 8:* 17-11. *Artículo 55:* 84-11. *Artículo 59:* 17-11, 33-11, 59-11, 64-11. *Artículo 61:* 84-11. *Artículo 64:* 84-11. *Artículo 65:* 84-11. *Artículo 67:* 84-11. *Artículo 78:* 84-11. *Artículo 95:* 17-11. *Artículo 97:* 14-11, 26-11, 41-11, 51-11, 72-11, 93-11, 97, 148-11, 178-11, 179-11, 183-11, 186-11, 189-11, 194-11, 195-11, 203, 210-11, 213-11, 228-11, 229-11, 233-11, 241-11, 242-11, 243-11, 252-11, 260-11, 267-11, 268-11, 272-11, 284-11. *Artículo 98:* 59-11, 64-11. *Artículo 99:* 59-11. *Artículo 102:* 59-11. *Artículo 111:* 17-11, 33-11, 59-11, 64-11. *Artículo 113:* 17-11, 33-11, 59-11. *Artículo 114:* 33-11. *Artículo 161:* 51-11, 186-11.

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

*Genérico:* 45-11. *Artículo* 12: 273-11.

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

*Artículo* 2: 55-11. *Artículo* 49: 55-11.

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

*Artículo* 172: 265-11. *Artículo* 173: 265-11. *Artículo* 175: 265-11. *Artículo* 187: 235-11.

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

*Genérico:* 106-11, 193-11. *Artículo* 1: 163-11, 186-11. *Artículo* 7: 163-11, 186-11.

**2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.**

*Artículo* 7: 235-11. *Artículo* 10: 235-11.

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

*Artículo* 3: 23-11. *Artículo* 8: 23-11. *Artículo* 11: 23-11. *Artículo* 46: 244-11. *Artículo* 70: 171-11.

## **16.- Real Decreto**

**14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.**

*Artículo* 262: 171-11.

**2258/1977, de 27 de agosto, sobre estructura orgánica y funciones del Ministerio de Cultura.**

*Genérico:* 188-11.

**689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 2 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional.**

*Genérico:* 115-11.

**2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento para el Desarrollo y Aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.**

*Artículo* 25: 120-11. *Artículo* 45: 120-11.

**2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General para el Régimen de la Minería.**

*Artículo* 2: 33-11, 59-11. *Artículo* 5: 33-11, 59-11. *Artículo* 28: 33-11, 59-11.

**625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.**

*Artículo 5:* 32-11. *Artículo 21:* 32-11. *Artículo 25:* 32-11. *Artículo 27:* 32-11.

**598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes. Organismos y Empresas dependientes.**

*Artículo 9:* 118-11. *Artículo 26:* 118-11.

**33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.**

*Artículo 5:* 271-11. *Artículo 14:*271-11.

**1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.**

*Artículo 3:* 121-11. *Artículo 78:* 59-11, 101-11. *Artículo 78:* 33-11. *Artículo 79:* 101-11. *Artículo 81:* 101-11.

**1532/1986, de 11 de julio, por el que se regulan las asociaciones de alumnos.**

*Artículo 1:* 222-11.

**1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación de las Entidades Locales.**

*Artículo 42:* 271-11.

**1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el Régimen jurídico de los Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.**

*Genérico:* 271-11.

**1497/1987, de 27 de noviembre, por el que se establecen directrices generales comunes de los planes de estudio de los títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional.**

*Genérico:* 37-11.

**1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes.**

*Genérico:* 221-11.

**1575/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros.**

*Genérico:* 186-11. *Artículo 7:* 51-11. *Artículo 12:* 51-11.

**1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.**

*Artículo 41:* 169-11. *Artículo 184:* 169-11.

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

*Genérico:* 80-11, 85-11, 255-11, 282-11. *Artículo 1:* 41-11, 53-11, 68-11, 86-11, 129-11. *Artículo 4:* 01-11, 03-11, 11-11, 14-11, 18-11, 20-11, 23-11, 24-11, 25-11, 29-11, 34-11, 35-11, 36-11, 40-11, 46-11, 47-11, 57-11, 65-11, 66-11, 78-11, 91-11, 93-11, 96-11, 100-11, 104-11, 105-11, 106-11, 112-11, 117-11, 125, 129-11, 136-11, 141-11, 143-11, 148-11, 153-11, 157-11, 158-11, 164-11, 166-11, 175-11, 178-11, 179-11, 180, 185-11, 189-11, 193-11, 194-11, 195-11, 200-11, 201-11, 209-11, 217, 218-11, 231-11, 238-11, 239-11, 247-11, 248-11, 257-11, 258-11, 263, 274-11, 275-11, 276-11, 281-11. *Artículo 5:* 185-11, 201-11, 209, 249-11. *Artículo 6:* 18-11, 20-11, 52-11, 53-11, 55-11, 65-11, 69-11, 81-11, 93-11, 95-11, 96-11, 98-11, 99-11, 106-11, 107-11, 110-11, 111-11, 124-11, 129-11, 130, 133-11, 141-11, 151-11, 153-11, 157-11, 159-11, 219-11, 231-11, 238, 239-11, 245-11, 248-11, 259-11, 283-11. *Artículo 7:* 95-11. *Artículo 8:* 14-11. *Artículo 9:* 11-11. *Artículo 10:* 07-11, 08-11, 09-11, 19-11, 21-11, 32-11, 36-11, 40-11, 47-11, 48-11, 58-11, 68-11, 73-11, 75-11, 87-11, 107, 109-11, 114-11, 116-11, 140-11, 144-11, 157-11, 162-11, 167-11, 174, 177-11, 182-11, 193-11, 205-11, 223-11, 225-11, 227-11, 231-11, 234, 240-11, 248-11, 250-11. *Artículo 11:* 91-11, 95-11, 218-11. *Artículo 12:* 01-11, 02-11, 03-11, 06-11, 07-11, 08-11, 09-11, 14-11, 18-11, 19-11, 20-11, 21-11, 23-11, 24-11, 25-11, 27-11, 28-11, 29-11, 31-11, 34-11, 35-11, 36-11, 38-11, 39-11, 41-11, 42-11, 43-11, 44-11, 47-11, 48-11, 50-11, 51-11, 52-11, 53-11, 54-11, 57-11, 58-11, 60-11, 61-11, 65-11, 67-11, 70-11, 71-11, 73-11, 74-11, 75-11, 76-11, 77-11, 78-11, 79-11, 87-11, 88-11, 89-11, 90-11, 91-11, 93-11, 94-11, 95-11, 96-11, 97-11, 103-11, 104-11, 106, 107-11, 108-11, 109-11, 110-11, 112-11, 114-11, 115-11, 116-11, 117, 119-11, 122-11, 125-11, 127-11, 131-11, 134-11, 135-11, 137-11, 138-11, 140-11, 141-11, 142-11, 144-11, 145, 146-11, 148-11, 150-11, 154-11, 155-11, 156-11, 157-11, 160-11, 162, 165-11, 166-11, 167-11, 168-11, 169-11, 170-11, 172-11, 173-11, 174, 175-11, 176-11, 177-11, 178-11, 179-11, 180-11, 182-11, 183-11, 185, 186-11, 187-11, 189-11, 190-11, 192-11, 193-11, 194-11, 195-11, 196-11, 197-11, 198-11, 199-11, 200-11, 202, 203-11, 204-11, 206-11, 209-11, 210-11, 211-11, 212-11, 213-11, 214, 215-11, 216-11, 219-11, 220-11, 223-11, 224-11, 226-11, 227-11, 228, 229-11, 231-11, 232-11, 233-11, 237-11, 238-11, 239-11, 240-11, 241, 242-11, 243-11, 247-11, 248-11, 249-11, 250-11, 251-11, 252-11, 253-11, 254-11, 257-11, 258-11, 260-11, 263, 264-11, 266-11, 267-11, 268-11, 269-11, 272-11, 274-11, 275-11, 276, 277-11, 281-11, 284-11, 285-11. *Artículo 13:* 03-11, 14-11, 35-11, 36-11, 42-11, 43-11, 48-11, 50-11, 53-11, 54-11, 58-11, 69-11, 74-11, 78-11, 79-11, 95-11, 104-11, 109-11, 112-11, 114-11, 117-11, 125-11, 126-11, 139-11, 141-11, 157, 159-11, 168-11, 175-11, 176-11, 177-11, 180-11, 231-11, 238-11, 247, 257-11, 275-11, 285-11. *Artículo 18:* 99-11. *Artículo 46:* 12-11.

**1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.**

*Artículo 2:* 271-11. *Artículo 4:* 271-11. *Artículo 7:* 271-11. *Artículo 14:* 271-11. *Artículo 17:* 271-11. *Artículo 24:* 271-11. *Artículo 29:* 271-11. *Artículo 30:* 271-11. *Artículo 32:* 271-11.

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

*Artículo 58:* 271-11.

**947/1995, de 9 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de enseñanzas náutico-deportivas y subacuático-deportivas.**

*Genérico:* 188-11.

**2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.**

*Artículo 60:* 71-11.

**83/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento orgánico de los institutos de educación secundaria.**

*Artículo 78:*222-11.

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

*Artículo 5:* 171-11.

**390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.**

*Artículo 26:* 59-11.

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

*Artículo 3:* 30-11.

**39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.**

*Genérico:* 222-11.

**1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.**

*Artículo 1:* 55-11. *Artículo 7:* 49-11. *Artículo 9:* 55-11.

**1913/1997, de 19 de diciembre, por el que se configuran como enseñanzas de régimen especial las conducentes a la obtención de titulaciones de técnicos deportivos, se aprueban las directrices generales de los títulos y de las correspondientes enseñanzas mínimas.**

*Genérico:* 188-11.

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

*Artículo 21:* 273-11.

**2720/1998, de 18 diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.**

*Artículo 8:* 265-11.

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

*Genérico:* 262-11, 278-11, 279, 280-11.

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

*Artículo 5:* 230-11.

**1912/1999, de 17 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo.**

*Genérico:* 191-11.

**1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.**

*Genérico:* 62-11.

**69/2000, de 21 de enero, por el que se regulan los procedimientos de selección para el ingreso en los centros universitarios de los estudiantes que reúnan los requisitos legales necesarios para el acceso a la universidad.**

*Artículo 20:* 37-11.

**202/2000, de 11 de febrero, por el que se establecen las normas relativas a los manipuladores de alimentos.**

*Genérico:* 83-11.

**1328/2000, de 7 de julio, por el que se establecen los baremos de indemnización por sacrificio obligatorio de los animales objeto de programas nacionales de erradicación de enfermedades.**

*Genérico:* 30-11.

**1716/2000, de 13 de octubre, sobre normas sanitarias para el intercambio intracomunitario de animales de las especies bovina y porcina.**

*Artículo 14:* 152-11.

**1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica.**

*Artículo 135:* 230-11. *Artículo 138:* 230-11.

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

*Genérico:* 63-11, 84-11, 246-11. *Artículo 67:* 33-11, 59-11. *Artículo 97:* 184-11. *Artículo 103:* 49-11. *Artículo 109:* 12-11, 17-11, 33-11, 49-11, 59-11, 64-11, 147-11. *Artículo 139:* 12-11. *Artículo 140:* 161-11. *Artículo 141:* 49-11. *Artículo 172:* 207-11. *Artículo 194:* 82-11.

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

*Genérico:* 140-11.

**644/2002, de 5 de julio, sobre condiciones básicas que deben cumplir los centros de limpieza y desinfección de los vehículos dedicados al transporte de ganado por carretera.**

*Genérico:* 152-11.

**842/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento electrotécnico para baja tensión.**

*Artículo 2:* 14-11.

**1054/2002, de 11 de octubre, por el que se regula el proceso de evaluación para el registro, autorización y comercialización de biocidas.**

*Genérico:* 152-11.

**64/2002, de 8 de noviembre, por el que se regula la conservación del patrimonio documental con valor histórico, el control de la eliminación de otros documentos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y la conservación de documentos administrativos en soporte distinto al original.**

*Artículo 3:* 171-11.

**288/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo.**

*Artículo 7:* 191-11. *Artículo 24:* 191-11.

**1128/2003, de 5 de septiembre, por el que se regula el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales.**

*Genérico:* 262-11, 278-11, 279-11, 280-11.

**1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, y seguridad vial,**

*Genérico:* 35-11. *Artículo 45:* 52-11, 74-11. *Artículo 121:* 100-11. *Artículo 122:* 100-11. *Artículo 123:* 100-11. *Artículo 125:* 100-11. *Artículo 139:* 26-11, 54-11.

**1742/2003, de 19 de diciembre, por el que se establece la normativa básica para el acceso a los estudios universitarios de carácter oficial.**

*Genérico:* 37-11.

**300/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios.**

*Genérico:* 98-11.

**479/2004, de 26 de marzo, por el que se establece y regula el Registro general de explotaciones ganaderas.**

*Artículo 3:* 256-11.

**2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.**

*Artículo 10:* 113-11.

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

*Artículo 4:* 04-11, 13-11, 22-11, 56-11, 123, 261-11, 270-11. *Artículo 5:* 13-11, 22-11, 56-11, 261-11. *Artículo 14:* 13-11.

**522/2005, de 13 de mayo, por el que se modifican los requisitos para la integración de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional pertenecientes a la Subescala de Secretaría-Intervención.**

*Genérico:* 271-11.

**947/2005, de 29 de julio, por el que se establece un sistema de identificación y registro de los animales de las especies ovina y caprina.**

*Artículo 9:* 256-11. *Artículo 10:* 256-11. *Artículo 11:* 256-11. *Artículo 13:* 256-11.

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

*Artículo 2:* 222-11. *Artículo 5:* 222-11. *Artículo 6:* 222-11. *Artículo 10:* 222-11. *Artículo 12:* 222-11. *Artículo 13:* 222-11. *Artículo 14:* 222-11. *Artículo 15:* 222-11.

**1559/2005, de 23 de diciembre, sobre condiciones básicas que deben cumplir los centros de limpieza y desinfección de los vehículos dedicados al transporte por carretera en el sector ganadero.**

*Artículo 2:* 152-11. *Artículo 3:* 152-11. *Artículo 5:* 152-11.

**751/2006, de 16 de junio, sobre autorización y registro de transportistas y medios de transporte de animales y por el que se crea el Comité español de bienestar y protección de los animales de producción.**

*Artículo 6:* 152-11. *Artículo 7:* 152-11.

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

*Artículo 4:* 71-11.

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

*Genérico:* 262-11, 278-11, 279-11, 280-11. *Artículo 6:* 05-11. *Artículo 7:* 05-11. *Artículo 17:* 05-11.

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

*Artículo 2:* 222-11. *Artículo 9:* 222-11. *Artículo 12:* 222-11. *Artículo 13:* 222-11. *Artículo 14:* 222-11.

**504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.**

*Genérico:* 62-11.

**728/2007, de 13 de junio, por el que se establece y regula el Registro general de movimientos de ganado y el Registro general de identificación individual de animales.**

*Genérico:* 256-11.

**1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.**

*Artículo 114:* 56-11. *Artículo 115:* 56-11.

**1363/2007, de 24 de octubre, por el que se establece la ordenación general de las enseñanzas deportivas de régimen especial.**

*Artículo 45:* 188-11.

**1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.**

*Genérico:* 45-11.

**1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas.**

*Genérico:* 45-11.

**1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.**

*Artículo 5 :* 105-11. *Artículo 89:* 105-11. *Artículo 91:* 105-11. *Artículo 92:* 105-11.

**34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad.**

*Artículo 2:* 222-11.

**219/2008**, de 15 de febrero, por el que se establece el título de Técnico Superior en Desarrollo de Proyectos de Instalaciones Térmicas y de Fluidos y se fijan sus enseñanzas mínimas.

*Artículo 11:* 05-11. *Artículo 15:* 05-11.

**223/2008**, de 15 de febrero, por el que se aprueban el Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en líneas eléctricas de alta tensión y sus instrucciones técnicas complementarias ITC-LAT 01 a 09.

*Artículo 6:* 230-11.

**231/2008**, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

*Artículo 5:* 99-11. *Artículo 6 :* 99-11. *Artículo 7:* 99-11. *Artículo 37:* 99-11. *Artículo 49 :* 99-11. *Artículo 50:* 99-11.

**1432/2008**, de 29 de agosto, por el que se establecen medidas para la protección de la avifauna contra la colisión y la electrocución en líneas eléctricas de alta tensión.

*Artículo 3:* 230-11. *Artículo 4:* 230-11. *Artículo 5:* 230-11. *Artículo 7:* 230-11. *Artículo 8:* 230-11.

**1834/2008**, de 8 de noviembre, por el que se definen las condiciones de formación para el ejercicio de la docencia en la educación secundaria obligatoria, el bachillerato, la formación profesional y las enseñanzas de régimen especial y se establecen las especialidades de los cuerpos docentes de enseñanza secundaria.

*Artículo 4:* 05-11.

**1837/2008**, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado.

*Artículo 4:* 83-11. *Artículo 5:* 83-11.

**363/2009**, de 20 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1559/2005, de 23 de diciembre, sobre condiciones básicas que deben cumplir los centros de limpieza y desinfección de los vehículos dedicados al transporte por carretera en el sector ganadero y el Real Decreto 751/2006, de 16 de junio, sobre autorización y registro de transportistas y medios de transporte de animales y por el que se crea el Comité español de bienestar y protección de los animales de producción.

*Genérico:* 152-11.

**365/2009**, de 20 de marzo, por el que se establecen las condiciones y requisitos mínimos de seguridad y calidad en la utilización de desfibriladores automáticos y semiautomáticos externos fuera del ámbito sanitario.

*Genérico:* 83-11.

**1224/2009, de 17 de julio, de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral.**

*Genérico:* 222-11

**1254/2009, de 24 de julio, por el que se establece el título de Técnico Superior en Agencias de Viajes y Gestión de Eventos y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

*Artículo 11:* 280-11.

**1255/2009, de 24 de julio, por el que se establece el título de Técnico Superior en Guía, Información y Asistencias Turísticas y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

*Artículo 11:* 278-11.

**1486/2009, de 26 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 947/2005, de 29 de julio, por el que se establece un sistema de identificación y registro de los animales de las especies ovina y caprina.**

*Genérico:* 256-11.

**1629/2009, de 30 de octubre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Administración de Sistemas Informáticos en Red y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

*Genérico:* 262-11.

**1632/2009, de 30 de octubre, por el que se establece el título de Técnico en Instalaciones de Telecomunicaciones y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

*Genérico:* 279-11.

**1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.**

*Artículo 13:* 171-11. *Artículo 14:* 171-11. *Artículo 15:* 171-11. *Artículo 20:* 171-11. *Artículo 23:* 171-11. *Artículo 24:* 171-11. *Artículo 53:* 171-11.

**2003/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 1514/2007, de 16 noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.**

*Genérico:* 45-11.

**3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica.**

*Genérico:* 171-11.

**4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica.**

*Artículo 4:* 171-11. *Artículo 11:* 171-11. *Artículo 21:* 171-11. *Artículo 23:* 171-11.

**109/2010, de 5 de febrero, por el que se modifican diversos reales decretos en materia sanitaria para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.**

*Genérico:* 83-11.

**199/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria.**

*Artículo 1:* 83-11.

**830/2010, de 25 de junio, por el que se establece la normativa reguladora de la capacitación para realizar tratamientos con biocidas.**

*Genérico:* 152-11.

**860/2010, de 2 de julio, por el que se regulan las condiciones de formación inicial del profesorado de los centros privados para ejercer la docencia en las enseñanzas de educación secundaria obligatoria o de bachillerato.**

*Genérico:* 05-11.

**932/2010, de 23 de julio, por el que se establece el título de Técnico Deportivo en buceo deportivo con escafandra autónoma y se fijan sus enseñanzas mínimas y los requisitos de acceso.**

*Genérico:* 188-11.

**1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.**

*Genérico:* 101-11.

**174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.**

*Genérico:* 62-11.

**557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.**

*Genérico:* 221-11.

**804/2011, de 10 de junio, por el que se regula la ordenación zootécnica, sanitaria y de bienestar animal de las explotaciones equinas y se establece el plan sanitario equino.**

*Genérico:* 256-11.

**842/2011, de 17 de junio, por el que se establece la normativa básica de las agrupaciones de defensa sanitaria ganadera y se crea y regula el Registro nacional de las mismas.**

*Artículo 13:* 256-11.

**1147/2011, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo.**

*Genérico:* 222-11. *Artículo 7:* 262-11, 278-11, 279-11, 280-11. *Artículo 8:* 262-11, 278-11, 279-11, 280-11. *Artículo 9:* 262, 278-11. *Artículo 49:* 262-11, 278-11, 279-11, 280-11.

## **17.- Decreto**

**4 de febrero de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Epizootias.**

*Genérico:* 152-11.

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

*Artículo 21:* 120-11. *Artículo 22:* 120-11.

**2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.**

*Genérico:* 120-11.

**485/1962, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Montes.**

*Artículo 11:* 59-11. *Artículo 18:* 59-11. *Artículo 168:* 33-11, 59-11. *Artículo 178:* 33-11, 59-11.

**2055/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el ejercicio de actividades subacuáticas.**

*Artículo 13:* 188-11.

**2413/1973, de 20 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión.**

*Genérico:* 14-11.

**2663/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria**

*Artículo 46:* 120-11. *Artículo 50:* 120-11. *Artículo 53:* 120-11.

**3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado.**

*Artículo 82:* 59-11.

## **18.- Códigos**

**Código Civil.**

*Artículo 1:* 62-11. *Artículo 2:* 113-11. *Artículo 113:* 29-11. *Artículo 162:* 14-11, 28-11, 58-11, 94-11, 109-11, 116-11, 122-11, 131-11, 135-11, 142-11, 160, 165-11, 196-11, 206-11, 215-11, 266-11. *Artículo 172:* 01-11. *Artículo 173:* 01-11. *Artículo 176:* 01-11. *Artículo 177:* 01-11. *Artículo 560:* 55-11. *Artículo 1101:* 178-11, 179-11, 189-11, 194-11, 195-11, 203-11, 210, 213-11, 228-11, 229-11, 233-11, 241-11, 242-11, 243-11, 252-11, 260, 267-11, 268-11, 272-11, 284-11. *Artículo 1108:* 99-11. *Artículo 1124:* 49-11, 64-11, 147-11. *Artículo 1126:* 125-11. *Artículo 1137:* 99-11. *Artículo 1144:* 99-11. *Artículo 1214:* 26-11, 125-11. *Artículo 1215:* 125-11. *Artículo 1227:* 56-11. *Artículo 1231:* 125-11. *Artículo 1253:* 125-11. *Artículo 1281:* 82-11. *Artículo 1288:* 82-11. *Artículo 1289:* 82-11. *Artículo 1830:* 235-11. *Artículo 1902:* 186-11. *Artículo 1903:* 27-11, 77-11, 186-11, 249-11. *Artículo 1973:* 159-11.

## **Código Penal**

*Artículo 305:* 13-11, 270-11. *Artículo 404 :*207-11.

## **19.- Orden**

**9 de marzo de 1971, del Ministerio de Trabajo, por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo.**

*Artículo 7:* 239-11. *Artículo 17:* 239-11.

**25 de abril de 1973, por la que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de Actividades Subacuáticas en las Aguas Marítimas e Interiores.**

*Genérico:* 188-11.

**14 de octubre de 1997, por la que se aprueban las normas de seguridad para el ejercicio de actividades subacuáticas.**

*Genérico:* 188-11.

**FOM/3398/2002, de 20 de diciembre, por la que se establecen normas de control en relación con los transportes públicos de viajeros por carretera.**

*Genérico:* 51-11.

**EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, por la que se aprueban las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas.**

*Genérico:* 45-11.

## **22.- Resolución**

**5 de marzo de 2004, de la Dirección General de Tráfico, por la que se establecen medidas especiales de regulación de tráfico durante el año 2004.**

*Artículo 1:* 104-11.

**7 de febrero de 2005, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e**

**incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2005 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.**

*Genérico:* 106-11.

**28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa.**

*Artículo 11:* 15-11. *Artículo 12:* 15-11. *Artículo 13:* 05-11, 128-11, 171-11, 222-11. *Artículo 14:* 15-11. *Artículo 15:* 222-11. *Artículo 16:* 05-11, 113-11, 128-11. *Artículo 18:* 222-11. *Artículo 24:* 15-11, 62-11. *Artículo 31:* 15-11, 62-11. *Artículo 42:* 222-11. *Artículo 47:* 15-11. *Artículo 80:* 15-11, 128-11.

**7 de enero de 2007, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2007, el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.**

*Genérico:* 148-11, 194-11, 284-11, 243-11, 179-11, 260-11, 242-11, 178-11, 268-11, 203, 267-11, 272-11, 229-11, 252-11, 234-11, 228-11, 210-11, 233-11, 213, 195-11, 241-11.

**12 de abril de 2007, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, sobre disfrute de los beneficios del Seguro Escolar por parte de los alumnos que cursan enseñanzas profesionales de música al mismo tiempo que tercer y cuarto curso de enseñanza secundaria obligatoria o bachillerato.**

*Genérico:* 71-11.

**23 de mayo de 2007, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se publica el acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se establecen los acuerdos en materia de valoración de la situación de dependencia.**

*Genérico:* 62-11.

**4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en el entorno familiar del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.**

*Genérico:* 62-11

### **ÁMBITO 3.- Normativa Autonómica**

#### **10.- Ley**

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

*Genérico:* 171-11.

**8/1985, de 9 de diciembre, de Servicios Sociales de la Región de Murcia.**

*Genérico:* 128-11.

**9/1985, de 10 de diciembre, de los órganos consultivos de la Administración Regional.**

*Genérico:* 10-11.

**3/1986, de 19 de marzo, de la Función Pública de la Región de Murcia.**

*Genérico:* 113-11.

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

*Artículo 57:* 271-11. *Artículo 58:*271-11. *Artículo 69:* 271-11.

**2/1989, de 12 de junio, de modificación de la Ley 3/1986, de 19 de marzo, de la Función Pública de la Región de Murcia, y de la Ley 4/1987, de 27 de abril, de ordenación de Cuerpos y Escalas de la Administración Regional.**

*Artículo 53:* 113-11.

**6/1990, de 11 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de la Región de Murcia.**

*Artículo 7:* 171-11. *Artículo 12:* 171-11.

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

*Genérico:* 81-11. *Artículo 2* 69-11: *Artículo 3:* 26-11. *Artículo 20:* 26-11, 104-11, 110-11. *Artículo 21:* 26-11. *Artículo 22:* 110-11.

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

*Artículo 76:* 169-11.

**4/1992, de 30 de julio, de Ordenación y Protección del Territorio de la Región de Murcia.**

*Genérico:* 230-11.

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

*Artículo 6:* 83-11. *Artículo 23:* 116-11. *Artículo 24:* 116-11.

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

*Artículo 3:* 83-11.

**1/1995, de 8 de marzo, de Protección del Medio Ambiente de la Región de Murcia**

*Artículo 30:* 120-11.

**3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia.**

*Artículo 40:* 01-11.

**5/1995, de 7 de abril, de condiciones de habitabilidad en edificios de viviendas y de promoción de la accesibilidad general.**

*Artículo 12:* 15-11. *Artículo 15:* 15-11. *Artículo 33:* 15-11. *Artículo 34:* 15-11.

**7/1995, de 21 de abril, de la fauna silvestre, caza y pesca fluvial.**

*Artículo 22:* 230-11. *Artículo 31:* 230-11.

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

*Genérico:* 236-11.

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

*Artículo 2.4:* 45-11. *Artículo 11:* 101-11, 120-11, 121-11, 146-11, 246-11. *Artículo 12:* 37-11, 121-11. *Artículo 12.2:* 45-11, 235-11, 236-11. *Artículo 12.5:* 15-11, 62-11, 83-11, 113-11, 128-11, 152, 171-11, 181-11, 188-11, 191-11, 221-11, 222-11, 230-11, 256-11, 271-11. *Artículo 12.6:* 04-11, 13-11, 22-11, 56-11, 84-11, 118-11.123-11, 207-11, 261-11, 265-11, 270-11, 273-11. *Artículo 12.7:* 12-11, 16-11, 17-11, 33-11, 49-11, 59-11, 64-11, 82-11, 147-11, 161-11, 208-11. *Artículo 12.8:* 63-11, 184-11. *Artículo 12.9 :* 01-11, 02-11, 03-11, 06-11, 07-11, 08-11, 09-11, 11-11, 14-11, 18-11, 19-11, 20-11, 21-11, 23-11, 24-11, 25-11, 26-11, 27-11 28-11, 29-11, 31-11, 32-11, 34-11, 35-11, 36-11, 38-11, 39-11, 40-11, 41-11, 42-11, 43-11, 44-11, 46-11, 47-11, 48-11, 50-11, 51-11, 52-11, 53-11, 54-11, 55-11, 57-11, 58-11, 60-11, 61-11, 65-11, 66-11, 67-11, 68-11, 69-11, 70-11, 71-11, 72-11, 73-11, 74-11, 75-11, 76-11, 77-11, 78-11, 79-11, 80-11, 81-11, 85-11, 86-11, 87-11, 88-11, 89-11, 90-11, 91-11, 92-11, 93-11, 94-11, 95-11, 96-11, 97-11, 98-11, 99-11, 100-11, 102-11, 103-11, 104-11, 105-11, 106-11, 107-11, 108, 109-11, 110-11, 111-11, 112-11, 114-11, 115-11, 116-11, 117-11, 119, 122-11, 124-11, 125-11, 126-11, 127-11, 129-11, 130-11, 131-11, 132-11, 133-11, 134-11, 135-11, 136-11, 137, 138-11, 139-11, 140-11, 141-11, 142-11, 143-11, 144-11, 145-11, 146, 148-11, 149-11, 150-11, 151-11, 153-11, 154-11, 155-11, 156-11, 157, 158-11, 159-11, 160-11, 162-11, 163-11, 164-11, 165-11, 166-11, 167, 168-11, 169-11, 170-11, 172-11, 173-11, 174-11, 175-11, 176-11, 177-11, 178-11, 179-11, 180-11, 182-11, 183, 185-11, 186-11, 187-11, 189-11, 190-11, 192-11, 193-11, 194-11, 195, 196-11, 197-11, 198-11, 199-11, 200-11, 201-11, 202-11, 203-11, 204, 205-11, 206-11, 209-11, 210-11, 211-11, 212-11, 213-11, 214-11, 215, 216-11, 217-11, 218-11, 219-11, 220-11, 223-11, 224-11, 225-11, 226-11, 227-11, 228-11, 229-11, 231-11, 232, 233-11, 234-11, 237-11, 238-11, 239-11, 240-11, 241-11, 242-11, 243, 245-11, 247-11, 248-11, 249-11, 251-11, 252-11, 253-11, 254-11, 255, 257-11, 258-11, 259-11, 260-11, 263-11, 266-11, 267-11, 268-11, 269, 272-11, 274-11, 275-11, 276-11, 277-11, 281-11, 282-11, 283-11, 284-11, 285-11. *Artículo 12.12 :* 246-11. *Artículo 14:* 121-11, 146, 244-11.

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

*Artículo 4:* 118-11. *Artículo 37:* 148-11, 178-11, 179-11, 189-11, 194, 195-11, 203-11, 210-11, 213-11, 228-11, 229-11, 233-11, 241-11, 242, 243-11, 252-11, 260-11, 267-11, 268-11, 272-11, 284-11. *Artículo 47:* 118-11.

**6/1998, de 30 de noviembre, de Consejos Escolares de la Región de Murcia.**

*Artículo 14:* 181-11.

**2/2000, de 12 de julio, del Deporte de la Región de Murcia.**

*Artículo 17:* 188-11. *Artículo 28:* 188-11. *Artículo 35:* 188-11. *Artículo 36:* 188-11.

**1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia**

*Genérico:* 230-11.

**1/2002, de 20 de marzo, de Adecuación de los Procedimientos de la Administración Regional de Murcia a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.**

*Genérico:* 152-11.

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

*Genérico:* 62-11. *Artículo 3:* 64-11. *Artículo 39:* 128-11.

**7/2003, de 12 de noviembre, de Caza y Pesca Fluvial de la Región de Murcia.**

*Genérico:* 230-11.

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

*Artículo 4:* 14-11, 166-11. *Artículo 7:* 181-11.

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

*Genérico:* 235-11. *Artículo 5:* 62-11, 171, 188-11. *Artículo 16:* 23-11. *Artículo 22:* 62-11, 83, 113-11. *Artículo 37:* 171-11. *Artículo 38:* 171-11, 181, 222-11, 271-11. *Artículo 46:* 45-11, 236-11. *Artículo 52:* 62, 113-11, 171-11, 181-11, 222-11, 271-11. *Artículo 53:* 10-11, 15-11, 62-11, 83-11, 113-11, 128-11, 152-11, 171-11, 181-11, 188-11, 191-11, 221-11, 222-11, 230-11, 256-11, 271-11. *Artículo 58:* 271-11.

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

*Genérico:* 188-11. *Artículo 1:* 222-11. *Artículo 2:* 26, 113-11. *Artículo 3:* 15-11, 171-11. *Artículo 4:* 15-11, 171-11. *Artículo 14:* 171-11. *Artículo 16:* 02-11, 04-11, 13-11, 18-11, 22-11, 28-11, 56-11, 65-11, 69-11, 81-11, 98-11, 113, 123-11, 128-11, 261-11, 271-11, 273-11, 282-11. *Artículo 23:* 15, 222-11. *Artículo 24:* 113-11. *Artículo 25:* 15-11, 113-11, 171-11. *Artículo 28:* 89-11. *Artículo 31:* 146-11, 171-11. *Artículo 33:* 13-11, 56-11, 273-11.

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

*Genérico:* 62-11.

**6/2006, de 21 de julio, sobre incremento de las medidas de ahorro y conservación en el consumo de agua en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

*Genérico:* 120-11.

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

*Artículo 13:* 45-11. *Artículo 29:* 45-11. *Artículo 64:* 45-11. *Artículo 68:* 45-11. *Artículo 71:* 45-11. *Artículo 104:* 45-11. *Artículo 107:* 45-11.

**11/2006, de 22 de diciembre, sobre Régimen del Comercio Minorista y Plan de Equipamientos Comerciales de la Región de Murcia.**

*Genérico:* 83-11.

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

*Genérico:* 62-11.

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

*Artículo 26:* 102-11, 110-11, 276-11. *Artículo 30:* 115-11.

**3/2009, de 11 de mayo, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia.**

*Artículo 20:* 221-11.

**6/2009, de 9 de octubre, de creación del Organismo Autónomo "Boletín Oficial de la Región de Murcia".**

*Artículo 15:* 23-11.

**7/2009, de 2 de noviembre, de ayuda a las víctimas del terrorismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

*Artículo 4:* 191-11. *Artículo 6:* 191-11. *Artículo 7:* 191-11. *Artículo 8:* 191-11. *Artículo 11:* 191-11. *Artículo 12:* 191-11. *Artículo 14:* 191-11. *Artículo 16:* 191-11. *Artículo 17:* 191-11. *Artículo 18:* 191-11. *Artículo 19:* 191-11. *Artículo 20:* 191-11. *Artículo 22:* 191-11. *Artículo 24:* 191-11.

**12/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifican diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.**

*Genérico:* 83-11, 188-11.

**13/2009, de 23 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos, tributos propios y medidas administrativas para el año 2010.**

*Genérico:* 05-11, 262-11, 278-11, 279-11.

## **15.- Decreto Legislativo**

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

*Genérico:* 191-11, 221-11. *Artículo 2:* 235-11. *Artículo 9:* 235-11. *Artículo 27:* 202-11, 214-11, 220-11, 237-11. *Artículo 36:* 202-11, 214-11, 220-11, 237-11. *Artículo 51:* 235-11. *Artículo 81:* 235-11.

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

*Artículo 2:* 235-11. *Artículo 3:* 271-11. *Artículo 7:* 225-11. *Artículo 12:*222-11, 271-11. *Artículo 13:* 181-11, 235-11, 271-11. *Artículo 22:* 271-11. *Artículo 26:* 113-11. *Artículo 32:* 113-11. *Artículo 33:* 113-11. *Artículo 43:* 271-11. *Artículo 53:* 113-11. *Artículo 62:* 222-11. *Artículo 72:* 238-11. *Artículo 73:* 238-11. *Artículo 85:* 271-11. *Artículo 88:* 271-11.

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

*Genérico:* 113-11, 236-11. *Artículo 20:* 128-11. *Artículo 21:* 128-11. *Artículo 23:* 128-11. *Artículo 24:* 128-11.

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

*Genérico:* 230-11. *Artículo 98:* 120-11. *Artículo 136:* 23-11. *Artículo 140:* 23-11. *Artículo 145:* 23-11. *Artículo 151:* 23-11. *Artículo 167:* 121-11. *Artículo 201:* 17-11. *Artículo 214:* 120-11. *Artículo 216:* 120-11. *Artículo 218:* 120-11. *Artículo 226:* 121-11. *Artículo 228:* 121-11. *Artículo 232:* 121-11, 244-11. *Artículo 237:* 121-11.

## **17.- Decreto**

**47/1984, de 10 de mayo, por el que se crea en el ámbito de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Pesca, el Consejo Regional Agrario.**

*Artículo 3:* 256-11.

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

*Artículo 6:* 171-11.

**37/1987, de 28 de mayo, por el que se regula el Consejo Regional de Servicios Sociales.**

*Artículo 3:* 113-11.

**60/1989, de 6 de julio, por el que se dictan normas para la desinfección de los vehículos destinados al transporte de ganado, y se regula el Régimen de Centros de Desinfección de la Región de Murcia.**

*Artículo 3:* 152-11.

**153/1993, de 30 de diciembre, por el que se regula el acceso y provisión de puestos de trabajo de las personas con minusvalía en la Administración Pública de la Región de Murcia.**

*Artículo 2:* 113-11. *Artículo 3:* 113-11.

**81/1994, de 4 de noviembre, regulador del procedimiento para la formulación de propuestas de adopción.**

*Artículo 2:* 01-11.

**136/1995, de 2 de agosto, sobre asunción y atribución de funciones y servicios traspasados de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de enseñanzas náutico-deportivas y subacuático-deportivas.**

*Genérico:* 188-11.

**172/1995, de 22 de noviembre, por el que se regulan las condiciones sanitarias para la venta de alimentos y de determinados animales vivos fuera de establecimientos permanentes.**

*Genérico:* 83-11.

**45/1996, de 19 de junio, precios públicos aplicables al ámbito de los centros cuya cobertura social corresponde al Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia.**

*Genérico:* 128-11.

**24/1997, de 25 de abril, sobre indemnizaciones por razón del servicio del personal de la Administración Pública de la Región de Murcia.**

*Genérico:* 249-11.

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

*Artículo 46:* 05-11, 15-11, 16-11, 22-11, 55-11, 56-11, 92-11, 113-11,123-11, 150-11, 181-11, 208-11, 222-11, 225-11, 261-11, 265-11, 273-11. *Artículo 46.2:* 49-11, 82-11. *Artículo 48:* 13-11, 64-11, 270-11. *Artículo 61:* 62-11, 128-11.

**59/1998, de 8 de octubre, por el que se aprueba el reglamento sobre consolidación y reconocimiento de grado personal.**

*Genérico:* 271-11.

**72/1998, de 20 noviembre, por el que se crea el Consejo Asesor «Foro Regional para la Inmigración de la Comunidad Autónoma de Murcia».**

*Artículo 2:* 221-11.

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

*Artículo 7:* 246-11. *Artículo 9:* 246-11. *Artículo 10:* 55-11. *Artículo 11:* 55-11. *Artículo 33:* 246-11.

**66/2001, de 14 de septiembre, por el que se regula la Formación continuada obligatoria de los Manipuladores de Alimentos.**

*Genérico:* 83-11.

**69/2001, de 28 de diciembre de 2001, por el que se regulan las Actividades Subacuáticas Deportivas de la Región de Murcia.**

*Artículo 1:* 188-11. *Artículo 6:* 188-11. *Artículo 12:* 188-11.

**48/2002, de 1 de febrero, de modificación del decreto 81/1994, de 4 de noviembre, regulador del procedimiento para la formulación de propuestas de adopción y del decreto 66/1997, de 12 de septiembre, sobre acreditación y actuación de las instituciones colaboradoras de integración familiar y de las entidades colaboradoras en adopción internacional.**

*Genérico:* 01-11.

**111/2002, de 13 de septiembre, por el que se establece el currículo de la Educación Primaria en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

*Artículo 13:* 70-11. *Artículo 14:* 70-11.

**134/2002, de 31 de octubre, de modificación del Decreto número 72/1998, de 20 de noviembre, por el que se crea el Consejo Asesor «Foro Regional para la Inmigración de la Comunidad Autónoma de Murcia».**

*Genérico:* 221-11.

**16/2003, de 7 de marzo, por el que se crea y regula la composición y funciones del Consejo Asesor Regional de Formación Profesional.**

*Genérico:* 10-11.

**17/2003, de 14 de marzo, por el que se regulan las condiciones higiénico- sanitarias de los establecimientos de tatuaje y de "piercing" de la Región de Murcia.**

*Artículo 8:* 83-11. *Artículo 9:* 83-11.

**35/2004, de 16 de abril, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público de la Administración Pública de la Región de Murcia de los años 2003 y 2004.**

*Artículo 6:* 113-11.

**60 /2004, de 28 de junio, de reorganización de la Administración Regional.**

*Artículo 2:* 188-11.

**85/2004, de 27 de agosto, por el que se aprueban los estatutos de la Universidad de Murcia.**

*Artículo 42:* 37-11. *Artículo 146:* 105-11.

**95/2004, de 24 de septiembre, por el que se crean y regulan los consejos asesores regionales de carácter sectorial de servicios sociales.**

*Artículo 2:* 113-11. *Artículo 10:* 113-11.

**81/2005, de 8 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación y Cultura.**

*Genérico:* 10-11.

**92/2005, de 22 de julio, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual y su régimen de uso en la Región de Murcia.**

Genérico: 221-11.

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

*Genérico: 269-11. Artículo 17: 155-11, 156-11. Artículo 24: 222-11. Artículo 43: 27-11.*

**131/2005 de 25 de noviembre, por el que se regula el procedimiento sancionador de las infracciones en materia de servicios sociales.**

*Genérico: 62-11, 64-11.*

**136/2005, de 2 de diciembre, de creación del Consejo Asesor Regional para el desarrollo de la Sociedad de la información.**

*Genérico: 171-11.*

**1/2006, de 13 de enero, por el que se regula la creación del registro de Organizaciones de Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, el establecimiento de las normas por las que ha de regirse el mismo, así como la representación y participación de las Organizaciones de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

*Genérico: 15-11.*

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

*Genérico: 113-11.*

**32/2006, de 21 de abril, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía y Hacienda.**

*Genérico: 22-11, 56-11, 123-11, 261-11. Artículo 16: 171-11.*

**59/2007, de 6 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la selección y nombramiento de los Directores y Directoras de los Centros Docentes Públicos, a excepción de los universitarios.**

*Genérico: 181-11.*

**320/2007, de 19 de octubre, por el que se regulan las empresas de turismo activo de la Región de Murcia**

*Artículo 12: 188-11. Artículo 13: 188-11.*

**349/2007, de 9 de noviembre, por el que se regula el uso de desfibriladores semiautomáticos externos por personal no médico en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

*Artículo 8: 83-11.*

**372/2007, de 30 de noviembre, por el que se regulan los procedimientos administrativos en materia de adopción de menores en la Región de Murcia.**

*Genérico:* 01-11.

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

*Artículo 14:* 138-11. *Artículo 15:* 25-11.

**56/2008, de 11 de abril, de creación de centros integrados de formación profesional de la Región de Murcia.**

*Artículo 4:* 222-11. *Artículo 8:* 222-11. *Artículo 9:* 222-11. *Artículo 10:* 222-11.

**329/2008, de 3 de octubre del Consejo de Gobierno, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Consejería de Educación, Formación y Empleo.**

*Genérico:* 10-11.

**411/2008, de 31 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, el reconocimiento de la acreditación y el registro de los laboratorios en el ámbito de la salud pública y agroalimentario.**

*Genérico:* 83-11.

**18/2009, de 27 de febrero, por el que se modifica el artículo 6 del Reglamento que desarrolla la Ley 3/1985, de 10 de julio, de Creación del Organismo Autónomo Imprenta Regional de Murcia y establece el funcionamiento del "Boletín Oficial de la Región de Murcia", aprobado por Decreto 51/1986, de 23 de mayo.**

*Genérico:* 171-11.

**318/2009, de 2 de octubre, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Consejería de Educación, Formación y Empleo.**

*Genérico:* 10-11.

**331/2009, de 9 de octubre, por el que se crea y regula el Consejo Asesor Regional de las Organizaciones Profesionales Agrarias.**

*Artículo 3:* 256-11.

**448/2009, de 29 de diciembre, por el que se crea y regula el Registro de Explotaciones Agrarias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

*Artículo 3:* 256-11.

**126/2010, de 28 de mayo, por el que se establecen los criterios para determinar la capacidad económica de los beneficiarios y su participación en la financiación de las prestaciones económicas y servicios del sistema de autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

*Genérico:* 128-11.

**194/2010, de 16 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo de la Región de Murcia y se modifica el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

*Genérico:* 236-11.

**236/2010, de 3 de septiembre, de Atención al Ciudadano en la Administración Pública de la Región de Murcia.**

*Artículo 9:* 171-11. *Artículo 10:* 171-11. *Artículo 42:* 171-11. *Artículo 49:* 171-11. *Artículo 50:* 171-11.

**286/2010, de 5 de noviembre, sobre medidas de simplificación documental en los procedimientos administrativos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia**

*Genérico:* 62-11, 171-11, 191-11, 236-11. *Artículo 7:* 152-11, 256-11.

**306/2010, de 3 de diciembre, por el que se establecen la intensidad de protección de los servicios, la cuantía de las prestaciones económicas, las condiciones de acceso y el régimen de compatibilidad de las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

*Artículo 5:* 62-11. *Artículo 6:* 62-11. *Artículo 18:* 62-11.

**26/2011, de 25 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Agricultura y Agua.**

*Genérico:* 95-11. *Artículo 36:* 256-11.

**142/2011, de 8 de julio, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Consejería de Economía y Hacienda.**

*Artículo 9:* 171-11.

**146/2011, de 8 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Consejería de Sanidad y Política Social.**

*Artículo 4:* 256-11.

**302/2011, de 25 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Gestión Electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

*Artículo 61:* 256-11.

## **25.- Decreto del Presidente**

**8/1995, de 6 de julio, de Reorganización de la Administración Regional.**

*Genérico:* 188-11

**16/1999, de 13 de julio, de Reorganización de la Administración Regional.**

*Artículo 5:* 188-11.

**9/2003, de 3 de julio, de Reorganización de la Administración Pública Regional.**

*Artículo 13:* 188-11.

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

*Artículo 11:* 188-11.

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

*Genérico:* 10-11, 188-11.

**17/2010, de 3 de septiembre, de Reorganización de la Administración Regional.**

*Genérico:* 10-11

**24/2011, de 28 de junio de 2011, por el que se establece el Orden de prelación de las Consejerías de la Administración Regional y sus competencias.**

*Artículo 5:* 188-11.

## **19.- Orden**

**10 de marzo de 1989 de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Pesca relativa a Agrupaciones de Defensa Sanitaria de Ovino, Caprino y Bovino.**

*Artículo 7:* 30-11.

**7 de junio de 1991, de la Consejería de Sanidad, por la que se dictan normas sobre Policía Sanitaria Mortuoria.**

*Genérico:* 120-11.

**15 de octubre de 1991, de la Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Medio Ambiente sobre accesibilidad en espacios públicos y edificación.**

*Genérico:* 239-11.

**30 de marzo de 1995, de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Pesca, por la que se establece un programa de Erradicación de Tuberculosis Caprina en la Región de Murcia.**

*Artículo 4:* 30-11.

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

*Genérico:* 256-11.

**28 de abril de 1997, de la Consejería de Sanidad y Política Social, sobre normas complementarias y de desarrollo en relación a los precios públicos creados por el Decreto 45/1996, aplicables a los Centros del ISSORM.**

*Genérico:* 128-11

**25 de abril de 2001, de la Consejería de Tecnologías, Industria y Comercio, por la que se establecen procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica de tensión superior a 1 Kv.**

*Genérico:* 230-11.

**15 de mayo de 2001 por la que se regula el Procedimiento de Consolidación parcial del componente singular del complemento específico por el ejercicio del cargo de Director de Centros Docentes Públicos.**

*Genérico:* 181-11.

**27 de julio de 2001 de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se regula la selección de personal interino y laboral temporal de la Administración Pública Regional.**

*Genérico:* 202-11, 220-11.

**22 de enero de 2002, de la Consejería de Educación y Cultura por la que se constituye la Comisión Regional de Directores de Escuelas de Educación Infantil y Colegios de Educación Primaria.**

*Genérico:* 181-11.

**22 de enero de 2003, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se delega el ejercicio de determinadas competencias en materia de contratación a los directores de los centros docentes públicos no universitarios de la Región de Murcia.**

*Genérico:* 89-11.

**20 de febrero de 2006 de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se actualizan las cuantías de las indemnizaciones por razón del servicio previstas en el Decreto 24/1997, de 25 de abril.**

*Genérico:* 249-11.

**10 de abril de 2006, de la Presidenta del Servicio Regional de Empleo y Formación, por la que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones correspondientes a los programas de Iniciativas de Desarrollo Rural y de Empleo Local e Institucional y se realiza su convocatoria para el ejercicio 2006.**

*Artículo 9:* 202-11, 220-11.

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

*Genérico:* 171-11.

**16 de marzo de 2007 por la que se establece el procedimiento para la prórroga de los nombramientos de directores, y se regula y convoca concurso de méritos para la selección y**

**nombramiento de directores de centros docentes públicos en el ámbito de gestión de esta Comunidad Autónoma.**

*Genérico:* 181-11.

**25 de julio de 2007, de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, por la que se delegan competencias del titular del departamento en los titulares de los órganos directivos de la Consejería.**

*Genérico:* 89-11.

**4 de octubre de 2007, de la Consejería de Agricultura y Agua, por la que se modifica la Orden de 16 de septiembre de 1996, de la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Agua, por la que se crea el Libro de Registro de Explotación Ganadera.**

*Genérico:* 256-11.

**7 de noviembre de 2007, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se aprueba el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo de la Administración Pública de la Región de Murcia.**

*Artículo 15:* 205-11. *Artículo 16:* 205-11.

**14 de febrero de 2008, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se aprueban las bases generales que han de regir las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo de la Administración Regional por el sistema de concurso de méritos.**

*Genérico:* 271-11.

**21 de mayo de 2008, de la Consejería de Agricultura y Agua, por la que se modifica la orden de 30 de marzo de 1995 de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Pesca, por la que se establece un programa de erradicación de tuberculosis caprina en la Región de Murcia.**

*Genérico:* 30-11.

**30 de octubre de 2008, de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por la que se delegan competencias del titular del departamento en diversos órganos de la Consejería.**

*Genérico:* 89-11.

**31 de marzo de 2009, del Presidente del Servicio Regional de Empleo y Formación, por la que se modifican diversas Órdenes de bases reguladoras de subvenciones de los programas de Fomento del Empleo, de Conciliación de la vida laboral, familiar y personal, de Fomento del Desarrollo Local, y de Unidades de Apoyo de los Centros Especiales de Empleo.**

*Artículo 25:* 220-11, 202-11. *Artículo 26:* 202-11, 220-11.

**24 de noviembre de 2009, de modificación de la Orden de cierre del ejercicio 2009.**

*Genérico:* 202-11.

**11 de diciembre de 2009, del Presidente del Servicio Regional de Empleo y Formación, por la que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones correspondientes a los programas de Iniciativas de Desarrollo Rural y de Empleo Local e Institucional y entidades sin ánimo de lucro.**

*Genérico: 237-11. Artículo 9: 214-11. Artículo 21: 214-11. Artículo 25: 214-11. Artículo 26: 214-11. Artículo 32: 214-11.*

**28 de abril de 2011, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la que se establecen las condiciones de acceso a la Plataforma de Interoperabilidad de la Administración Pública de la Región de Murcia.**

*Genérico: 191-11, 256-11. Artículo 4: 152-11. Artículo 6: 152-11.*

**18 de julio de 2011, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se dictan normas para la elaboración de los presupuestos generales de la Región de Murcia para el año 2012.**

*Genérico: 235-11.*

**24 de mayo de 2011, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la que se publica el catálogo de simplificación documental de la Administración Pública de la Región de Murcia.**

*Genérico: 256-11.*

## **22.- Resolución**

**24 de junio de 2009, de la Dirección General de Recursos Humanos, por la que se dispone la publicación de los criterios de evaluación y baremación que deben regir la prórroga de nombramiento de directores de centros docentes públicos dependientes de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

*Genérico: 181-11.*

## **ÁMBITO 4.- Normativa Autonómica (otras comunidades)**

### **10.- Ley**

**8/2009, de 16 de diciembre, de reforma de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears para la transposición de la directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.**

*Genérico: 83-11*

**7/2009, de 17 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior.(Castilla-La Mancha).**

*Genérico: 83-11.*

**1/2010, de 11 de febrero, de modificación de diversas Leyes de Galicia para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.**

*Genérico:* 83-11.

**12/2010, de 12 de noviembre, de modificación de diversas leyes para la transposición en las Illes Balears de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.**

*Genérico:* 188-11.

## **17.- Decreto**

**197/1987, de 19 de mayo, por el que se regulan las asociaciones de alumnos. (Cataluña).**

*Genérico:* 222-11.

**210/2001, de 18 de diciembre, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Conselleria de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes.**

*Genérico:* 188-11.

**187/2003, de 28 de noviembre, por el cual se regulan las asociaciones de alumnos, y las federaciones y las confederaciones de asociaciones de alumnos. (Balears).**

*Genérico:* 222-11 .

**34/2005, de 8 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se establecen las normas de carácter técnico para las instalaciones eléctricas aéreas con objeto de proteger la avifauna.**

*Genérico:* 230-11 .

**16/2005, de 10 de febrero, por el que se regula la policía sanitaria mortuoria en la Comunidad de Castilla y León.**

*Artículo 32:* 120-11.

**36/2005, de 26 de mayo, por el que se regula el Registro de Explotaciones Ganaderas de La Rioja.**

*Genérico:* 256-11.

**178/2006, de 10 de octubre, por el que se establecen normas de protección de la avifauna para las instalaciones eléctricas de alta tensión. (Andalucía).**

*Genérico:* 230-11.

**31/2007, 5 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Organico de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación. (Canarias).**

*Artículo 11:* 188-11.

**25/2007, de 3 de abril, de selección, nombramiento, formación y evaluación de los directores y directoras de los centros docentes públicos no universitarios de Castilla-La Mancha, y de medidas de apoyo y reconocimiento a su labor.**

*Genérico:* 181-11.

**40/2007, de 13 de abril, por el que se regula el buceo deportivo y recreativo en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.**

*Genérico:* 188-11.

**168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración. (Andalucía).**

*Genérico:* 62-11.

**68/2007, de 14 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. (Asturias).**

*Genérico:* 62-11.

**5/2008, de 10 de enero, por el que se regula el procedimiento para la selección, nombramiento, evaluación y cese del director en los centros docentes públicos de la Comunidad Autónoma de Cantabria.**

*Genérico:* 181-11.

**83/2008, de 23 de diciembre, por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad al empleo público, a la provisión de puestos de trabajo y a la formación en la Administración de Castilla y León**

*Artículo 7:* 113-11.

**49/2009, de 26 de febrero, sobre el ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia respecto de los/las funcionarios/as con habilitación de carácter estatal.**

*Genérico:* 271-11

**176/2009, de 17/11/2009, del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, y de la composición y funciones de los equipos de valoración. (Castilla-La Mancha).**

*Artículo 22:* 62-11.

**15/2010, de 4 de febrero, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, el procedimiento para la elaboración del Programa Individual de Atención y la organización y funcionamiento de los órganos técnicos competentes. (Galicia).**

*Genérico:* 62-11

**12/2010, de 16 de marzo, por el que se regula la utilización de medios electrónicos en la actividad de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.**

*Genérico:* 171-11.

**83/2010, de 25 de junio, por el cual se establecen los principios generales del procedimiento para reconocimiento de la situación de dependencia, la intensidad de protección de los servicios y el régimen de compatibilidad de las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia en el ámbito de la comunidad autónoma de las Illes Balears, y se crea la Red Pública de Atención a la Dependencia de las Illes Balears.**

*Genérico:* 62-11.

**109/2010, de 16 de julio, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 1/2004, de 24 de mayo, de la Generalitat, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo.**

*Genérico:* 191-11.

**183/2010, de 4 de noviembre, por el que se regulan las entidades identificadoras para la prestación de servicios de identificación del ganado bovino, ovino y caprino y su registro oficial. (Galicia).**

*Genérico:* 256-11.

**8/2011, de 27 de enero, por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad al empleo público, a la provisión de puestos de trabajo y a la formación en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.**

*Artículo 6:* 113-11.

**5/2011, de 3 de febrero, por el que se modifican diversas disposiciones de carácter general en materia sanitaria, para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las Actividades de Servicios y su ejercicio y al Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León.**

*Genérico:* 83-11.

**19/2011, de 10 de febrero, por el que se regula la utilización de los medios electrónicos en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.**

*Artículo 27:* 171-11.

**336/2011, de 10 de mayo, de reestructuración del Departamento de Agricultura, Ganadería, Pesca, Alimentación y Medio Natural. (Cataluña).**

*Artículo 22:* 188-11.

## 19.- Orden

**16 de mayo de 2005, de la Consejería de Agricultura, por la que se establecen las normas de ejecución de los programas de erradicación de la tuberculosis y brucelosis en la especies ovina y caprina, y vigilancia de la leucosis y la perineumonía bovinas dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.**

*Artículo 2: 30-11. Artículo 6: 30-11.*

**FAM/824/2007, de 30 de abril, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia. (Castilla y León).**

*Genérico: 62-11.*

**SAN/26/2007, de 7 de mayo, por la que se regulan los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia. (Cantabria).**

*Genérico: 62-11.*



**DICTAMEN 01-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por el anormal funcionamiento del Servicio de Protección del Menor.

**Consultante** Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración

**Fecha** 11/01/2011

**Extracto doctrina**

El plazo para ejercitar la acción sólo puede correr desde el momento en que ha nacido la acción, es decir, desde que el interesado conoce en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos. Sólo en ese momento la acción es posible, y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 23 de enero de 2001), conforme a la doctrina expresada por este Consejo Jurídico en sus Dictámenes núms. 51/00 y 18/05.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 31 de julio de 2009, x., padre del menor x, hoy x., presenta en el Registro General de la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados, al continuar el expediente de acogimiento y posterior adopción del menor del que posteriormente se le reconoció la paternidad. Se cuantifica la misma en un millón euros por no disfrutar de la compañía de su hijo.

Atribuye una actuación negligente de la Administración regional en el presente caso, concretamente de la Dirección General de Familia *“al no haber cumplido con su obligación de comprobar y contestar los escritos que yo iba presentando. En concreto por no haber comprobado la paternidad que yo alegué, o al menos, no se hubiera continuado con el expediente de acogimiento y posterior adopción de mi hijo, mientras se tramitaba el procedimiento que yo inicié para que se me reconociera la paternidad, lo que hubiera conllevado que me hubieran tenido en cuenta para conceder la guarda y custodia de mi hijo, como digo por esa negligente actuación de la administración he perdido la posibilidad de tener conmigo a mi hijo, de verle crecer, de tenerlo, cuidarlo, etc.”.*

**SEGUNDO.-** El 24 de septiembre de 2009, el Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración dicta Resolución admitiendo a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial

formulada, designando a la instructora del procedimiento. Dicha Resolución fue notificada al interesado el 7 de octubre siguiente.

Seguidamente, la instructora solicita el informe del Servicio de Protección de Menores, en relación con las actuaciones seguidas en el expediente incoado con ocasión de la protección del menor, así como procede a comunicar formalmente la presente reclamación a la compañía aseguradora con la que el ente público tiene suscrita la póliza de responsabilidad civil.

**TERCERO.-** El Servicio de Protección de Menores emite informe el 6 de octubre de 2009, en el que expone lo siguiente:

*“1.- Que efectivamente el día 30 de octubre de 2003 compareció x., con D.N.I. núm. (...) en las Oficinas del Servicio de Protección de Menores, manifestando según consta en escrito de esta fecha, que dadas sus circunstancias personales y sociales, deseaba que al nacimiento de su hijo le fuera retirado para su entrega en adopción.*

*Ante el deseo de querer entregar a su hijo, y en consideración a su intimidad, no se realizó pregunta alguna a la interesada.*

*Esta declaración de entrega voluntaria fue expresada por x. en documento de declaración de consentimiento de fecha 13 de noviembre de 2003.*

*2.- Que de acuerdo con la situación, al nacimiento del niño fue declarado el desamparo (Art. 172 del Código Civil), y asumida la tutela por la Entidad Pública con fecha 14 de noviembre de 2003, siendo internado en el Centro Hogar de la Infancia de Cartagena, siendo comunicada esta circunstancia al Ministerio Fiscal en oficio de fecha 19 de noviembre de 2003.*

*Por oficio de la Entidad Pública de 1 de diciembre de 2003, se solicita al Ilmo. Sr. Juez del Registro Civil su inscripción en el mismo, siendo realizado este trámite con fecha 10 de diciembre.*

*3.- Con fecha 13 de diciembre de 2003, x. firma documento de ratificación de consentimiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 177. 2º del Código Civil.*

*4.- En la Comisión Regional de Protección del Menor de 4 de febrero de 2004 se adoptó, entre otros acuerdos, la propuesta de acogimiento familiar preadoptivo del citado menor, con el matrimonio propuesto por la Entidad Pública, siendo baja en el Centro Hogar de la Infancia con fecha 9 de febrero de 2004, permaneciendo con la familia*

*acogedora, situación que fue comunicada al Ministerio Fiscal en oficio de 9 de marzo de 2004 (por error se indica 1 de marzo de 2009). Esta propuesta se realiza para facilitar el desarrollo del menor en un ámbito familiar normalizado, evitando de esta forma que el niño permaneciese más tiempo del conveniente internado en Centro de Protección.*

*5.- Que la primera vez que se tiene conocimiento en este Servicio de la existencia de una reclamación de paternidad por parte de x., lo es por la petición judicial por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Murcia de fecha 10 de mayo de 2004, que tramita la reclamación de paternidad en relación al menor, según consta en los folios 66 y 67 del expediente administrativo. X. expresó ser padre del menor, con fecha de 16 de junio de 2004, presentando en el registro de la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración un escrito en el que pone en conocimiento la existencia del procedimiento de reconocimiento de paternidad ante el Juzgado. El escrito consta en el folio 69 del expediente administrativo siete meses después del nacimiento del menor.*

*6.- Que la Comisión Regional de Protección del Menor, en sesión de 14 de julio, adoptó entre otros, el acuerdo de formulación de propuesta de adopción del mencionado menor, siendo comunicado este acuerdo al Ministerio Fiscal en escrito de fecha 2 de agosto de 2004, y enviada la documentación al Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Murcia con la misma fecha.*

*7.- Que en Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Murcia de fecha 1 de junio de 2005, en el FALLO de la misma se estima que el menor x. es hijo no matrimonial de x., confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de fecha 28 de febrero de 2006 que resuelve el recurso de apelación interpuesto, siendo comunicada ambas sentencias por el interesado a la Dirección General de Familia y Menor en fecha 19 de mayo de 2006.*

*Hasta esta fecha, x. no había sido parte en los procedimientos administrativos, tan solo comunicó su actuación judicial en reclamación de filiación del menor, extremo que sólo puede ser objeto de decisión judicial y no administrativa, entre tanto se ha actuado en interés del menor, primero con la tramitación de la propuesta de acogimiento familiar y posterior adopción por tratarse de una situación muy favorable para el menor, ya que éste, según reflejan los informes de seguimiento, recibe por parte de sus acogedores y de su entorno el cariño y los estímulos necesarios, facilitando la integración y su adecuado desarrollo.*

*8.- Esta situación de reconocimiento de filiación supuso en el procedimiento judicial para la adopción del menor la paralización del mismo, según consta en los folios 77 y 78 del expediente*

*administrativo, y una vez recaída sentencia firme determinando la filiación se alza la suspensión dando entrada al hoy reclamante en el procedimiento judicial sobre la adopción. En Auto de fecha 3 de noviembre de 2008, del Juzgado de 1ª instancia núm. 3 de Murcia, se acordó la adopción del menor con el matrimonio propuesto por la Entidad Pública. En el procedimiento judicial se sustanció la oposición por el x. declarando el juzgado que no se necesitaba su consentimiento para la adopción del menor sino ser simplemente oído.*

*De los documentos que obran en el expediente, se deriva que este expediente se inició por el deseo de la madre de entregar a su hijo en adopción, que al no haber padre biológico reconocido se asumió la tutela cuando la madre dio a luz, siendo internado en el Centro Hogar de la Infancia de Cartagena, poniéndose de manifiesto que el padre tardó siete meses en comunicar su deseo de reclamar su paternidad, y que en ese intervalo de tiempo se formalizó un acogimiento familiar preadoptivo, ya que el interés del menor, entre otros aspectos, era permanecer el menor tiempo posible institucionalizado, por lo que este Servicio propone que se desestime lo solicitado por x'.*

**CUARTO.-** Con fecha 19 de octubre de 2009 se procede a la apertura de periodo de prueba de treinta días para que el interesado pueda proponer los medios de los que pretende valerse. También se le requiere que acredite la realidad y cuantía de los daños y perjuicios sufridos y la fijación del *dies a quo* para constatar el cumplimiento del requisito temporal en el ejercicio de la presente acción de responsabilidad patrimonial.

**QUINTO.-** Dentro del plazo otorgado, el reclamante presenta escrito (Doc. núm. 8) en el que formula las siguientes alegaciones:

- Respecto a la cuantificación del daño, señala que no se puede justificar de manera objetiva, si bien realiza consideraciones acerca de cuánto vale perder un hijo y la imposibilidad de tenerlo.
- Considera como *dies a quo* para el ejercicio de la acción la fecha de la decisión judicial de la Audiencia Provincial de Murcia que permite realizar la adopción de su hijo, sin necesidad de contar con su autorización (Sentencia núm. 234/2008, de 26 de mayo), si bien no expresa la fecha en la que fue notificada a la parte reclamante, a efectos de poder verificar el ejercicio de la acción en plazo.
- Sobre la proposición de prueba, solicita las siguientes:

1ª) La remisión del expediente administrativo de acogimiento de la entidad pública de protección (expte. 815/2003), que demostrará que se hizo caso omiso a los escritos presentados.

Dicha documentación se encuentra en los folios 1 a 233 del expediente administrativo remitido a este Consejo Jurídico como Doc. núm. 1.

2ª) Escritos dirigidos al ISSORM anunciando la interposición de la demanda de paternidad y notificando la sentencia estimatoria.

3ª) Copia testimoniada del proceso de filiación, que permite comprobar que fue presentada el 12 de febrero de 2004, tres meses después del nacimiento del menor.

4ª) Sentencia testimoniada que reconoce la paternidad del reclamante recaída en los autos núm. 292/2004 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Murcia.

5ª) Copia compulsada del Libro de Familia, donde se recoge que el menor es su hijo.

6ª) Que se libre oficio al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Murcia, a fin de que remita la sentencia recaída en el procedimiento de oposición a la adopción núm. 1707/06, en la que se recoge (Fundamento de Derecho Primero) la negligente actuación de los responsables del Servicio de Protección de Menores.

7ª) Que se libre oficio a la Audiencia Provincial, Sección Primera (Rollo 623/2007), a fin de que remitan la sentencia núm. 234/2008, recaída en el recurso de apelación.

8ª) Que se remita el oficio de petición de información del Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Murcia al Servicio de Protección de Menores, sobre los datos del menor y el órgano jurisdiccional en el que se tramita la adopción, y su contestación vía fax en fechas 10 y 11 de mayo de 2004, que acredita que desde ese día ya se conocía el interés del reclamante por recuperar a su hijo.

9ª) Que se tome declaración al reclamante en este procedimiento.

**SEXTO.-** El 10 de diciembre de 2009, la instructora del procedimiento resuelve admitir las pruebas propuestas por el reclamante, salvo su testimonio al considerarlo innecesario, al constar sus manifestaciones en los escritos realizados en el presente procedimiento, con la posibilidad ulterior de realizar alegaciones en el trámite de audiencia.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 1 de febrero de 2010, notificado el 15 de febrero siguiente, se otorga un trámite de audiencia al interesado, que presenta escrito de alegaciones el 27 del mismo mes, en el que realiza las siguientes manifestaciones:

1ª) La actuación del Servicio de Protección de Menores ha sido claramente dañosa para sus intereses, pues pese a tener conocimiento de la interposición de una demanda en la que se reclamaba el reconocimiento de la paternidad a través del escrito presentado el 16 de junio de 2004, no se paralizó cualquier trámite de adopción del niño mientras se tramitaba el procedimiento, y en lugar de preocuparse por averiguar la veracidad de tales hechos, haciendo caso omiso, formula propuesta de adopción de su hijo.

2ª) Dicha actitud pasiva del Servicio continuó cuando el interesado puso en conocimiento de la Administración regional la sentencia donde se reconocía su paternidad, ignorando así sus derechos como padre del menor.

3ª) Frente a la afirmación de la Administración de su tardanza en mostrar su interés por el reconocimiento de la paternidad del menor (siete meses desde que nació), expresa que la única vía legal para que se reconociera, ante la negativa de la madre, era a través del proceso judicial que inició tres meses después de su nacimiento.

4ª) Sostiene que la mala actuación del Servicio de Protección de Menores ha sido reconocida en la sentencia recaída en el procedimiento de necesidad de asentimiento en la adopción (núm. 1707/2006). Transcribe el siguiente párrafo de la sentencia núm. 634/2007, de 31 de julio, del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Murcia:

*“aunque a los pocos meses del alumbramiento x. se puso en contacto con la Administración para poner en conocimiento su condición de progenitor, lo que en ningún momento fue investigado ni previsto por aquélla, que se limitó a ignorar este hecho, obligando al ahora demandante a acudir al auxilio judicial, dictándose sentencia el 1 de junio de 2005 en los autos 292/2004 de este juzgado, en la que se declaró la paternidad respecto de x., nacido el 13 de noviembre de 2003. Así mismo, y pese a conocer este nuevo hecho, tampoco la Entidad Pública de Protección ha realizado estudio alguno o seguimiento de la situación personal y patrimonial del x, persistiendo en su propuesta de adopción (...).”*

5ª) Concluye que la actuación negligente del Servicio de Protección del Menor, reconocida judicialmente, le ha causado un grave daño, que es la pérdida de su hijo, al que no puede ver ni conocer.

**OCTAVO.-** La propuesta de resolución, de 12 de marzo de 2010, desestima la reclamación presentada por apreciar la prescripción del derecho a reclamar y, subsidiariamente, por entender

que no concurren los elementos necesarios para imputar a la Administración el resarcimiento de los daños reclamados. Después de analizar las imputaciones del reclamante concluye en lo siguiente:

*“Luego, dado que la actuación e intervención adoptada por la Entidad Pública ha debido contar con la revisión superior de los órganos judiciales correspondía al Juez la determinación de la declaración de la paternidad del x., conforme expresa el artículo 120 del Código Civil en su número tercero. Dicha determinación tenía incidencia en el procedimiento judicial de adopción que se suspende a resultas de aquel, y determina la no necesidad de su consentimiento del padre por encontrarse incurso en causa de privación de patria potestad, ya que al momento de su nacimiento no se presentó a reclamar la paternidad ni se opuso a la entrega del menor por la madre a su nacimiento y con el paso del tiempo y en el momento de dictarse la sentencia se han apreciado graves limitaciones personales y sociales para adquirir el rol paterno. En todo caso, las decisiones que se han ido adoptando han sido meditadas, sopesadas a la luz de los informes de los distintos profesionales que han intervenido en la valoración de las circunstancias dadas en cada momento y siempre bajo la superior decisión judicial que es a la que corresponde la competencia última”.*

**NOVENO.-** Con fecha 18 de marzo de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

## **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. El reclamante ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del Servicio de Protección de Menores.

2. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Acerca de la prescripción de la acción ejercitada.**

El artículo 142.5 LPAC establece que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo.

La propuesta elevada sostiene que la reclamación presentada el 31 de julio de 2009 excede con creces del plazo para el ejercicio de la acción y debe declararse prescrita, ya que la tramitación judicial y el resultado de la misma no son los actos en los que el reclamante fundamenta o motiva su petición de indemnización.

Previamente, la instructora había requerido al reclamante, mediante oficio de 19 de octubre de 2009, que concretara el momento en que se produjo el daño a efectos de comprobar el cumplimiento del requisito temporal en el ejercicio de esta acción (artículo 142.5 LPAC), dado que sus imputaciones se centran esencialmente en el funcionamiento del Servicio de Protección de Menores durante la fase de acogimiento preadoptivo del menor y la posterior propuesta de adopción, afirmando que se hizo caso omiso a sus escritos en los que comunicaba a la Administración el ejercicio de acciones para el reconocimiento de su paternidad, y pese a ello se continuaron con las actuaciones de adopción del menor.

En su contestación (Doc. núm. 8, folio 19), el reclamante sostiene que *“el momento en que se produce el perjuicio es el momento en que por sentencia judicial se permite que se realice la adopción de mi hijo sin necesidad de contar con mi autorización, más concretamente desde que esa sentencia fue ratificada por la Audiencia Provincial, tras el recurso de apelación presentado por esta parte. Hay que recordar que la sentencia mencionada recoge la actuación negligente de la Consejería”*.

Por lo tanto, ha de determinarse el *dies a quo* conforme a lo expresado por el mismo reclamante, realizándose las siguientes consideraciones al respecto:

1ª) El interesado manifiesta en el escrito de reclamación (Fundamento Jurídico V) que la acción se interpone dentro del plazo de un año contado desde la notificación de la Sentencia núm. 234/2008, de 26 de mayo, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial, en la que se desestimaba el recurso de apelación interpuesto por él contra la Sentencia núm. 634/2007, de 31 de julio, del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Murcia, recaída en el procedimiento sobre asentimiento en adopción (núm. 1707/2006), en la que se disponía que el reclamante debía ser simplemente oído en la adopción de su hijo y en la que se recoge la actuación negligente del Servicio de Protección de Menores, según refiere. Sin embargo, no documenta la fecha de notificación de la firmeza de la Sentencia núm. 234/2008, ya citada, ni tampoco la instructora le ha requerido tal prueba para constatar ese requisito.

2ª) Pese a ello, si para la fijación del *dies a quo* se atiende al daño alegado, que es concretado por el reclamante en la privación del menor en el escrito de alegaciones, ésta culminó con el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de Murcia, de 3 de noviembre de 2008, en el que se acuerda la adopción del menor por el matrimonio propuesto por la entidad pública, por lo que desde esta perspectiva la acción presentada el 31 de julio de 2009 se habría ejercitado en plazo.

A la vista de lo señalado, en atención al daño alegado, y puesto que las imputaciones del reclamante al Servicio de Protección de Menores pueden ser calificadas de continuadas, que se materializan finalmente en el resultado de la adopción del menor, este Órgano Consultivo se decanta por aplicar al presente supuesto la doctrina de la prescripción en los actos continuados, que permite sostener la temporaneidad en el ejercicio de la acción ejercitada, como se ha indicado. Tal conclusión tiene trascendencia para la determinación del "*dies a quo*", en la medida en que para los daños permanentes el plazo comienza a computarse en el momento de producirse la conducta dañosa, a diferencia de los daños continuados, para los que no empieza a correr hasta tanto no cesen los efectos lesivos. Es ésta una consecuencia del principio de la "*actio nata*", según el cual el plazo para ejercitar la acción sólo puede correr desde el momento en que ha nacido la acción, es decir, desde que el interesado conoce en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos. Sólo en ese momento la acción es posible, y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 23 de enero de 2001), conforme a la doctrina expresada por este Consejo Jurídico en sus Dictámenes núms. 51/00 y 18/05.

A mayor abundamiento, en aplicación del principio "*pro actione*", debemos descartar una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción. El argumento, además, debe completarse recordando la doctrina jurisprudencial que propugna una interpretación restrictiva del instituto de la

prescripción, en tanto que limitación al ejercicio tardío de los derechos, en beneficio de la seguridad jurídica. Al tratarse de una institución no fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo excluyendo una interpretación rigorista, debiendo interpretarse, por el contrario, a favor del administrado y en contra de la Administración en la medida en que exista un principio que así lo imponga, al no ser posible verificar esta interpretación sin justificación alguna (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 6 de noviembre de 1995).

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional al declarar que la interpretación de la prescripción, en virtud del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, debe realizarse de la forma más favorable a la eficacia del derecho (Sentencia 42/1997), constituyendo una vulneración de ese derecho el rechazo de la acción basado en una interpretación restrictiva de las condiciones establecidas para su ejercicio (Sentencia 34/1994).

Finalmente, esta interpretación favorable al ejercicio de la acción en plazo, al haberse tenido en cuenta el daño alegado por el reclamante y la doctrina expresada, va a tener, consiguientemente, su repercusión a la hora de valorar las imputaciones formuladas, pues éstas habrán de ser tenidas en cuenta en la medida en que hayan podido incidir en el resultado dañoso (privación del menor), siendo irrelevante a los efectos de la exigencia de responsabilidad patrimonial aquellas actuaciones administrativas que, aunque hayan podido ser calificadas de anómalas, no han tenido la necesaria relación de causalidad con el daño alegado por el reclamante, como seguidamente se expondrá.

#### **CUARTA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.**

El artículo 139.1 LPAC establece, con carácter general, que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, en sus Sentencias de la Sala 3ª, de 20 de mayo y 28 de octubre de 1998) ha concretado los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración del siguiente modo:

a) El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente.

b) En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo.

c) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de sus potestades públicas.

d) Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.

Por tanto, un requisito básico que rige la responsabilidad patrimonial, citado anteriormente, es la relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño alegado; en su aplicación al presente caso y conforme a lo expresado por el reclamante en el escrito de alegaciones, este Órgano Consultivo ha de dictaminar si concurre la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración competente en materia de protección de menores y la privación del hijo alegada por el reclamante.

Para ello, se procede a analizar las imputaciones realizadas al centro directivo competente, concretamente, que la Dirección General de Familia hizo caso omiso de sus escritos, cuando estaba reclamando judicialmente la paternidad del recién nacido con la finalidad de recuperar la patria potestad, sosteniendo la actuación negligente de los funcionarios encargados, según se ha reconocido judicialmente.

#### 1. Antecedentes a tener en cuenta:

Según los antecedentes obrantes en el Servicio de Protección de Menores, el expediente de protección número 815/03 se inicia el 30 de octubre de 2003 con la comparecencia de x. en las oficinas de aquel Servicio, manifestando, según consta en la diligencia obrante en el folio 4, que se encuentra embarazada de 8 meses y que, dadas sus circunstancias personales y sociales, deseaba que al nacer su hijo fuera entregado en adopción por parte de la entidad pública. Según expresa la propuesta elevada, ante el deseo de querer entregar a su hijo, y en consideración a su intimidad, no se le realizó ninguna pregunta a la interesada; también se le informó que *“tendrá que firmar su conformidad para la entrega en adopción del mismo y que dispone de un mes, transcurrido el cual deberá ratificar su decisión de entrega voluntaria”*. Nada expresa la susodicha sobre la identidad del padre.

El 13 de noviembre de 2003 nace el menor y en el mismo centro hospitalario se firma, ante el funcionario responsable, la declaración de consentimiento de la madre biológica para que fuera adoptado (se consigna su estado civil de soltera), siendo informada de que dicho consentimiento podría retirarse en el plazo de un mes y que desde esta última fecha sería irrevocable. En el

cuestionario para la inscripción del nacimiento en el Registro Civil no constan los apellidos del padre, consignando el funcionario que los cumplimenta que los datos responden a lo declarado por la madre biológica.

Al día siguiente, se dicta Resolución por la Directora General de Familia y Servicios Sectoriales por la que se asume la tutela del menor por apreciación de desamparo con efectos de 13 de noviembre de 2003, autorizando el internamiento en el Centro Hogar de la Infancia de Cartagena, siendo comunicada dicha Resolución al Ministerio Fiscal mediante oficio de 19 de noviembre de 2003 (folio 15 del expediente administrativo). Consta, igualmente, que con fecha 1 de diciembre de 2003 se solicita la inscripción del recién nacido en el Registro Civil de Murcia con los apellidos de la madre por no constar la identidad del padre.

El 13 de diciembre de 2003, un mes después del nacimiento del menor, la madre procede a ratificar el consentimiento para su adopción, según consta al folio 32 del expediente administrativo.

Obran informes de seguimiento del recién nacido correspondientes al 15 de diciembre de 2003 (del pediatra y de la técnico de atención temprana), así como la orientación de la trabajadora social del Hogar de la Infancia donde se encuentra ingresado (folio 43 y siguientes del expediente administrativo), proponiendo el acogimiento familiar preadoptivo no provisional en familia ajena sin visitas, habida cuenta de que la madre se ha ratificado en su consentimiento en el mes siguiente al parto, y no constando para la Administración padre conocido.

La Comisión Regional de Protección del Menor, en su sesión de 4 de febrero de 2004, adoptó el acuerdo de formalizar el acogimiento familiar preadoptivo del menor, que permite su incorporación a un medio familiar estable y normalizado para su desarrollo integral, evitando la prolongación del ingreso institucional en un centro de protección. Se expresa que dicho acogimiento subsistirá hasta que se produzca resolución judicial, según consta en el folio 51 bis del expediente administrativo, siendo dado de baja en el Centro Hogar de la Infancia el 9 de febrero siguiente, comunicando ambas decisiones al Ministerio Fiscal (folios 55 y 58 del expediente administrativo).

Durante las actuaciones descritas de acogimiento preadoptivo no se tiene conocimiento alguno de la identidad del padre del menor.

La primera actuación que permite conocer al Servicio de Protección de Menores la existencia de un proceso de filiación (núm. 292/2004), en virtud del cual el interesado reclama la paternidad frente a la madre biológica del menor, es a través de un oficio remitido el 10 de mayo de

2004, vía fax, por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Murcia, solicitando información sobre el Juzgado que tramita la adopción del menor, así como los datos personales del mismo, siendo cumplimentado al día siguiente, según el folio 59, en el que se expresa que el menor se encuentra en acogimiento preadoptivo desde el 9 de febrero de 2004.

El primer contacto por escrito del reclamante con el Servicio de Protección de Menores data de 16 de junio de 2004 (registro de entrada), en el que pone en conocimiento de la Administración regional que ha interpuesto demanda de reconocimiento de la paternidad frente a la madre biológica del menor, interesando que se paralicen todos los trámites que se hayan llevado a cabo en relación con la adopción del menor, así como, en el caso de que estuviese entregado en acogida o preadopción, que se comunique a las personas encargadas su deseo de tener al niño, una vez que se reconozca la patria potestad.

Con fecha 14 de julio de 2004, la Comisión Regional de Protección del Menor adopta la propuesta de adopción del menor, considerando que es de interés para él que se formule respecto al núcleo familiar acogedor, estable y normalizado en el que se encuentra integrado. Dicha propuesta se comunica el 2 de agosto siguiente al Ministerio Fiscal (folio 76), así como al Magistrado Juez del Juzgado de Familia (con entrada en el Tribunal Superior de Justicia el 1 de octubre de 2004), al que también se le notifica la existencia de un proceso de filiación en curso, reclamando la paternidad del menor (con el núm. 292/2004). Seguidamente se adoptó por el titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Murcia la suspensión del procedimiento de adopción (núm. 1713/2004) por Providencia de 3 de diciembre de 2004, hasta tanto recayera resolución firme en el proceso de filiación. Por tanto, debe destacarse que a partir de este momento queda paralizado judicialmente el procedimiento de adopción.

El reclamante presenta nuevo escrito ante la Administración regional el 20 de mayo de 2005 (registro de entrada) en el que expresa que en el proceso de filiación en trámite se ha llevado a cabo la prueba biológica de paternidad, cuyo resultado demuestra que el menor es hijo suyo, manifestando su decisión, cuando se dicte la sentencia, de iniciar los trámites para conseguir la guardia y custodia del menor.

Dicha filiación no matrimonial fue finalmente reconocida por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Murcia de 1 de junio de 2005, resolviéndose desestimatoriamente el recurso de apelación interpuesto por la madre biológica (Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de 28 de febrero de 2006).

El 25 de abril de 2006, una vez firme la sentencia que reconocía la paternidad del reclamante, el titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Murcia dicta Providencia levantando la suspensión del procedimiento de adopción (núm. 1713/2004) y citando al padre biológico para ser oído sobre la propuesta de adopción formulada por la Administración regional, emplazándole, en el caso de mostrarse disconforme, para que formule demanda sobre necesidad de asentimiento en dicha adopción. La demanda fue admitida a trámite y resuelta por la Sentencia núm. 634/2007, de 1 de julio de 2007, determinando que concurre en el padre biológico causa de privación de la patria potestad, por lo que no se necesita su consentimiento para acordar la adopción, sino que simplemente debe ser oído. Dicha Sentencia fue confirmada por otra posterior de la Sección Primera de la Audiencia Provincial, núm. 234/2008, de 26 de mayo, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el reclamante.

Finalmente, por Auto núm. 619/2008, de 3 de noviembre, del titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Murcia se acuerda, tras ser oído el padre biológico y hoy reclamante, la adopción del menor por la familia propuesta por la entidad pública.

2. Sobre la adecuación de las actuaciones descritas a la normativa aplicable en relación con el menor y con el reclamante, y nexos causales con el daño alegado.

De los antecedentes descritos y de la propuesta elevada se desprenden las siguientes conclusiones sobre la actuación de la Administración, tanto en relación con el menor como respecto al reclamante:

a) Conforme a lo dispuesto en el artículo 172.1 del Código Civil, con la renuncia de la madre y la prestación del consentimiento para su adopción, en su condición de única progenitora conocida por la Administración en aquel momento por haber ocultado la identidad del padre, el recién nacido se encontraba legalmente en situación de desamparo, por lo que la entidad pública actuó de acuerdo al precepto arriba expresado, al tener encomendada la tutela legal, asumiéndola el mismo día de su nacimiento y comunicándola al Ministerio Fiscal.

b) El acogimiento familiar preadoptivo adoptado por la Comisión Regional de Protección del Menor se sustentó en una opción prevista en el artículo 2 del Decreto regional 81/1994, de 4 de noviembre (modificado por el 48/2002, de 1 de febrero), hoy derogado por el Decreto 372/2007, de 30 de noviembre, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley regional 3/1995, de 21 de Marzo, de la Infancia, y 173.3 del Código Civil (modificado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor); este último precepto hace referencia al acogimiento

familiar provisional que puede ser adoptado por la entidad pública, que subsistirá hasta que se produzca resolución judicial.

Un dato importante a tener en cuenta, como se ha expuesto en los antecedentes, es que en la fecha en que se formaliza el acogimiento familiar preadoptivo, en evitación, según detalla el Jefe de Servicio de Protección de Menores, de que el niño permaneciera más tiempo de lo conveniente internado en un centro de protección, la Administración no era conocedora de la identidad del padre, pues el oficio del Juzgado recabando los datos del menor en un proceso de filiación en curso tiene entrada en la Administración regional el 10 de mayo de 2004, como se ha indicado anteriormente. De otra parte, conviene destacar que tampoco el reclamante, en su primer escrito registrado el 16 de junio de 2004, solicita que se modifique la situación de acogimiento provisional, indicándose para tal hipótesis que se ponga en conocimiento de las personas que cuidan al menor de la existencia de un proceso de filiación en curso para reclamar la paternidad.

c) Ciertamente, la propuesta de adopción de la Comisión de Protección de Menores, adoptada en su sesión de 14 de julio de 2004, puede ser considerada, como mínimo, precipitada, aun cuando fuera acordada en interés del menor debido a su integración en la familia de acogida, dado que ya se conocía por la Administración tutelante la existencia de un proceso de filiación a través del Juzgado correspondiente, información que también el reclamante había puesto en conocimiento del Servicio de Protección de Menores; pese a dicha precipitación, ha de tenerse en cuenta su carácter de mera propuesta (la competencia corresponde al Juzgado correspondiente, conforme al artículo 176 del Código Civil), que la Dirección General competente también puso en conocimiento del órgano jurisdiccional la existencia de un proceso de filiación (desde esta vertiente no puede afirmarse que la Administración no hiciera caso al escrito presentado por el interesado, o que omitiera tal dato esencial), y que el titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 acordó la suspensión del procedimiento de adopción hasta tanto fuera firme la decisión sobre la paternidad del reclamante.

De otra parte, cuando el reclamante comunica posteriormente al centro directivo competente la sentencia reconociendo su paternidad, y solicitando la patria potestad del menor, el procedimiento de adopción se encontraba en fase judicial, lo que, sin duda alguna, permitía al reclamante la defensa de sus pretensiones con todas las garantías procesales.

En todo caso, el procedimiento de adopción fue paralizado hasta tanto se resolviera la reclamación de paternidad del reclamante, después de la información transmitida por el Servicio de Protección de Menores al Juzgado correspondiente, de manera que el reclamante pudo ser oído en aquel procedimiento, pese a lo cual se entregó en adopción al menor por las razones expresadas

en la Sentencia núm. 634/2007 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Murcia, sobre la necesidad de asentimiento en la adopción (procedimiento núm. 1707/2006).

d) De otra parte, si bien es cierto, como afirma el reclamante, que la Sentencia núm. 634/2007, ya citada, recoge la existencia *ab initio* de una actuación negligente del Servicio de Protección de Menores al no haber comprobado la posible paternidad del reclamante y no haber realizado estudios sobre su situación personal y patrimonial, la misma resolución judicial también reconoce que el accionante no reúne los requisitos personales y sociales para dar por terminado el procedimiento de adopción, y que el interés del menor aconseja no someterlo a un cambio para entregárselo, por las limitaciones actuales personales y las carencias económicas expresadas en dicha resolución judicial.

A este respecto en dicha Sentencia se determina que concurre causa legal de privación de la patria potestad, por lo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 177.2,2º del Código Civil, no resulta necesario su consentimiento para acordar la adopción del adoptando, sino que debe ser simplemente oído. Interpuesto por el reclamante recurso de apelación frente a dicha resolución judicial (Rollo 623/2007), fue desestimado por la Sentencia núm. 234/2008, ya citada, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial.

Finalmente, el procedimiento de adopción (núm. 1713/2004) se resolvió por Auto del Juzgado de Primera Instancia núm.3 de Murcia de 3 de noviembre de 2008, a favor del matrimonio propuesto por la entidad pública, oído el padre biológico que se opuso a la misma.

e) De lo anteriormente expresado se infiere que la actuación negligente que se le achaca al personal del Servicio de Protección de Menores por no investigar la situación del padre biológico, no incidió en la privación del menor alegada por el reclamante, que fue entregado finalmente en adopción conforme a las resoluciones judiciales, sino que se debió a sus condiciones personales y económicas, según expresan aquéllas. Por tanto, en ningún caso la privación del menor sería atribuible al centro directivo competente.

En consecuencia, las consideraciones anteriores no permiten sostener la relación de causalidad entre el daño alegado (privación del menor) y el funcionamiento del servicio público, como pretende el reclamante, para que proceda estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial instada, si bien las consideraciones arriba expresadas sobre la actuación de los servicios competentes en materia de protección del menor deberían ser incorporadas a los protocolos de actuación para evitar que dicha inactividad inicial pueda producir daños ilegítimos y,

por tanto, susceptibles de resarcimiento por vía de responsabilidad patrimonial, lo que no se ha acreditado en el presente caso.

Por último, tampoco se advierte la antijuridicidad del daño alegado, conforme a lo previsto en el artículo 141.1 LPAC.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución en cuanto considera prescrita la acción de reclamación, por las razones indicadas en la Consideración Tercera.

**SEGUNDA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 02-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 11/01/2011

**Extracto doctrina**

Ni de la prueba aportada por el reclamante ni de la historia clínica suministrada puede deducirse la existencia de nexo causal entre el actuar sanitario y el daño que se invoca, pues sopesadas por este Consejo, a la luz del informe de la Inspección Médica, no puede inferirse razonablemente otra conclusión distinta

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de noviembre de 2008, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud (SMS) por la asistencia sanitaria que se le dispensó en el Hospital Universitario Morales Meseguer (HUMM).

Describe lo ocurrido del siguiente modo:

1. El día 20 de marzo de 2006 acudió al servicio de urgencias del HUMM por padecer dolores abdominales, vómitos... Realizadas las correspondientes pruebas se le diagnosticó apendicitis aguda, de la que fue intervenido ese mismo día mediante laparoscopia. Se le extrajo un apéndice cuyas dimensiones, según informe de anatomía patológica, fueron de 3,4 cm. de longitud y un diámetro medio de 0,6 cm., es decir, claramente inferior al tamaño normal de un apéndice, por lo que se debió sospechar desde ese mismo momento que la extracción del apéndice no fue completa.

2. Según el reclamante no fue debidamente informado de los riesgos que conllevaba la intervención a la que iba a someterse, pretendiendo justificar esa falta de información en el hecho de que la operación se practicó de urgencia.

3. El día 17 de octubre de 2007 el reclamante acudió nuevamente al servicio de urgencias del citado Hospital al presentar síntomas similares a los que sufrió el año anterior. En el citado

servicio, tras practicarle pruebas radiológicas que informan de un posible cuadro suboclusivo de intestino delgado, se decidió intervenirlo de nuevo, lo que se llevó a cabo el siguiente día, indicándose como hallazgos *“peritonitis purulenta del muñón apendicular”* y como diagnóstico *“apendicitis aguda complicada y peritonitis del muñón”* y destacándose como procedimiento *“apendicectomía del resto apendicular”*, lo que pone de manifiesto que todo este segundo proceso se derivó de la primera intervención, por no haber eliminado el apéndice de forma completa.

4. Para el interesado los errores médicos no se acaban ahí, ya que no se instauró de forma adecuada tratamiento antibiótico, lo que hizo necesaria una tercera intervención consistente en procedimiento conservador, diagnosticándose de *“colección residual tras apendicectomía del muñón”*.

Valora el daño sufrido en 54.426,30 euros, según desglose que se recoge al folio 8 del expediente.

Propone como medios de prueba la historia clínica y un informe emitido colegiadamente por los Dres. x, y, que acompaña a su reclamación y en el que se indica lo siguiente:

*“PRIMERA: Consta acreditado que x. recibió asistencia médica en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, donde fue intervenido de ‘primera Apendicectomía’ mediando una optación y una firma de un Consentimiento informado contrarias a la Lex Artis Ad Hoc.*

*En dicho Documento de Consentimiento Informado:*

*- No existían otras alternativas terapéuticas, como pudiera haber sido la Cirugía abierta, o tratamiento conservador expectante.*

*- Está basado en la Ley general de Sanidad en vez de la Ley 41/2002.*

*- No tiene riesgos personalizados*

*- No consta el nombre del facultativo informante.*

*- Esta firmado el mismo día de la intervención.*

*- En definitiva es un mero trámite burocrático, ineficaz e inválido en si mismo pues NO es garantía de información y consentimiento adecuado al caso.*

*SEGUNDA: Consta así mismo acreditado que en la primera intervención no se extrajo el apéndice en su totalidad; tendría que poner en todo caso 'apendectomía PARCIAL o subtotal'.*

*Que resulta evidente que la verdadera apendicectomía se realizó en la segunda intervención a donde se terminó de reseca el resto apendicular que NO se reseccionó erróneamente en la primera intervención.*

*La realización de una intervención vía laparoscópica precisa de una CURVA DE APRENDIZAJE, y en caso de encontrarse en la misma debe siempre estar supervisada y firmada por un facultativo perito y experto que guíe, enseñe, corrija y acredite la correcta realización de la misma.*

*A este perito NO le consta acreditado, mediante ningún tipo de documento que el facultativo que la realizó, contara con tal acreditación, o capacitación, vista la documental examinada, s.e.u.o.*

*Al encontrarnos en el seno de un Hospital Universitario, este debe de cumplir con los requisitos legales y normativos en Materia de Formación requeridos tanto por el Ministerio de Educación y Ciencia así como por el Ministerio de Sanidad y Consumo, al caso.*

*No se aprecian en las Hojas de Quirófano de la "primera" intervención de "Apendicectomía" la co-firma de un superior jerárquico o académico que acredite al realizador de la misma de que la actuación fue correcta y adecuada. Es más las Hojas de Quirófano, brillan por su absoluta inadecuación, omisiones, incorrecta cumplimentación llegando casi a una atención cuanto menos despreocupada, s.e.u.o.*

*TERCERA: Consta acreditado que es en esta segunda intervención cuando se inician las molestias y dolores, lo que nos debe hacer sospechar que ya desde el momento de la actuación terapéutica algo no fue bien, ya fuera por ineficacia o inadecuación en la política profiláctica, preventiva y de seguimiento antibiótico y de curas de la herida quirúrgica, pero el caso es que el paciente precisó de terceros ingresos por Abscesos abdominales que han venido de alguna forma a consolidar las molestias que aún el paciente continua presentando.*

*Que se desconoce, quién, cuándo y dónde se causó la infección de la herida quirúrgica, absceso abdominal posterior, pero el caso es que el informado ha precisado de posteriores ingresos para el tratamiento de los mismos.*

*CUARTA: Se considera acreditada en opinión del perito que suscribe la relación de causalidad directa, total y completa entre la sintomatología que el paciente venía presentando a lo largo de sus múltiples demandas asistenciales y que guardan relación de continuidad con la expresión subjetiva del correlato de acontecimientos el informado manifestó, y el evidente resultado inadecuado de las intervenciones previas llevadas a cabo en Hospital Morales Meseguer, siendo esta una defectuosa asistencia sanitaria y contraria a la Lex Artis Ad Hoc al no ponerse todos los medios adecuados al caso en el tiempo correcto para ellos y que posteriormente fue concausa de que precisara una 'segunda' (tercera) intervención que sufrió.*

*El paciente NUNCA pudo elegir un centro diferente, pues NO se lo ofrecieron.*

*La relación de causalidad es directa, completa y única en base a criterios de:*

*- Criterio de existencia e intensidad, que consiste en que la causa tiene que tener tal fuerza, energía y actividad que sea capaz de justificar la existencia del efecto desde el punto de vista de la Ciencia Médica.*

*- Criterio topográfico o espacial, que consiste en que el efecto debe situarse topográficamente en un lugar en que la Ciencia Médica lo justifique y lo pueda explicar.*

*- Criterio temporal, que supone que el efecto debe existir dentro de tiempo que la Ciencia Médica considere normal y frecuente.*

*- Criterio evolutivo, que supone que el desarrollo de los sucesos en el efecto, más o menos dilatados y más o menos complicados, debe encontrar explicación de la Ciencia Médica.*

*QUINTA: Resulta evidente el error terapéutico, diagnóstico y quirúrgico del proceso sufrido que ha desencadenado un daño desproporcionado debido a un conjunto de defectuosas asistencias, en el que incurren los correspondientes médicos responsables de las asistencias asistieron (sic) al informado.*

*SEXTA: El paciente presenta adicionalmente un perjuicio estético adicional, pues de haberse hecho todo bien desde el principio NO tendría la cicatriz abdominal que presenta tras la segunda intervención. Hubiera tenido tan solo los puntos de inserción de la laparoscopia.*

*SÉPTIMA: La asistencia es defectuosa y contraria a la Lex Artis Ad Hoc.*

OCTAVA: *El hecho de no haber otorgado y/o ser ofrecido, omisión, un Consentimiento Informado perfecto, conlleva ya de por sí una Mala praxis, una asistencia contraria a la Lex Artis ad hoc (Especialmente el del año 2006)*”.

Finalmente, designa para su representación al letrado x.

**SEGUNDO.-** Con fecha 10 de diciembre de 2008 se dictó resolución de admisión a trámite, la cual fue notificada a las partes interesadas

Al mismo tiempo se solicitó copia de la historia clínica e informes de los facultativos que atendieron al paciente en el HUMM.

**TERCERO.-** Desde el HUMM se remitió la historia clínica del paciente y los siguientes informes:

1. Del Dr. x., del Servicio de Cirugía General de dicho Hospital, según el cual:

*“El uso de la laparoscopia para la intervención de apendicitis aguda es una técnica usualmente aceptada, sobre todo, en pacientes con una pared abdominal gruesa, bien por obesidad, o bien (como es el caso que nos ocupa) por aumento de su musculatura.*

*El cuadro clínico de apendicitis del muñón es poco frecuente pero puede darse tanto tras una cirugía abierta como tras cirugía laparoscópica si bien, y aunque no está demostrado, el riesgo puede ser mayor en el caso de cirugía laparoscópica ya que en este caso es mayor el riesgo de apendicectomía incompleta por las dificultades que esta técnica entraña por ausencia de sensación táctil y falta de percepción de profundidad. En cualquier caso hay que decir que la producción del riesgo de apendicectomía incompleta no conlleva necesariamente la presentación de un cuadro clínico de apendicitis del muñón.*

*La posible mayor prevalencia del riesgo de apendicectomía incompleta por el empleo de la técnica laparoscópica, no invalida su empleo ya que ofrece otros beneficios al mejorar y acortar el período postoperatorio. Por otra parte, la cirugía laparoscópica disminuye la incidencia de cuadros de oclusión intestinal por síndrome adherencial, más frecuentes en la cirugía abierta.*

*Por tanto, se actuó correctamente dentro de los cánones admitidos para la resolución quirúrgica del cuadro de apendicitis aguda. El cuadro de apendicitis del muñón, poco frecuente*

como se ha expuesto, podía no haber aparecido si bien, desgraciadamente se produjo en este caso”.

2. Del Dr. x., del mismo Servicio, en el que se señala lo que sigue:

*“Los argumentos en que se basa la reclamación son los siguientes:*

*1. El tamaño del apéndice extirpado en la primera intervención (Dr. x, 20/03/2006), según el informe de anatomía patológica, fue de 3,4 cms., en opinión del reclamante ‘claramente inferior al tamaño normal del apéndice cecal, por lo se debió haber sospechado que no se había extirpado totalmente’.*

*Es preciso aclarar aquí dos aspectos. En primer lugar, la medición del patólogo se realiza tras permanecer el apéndice sumergido en formol durante bastantes horas, lo que genera un acortamiento de dicho órgano en todos sus diámetros (a causa de la contracción de las fibras de elastina presentes en el tejido), por lo que si la medición se hubiera realizado en el quirófano, el apéndice extirpado hubiera sido considerablemente más largo. Esta medición no se realiza prácticamente nunca por carecer de valor diagnóstico y/o terapéutico. Esto es así porque la longitud del apéndice es muy variable, siguiendo los datos anatómicos ‘puede oscilar entre 2 cms y 20 cms, siendo la media de 9 cms. En los niños es mas largo que en los adultos, ya que se suele atrofiar disminuyendo su tamaño a lo largo de la vida’. (Anatomía de Gray. Pag. 1485. Williams & Warwick. Tomo II. Ed. Alhambra Longman. Madrid 1992. Versión española de la trigésimo sexta edición inglesa).*

*2. En esta primera intervención el paciente no fue informado de los riesgos.*

*Esta afirmación es evidentemente errónea puesto que constan firmados por el paciente tanto el consentimiento informado para cirugía de urgencias por abdomen agudo (situación que incluye la apendicitis aguda), como el consentimiento informado para anestesia de urgencias.*

*No se precisan mayores comentarios al respecto.*

*3. El 18/03/2007 frente a un nuevo cuadro de abdomen agudo se indica la cirugía urgente y se confirma una peritonitis difusa por inflamación del muñón apendicular (Dr. x).*

*La apendicitis del muñón residual tras apendicectomía es una complicación relativamente poco frecuente, aunque se desconoce su verdadera incidencia y prevalencia y probablemente sea*

más común de lo que se supone. Puede aparecer desde dos meses hasta 50 años tras la apendicectomía inicial. Se considera una complicación tardía del procedimiento quirúrgico y puede ocurrir tanto tras la cirugía abierta tradicional como tras la cirugía laparoscópica. Aunque no está demostrado, se cree que el riesgo de apendicectomía incompleta (y por tanto de la posibilidad tardía de sufrir posteriormente una apendicitis del muñón), es algo mayor tras la cirugía laparoscópica por las dificultades que ésta entraña en cuanto a la percepción de profundidad y la ausencia de sensación táctil que conlleva. Sin embargo la laparoscopia ofrece otros beneficios como menor dolor postoperatorio, menor cicatriz y un alta hospitalaria mas corta que la convierten en la técnica quirúrgica de elección en algunos casos y fue el motivo para realizarla en éste paciente.

4. Según el reclamante 'los errores no se agotan ahí, ya que no se instauró de forma adecuada el tratamiento antibiótico en esta segunda intervención'. Según queda perfectamente documentado en la historia clínica y los tratamientos diarios que se prescribieron y se administraron, desde el día de la segunda intervención (18/10/07) hasta el día del alta (27/10/07), es decir durante 9 días, se administró tratamiento antibiótico intravenoso con Ertapenem, el antibiótico recomendado por la Asociación Española de Cirujanos y otras sociedades médicas españolas, en documento de consenso para el tratamiento de las peritonitis de origen apendicular. Al alta el paciente estaba asintomático, sin fiebre y con un hemograma con cifras leucocitarias normales desde varios días antes, En esta situación lo recomendado hoy por la ciencia médica es suspender el tratamiento antibiótico, puesto que ya no es necesario y puede resultar perjudicial para el paciente si se prolonga más tiempo. Esto es algo que sus peritos médicos deberían haber informado al reclamante.

5. El hecho de que precisara un ingreso posterior, 9 días más tarde, por malestar abdominal en relación con una pequeña colección de líquido que desapareció con tratamiento médico en una corta hospitalización, es una secuela mínima tras el tratamiento de una peritonitis difusa.

En resumen:

Aunque la peritonitis por inflamación del muñón apendicular debe considerarse como una complicación tardía poco frecuente de la apendicectomía, es un riesgo inherente al procedimiento quirúrgico, quizá más si dicho procedimiento es laparoscópico, aunque esto no altera en absoluto las ventajas de dicha técnica. En el caso presente la información que se transmitió al paciente y las actuaciones diagnóstico/terapéuticas realizadas están en perfecta consonancia con la situación de la práctica médica actual, siendo correcta la calidad de la asistencia prestada".

**CUARTO.-** Por la compañía aseguradora del SMS se remite Dictamen médico colegiado, que contiene las siguientes conclusiones:

*“1. El paciente fue diagnosticado de manera correcta de abdomen agudo de posible origen apendicular siendo propuesto para cirugía urgente.*

*2. Antes de la misma firmó los documentos de CI para anestesia y específico para cirugía del abdomen agudo.*

*3. La cirugía se lleva a cabo en tiempo y forma correctos mediante un abordaje laparoscópico.*

*4. La técnica quirúrgica fue apendicectomía, con abordaje por vía laparoscópica.*

*5. La laparoscopia es una vía de abordaje a una patología pero no una técnica diferente.*

*6. Tras la cirugía la anatomía patológica confirma el diagnóstico, de apendicitis aguda.*

*7. El tamaño del apéndice examinado después de permanecer en formol, no es determinante, sí lo es en cambio la patología que se encuentre en él.*

*8. Posteriormente el paciente presenta una apendicitis del muñón apendicular.*

*9. En toda la literatura médica se describe las apendicitis del muñón apendicular, siendo el primer caso publicado hace más de 60 años, cuando no había abordajes laparoscópicos.*

*10. Es intervenido mediante cirugía abierta procediéndose a extirpar el resto apendicular.*

*11. Estos restos apendiculares de mayor o menor longitud están en la mayoría de las ocasiones en posición subserosa es decir incluidos en la pared del ciego.*

*12. La anatomía patológica confirma el diagnóstico*

*13. De acuerdo con la documentación examinada se puede concluir en que todos los profesionales que trataron al paciente lo hicieron de manera correcta”.*

**QUINTO.-** Previa solicitud de la instructora, la Inspección Médica, emite informe fechado el 29 de septiembre de 2009 que concluye:

*“1. El día 18/10/07 a x. le fue realizada una laparotomía por abdomen agudo con el resultado de apendicitis del muñón apendicular 19 meses después de haberle realizado la apendicectomía por vía laparoscópica.*

*2. No existía ninguna contraindicación para realizar la apendicetomía por vía laparoscópica, siendo adecuada a las condiciones del paciente.*

*3. Previo a la intervención firmó el consentimiento informado junto al cirujano que la realizó.*

*4. La apendicitis del muñón apendicular, tras apendicectomía previa es una afección de rara presentación en la práctica quirúrgica diaria, estando descrita en la literatura como una complicación tardía de la apendicectomía.*

*5. En este caso por los datos anatomopatológicos se objetiva un resto apendicular que pudo favorecer la inflamación del muñón.*

*6. El tamaño del muñón no implica una mala técnica quirúrgica, los cambios inflamatorios locales pueden dificultar la identificación del origen del apéndice, los restos apendiculares que posteriormente han desarrollado una apendicitis van en un rango de 0.5 a 5.1 cm., según la bibliografía consultada.*

*7. Se llevó a cabo la profilaxis antibiótica precirugía y la posquirúrgica durante ocho días hasta el alta hospitalaria, cuando el paciente tenía analíticas normales.*

*8. La gravedad de esta patología viene dada por el retraso en el diagnóstico, en este caso se estableció su sospecha con el TAC realizado al día siguiente de ingreso, indicando la cirugía urgente, contribuyendo todo a la buena evolución del paciente”.*

**SEXTO.-** Conferido trámite de audiencia al reclamante y a la Compañía de Seguros, no hicieron uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

Seguidamente fue formulada propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos necesarios para la declaración de la responsabilidad

patrimonial, al no haber acreditado el interesado la relación de causalidad entre la asistencia prestada por el SMS y los daños por los que reclama.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 9 de abril de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

El paciente se encuentra legitimado activamente para interponer la presente reclamación, por ser él quien sufrió el daño que se imputa al funcionamiento del servicio público, en virtud de lo que establece el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva tampoco suscita duda que la actuación a la que el reclamante imputa el daño que dice haber sufrido, acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional. La competencia orgánica para resolver el procedimiento corresponde al titular de la Consejería consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2.o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que el perjudicado deduzca su pretensión ante la Administración. En efecto, según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Añadiendo que en caso

de daños a las personas, de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Pues bien, en el caso que nos ocupa el paciente fue dado de alta el día 11 de diciembre de 2007, por lo tanto la reclamación, presentada el día 21 de noviembre de 2008, ha de entenderse deducida dentro del plazo legalmente previsto para ello.

Finalmente, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos generales.**

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

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

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

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo; 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiéndole al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

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

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

Seguidamente se entran a analizar las actuaciones anómalas atribuidas por la parte reclamante al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

1. Una deficiente praxis en la primera intervención quirúrgica.

Señala el reclamante que la laparoscopia que se le practicó no fue correctamente ejecutada, como lo demuestra el hecho del pequeño tamaño de apéndice extirpado y la posterior apendicitis del muñón residual.

Sin embargo, la Inspección Médica niega tal circunstancia, defendiendo la bondad del método seguido y la corrección en su ejecución. Así afirma que *“la indicación de la apendicetomía por vía laparoscópica realizada el día 20 de marzo de 2006, fue una actuación médica adecuada a las recomendaciones de la literatura consultada y teniendo en cuenta las condiciones específicas del paciente (aumento de su musculatura)”*. El tamaño del muñón no implica, para la Inspectora informante, una mala técnica quirúrgica, *“los cambios inflamatorios locales pueden dificultar la identificación del origen del apéndice, los restos apendiculares que posteriormente han desarrollado una apendicitis van en un rango de 0,5 a 5,1 cm., según la bibliografía consultada”*. También los peritos de la aseguradora consideran que la cirugía se llevó a cabo en tiempo y forma correctos y que el tamaño del apéndice extirpado, después de permanecer en formol, como ocurrió en el supuesto que nos ocupa, no resulta determinante. El análisis patológico del apéndice se lleva a cabo para descartar patologías, en tanto que la medición carece de valor diagnóstico o terapéutico (informe del Dr. x, obrante al folio 249).

En lo que se refiere a la apendicitis del muñón tras la primera apendicetomía laparoscópica, la Inspección Médica considera en su informe que es una situación clínica muy rara, en la cual el resto apendicular presenta un cuadro de inflamación-infección progresiva, no siendo clara su etiopatogenia, aunque se apunta a que *“la luz del resto apendicular puede ser obstruida por un fecalito, llegando a producir una isquemia y la perforación posterior”*. Esta complicación puede surgir tanto si la técnica utilizada es la de cirugía abierta como si es la laparoscópica, aunque su incidencia en ésta última es mayor *“por la dificultad que ésta entraña en cuanto a la percepción de profundidad y la ausencia de sensación táctil que conlleva”*. A pesar de este mayor riesgo los facultativos informantes coinciden en destacar las ventajas de esta técnica como son menos empleo de narcóticos después de la operación, cicatriz más pequeña, disminución de estancia hospitalaria, menor dolor postoperatorio, etc.; sin olvidar que el uso de la laparoscopia resulta recomendado en supuestos tales como mujeres jóvenes, personas obesas o, como en el caso del reclamante, cuando el paciente presenta una musculatura de tamaño superior al normal. Resulta, pues, como destaca la Inspección Médica, que *“no existía ninguna contraindicación para realizar la apendicetomía por vía laparoscópica, siendo adecuada a las condiciones del paciente”*.

2. Sobre los riesgos de la intervención materializados en el paciente y el consentimiento informado.

El reclamante sostiene que no se le informó debidamente de los riesgos que entrañaba la técnica aplicada de laparoscopia, ni se le explicaron las alternativas terapéuticas que existían. Manifiesta que el documento de consentimiento informado que firmó no cumplía con los requisitos exigibles ni fue acompañado de una información clara y accesible, sin que sea suficiente su firma porque la estampó en un momento en el que el dolor y el temor no le permitían ser consciente de lo que hacía.

Es un criterio jurisprudencial consolidado -por todas, Sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de octubre de 1998 (Sala de lo Civil) y 3 y 10 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)- que el derecho de información que ostenta el paciente deriva del principio de la buena fe y es un elemento esencial de la *lex artis ad hoc*, en tanto que debe constituir un acto clínico más.

En la fecha en que ocurrieron los hechos de los que deriva la reclamación, el régimen jurídico aplicable a esta vertiente de la *lex artis* lo constituía ya la Ley 41/2002, que establece que toda actuación en el ámbito sanitario requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes, que debe obtenerse después de que aquéllos reciban una información adecuada y que se hará por escrito, entre otros supuestos, en los de intervención quirúrgica.

Advertida la importancia de la información en la relación médico-paciente, resulta necesario a continuación abordar el problema de su prueba. Respecto del consentimiento informado, resulta evidente que el medio de prueba ordinario será la presentación del correspondiente documento, de tal forma que la regularidad en el funcionamiento del servicio exigirá la constancia formal de la voluntad informada del paciente de someterse a la operación. Ahora bien, la ausencia del documento o la insuficiencia de su contenido no determinan automáticamente la antijuridicidad del daño (artículo 141.1 LPAC), si es factible acreditar por otros medios que se dio la necesaria información al paciente, aunque en estos casos es a la Administración a la que incumbe la carga de la prueba de la información transmitida (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 4 de abril de 2000). Resulta esclarecedora otra resolución de la misma Sala, ésta de 3 de octubre de 2000, que declara: *“la obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a*

*la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad”.*

Aplicada la doctrina expuesta al caso sometido a consulta, resulta que consta en el historial que el paciente firma, el mismo día de la intervención quirúrgica, el consentimiento informado para la anestesia general y para la cirugía del abdomen agudo (en el que se incluye, según indica la Inspección Médica, la apendicitis aguda), sin embargo el reclamante aduce la invalidez de este consentimiento debido a las circunstancias que se enumeran y analizan a continuación:

a) No explica que existieran otras alternativas.

La única alternativa a la que se refieren los peritos de parte es la apendicectomía convencional, la cual también presenta como riesgo asociado la posible apendicitis del muñón. Pero es más, según señala el informe aportado por la aseguradora del SMS *“de acuerdo con las pruebas complementarias y con la clínica, la intervención quirúrgica estaba plenamente justificada sin que existieran alternativas terapéuticas”*; constituyendo, además, esta vía de abordaje la más adecuada para el paciente debido a que presentaba una pared abdominal muy gruesa por exceso de musculatura.

En cualquier caso, el consentimiento prestado por el paciente lo es para una cirugía por abdomen agudo, lo que incluía la intervención con la técnica empleada, al ser menos invasiva que la abierta tradicional, aunque también se advertía la posibilidad de que una vez iniciada la intervención mediante laparoscopia, se hiciese necesario transformar la vía de abordaje en otra abierta (folios 316 y 318 del expediente).

b) No consta el nombre del facultativo informante.

Efectivamente este dato no se contiene en el consentimiento informado, pero, como acertadamente señala la instructora en su propuesta de resolución, sí que figura la firma y el número de colegiado, por lo que resulta totalmente identificable.

c) Se firma el mismo día de la intervención.

A este respecto no hay que olvidar que el paciente ingresa en el HUMM el día 20 de marzo de 2006 y ese mismo día se le practica la intervención quirúrgica con carácter urgente. No se alcanza a imaginar en qué otro momento se podría haber prestado el consentimiento. Es más, el carácter urgente de la intervención permite, a tenor de lo establecido en el artículo 9.2,b) de la Ley

41/2002, llevar a cabo la asistencia sanitaria sin contar con el consentimiento del paciente, cuando éste no esté en condiciones de prestarlo. En el supuesto que nos ocupa, la narración pormenorizada que el paciente lleva a cabo de las circunstancias que rodearon su ingreso hospitalario y posterior apendicectomía, evidencia que se encontraba en pleno uso de sus facultades para comprender el diagnóstico de la dolencia que padecía, así como el tipo de actuación médica que se iba a llevar a cabo.

Por otro lado, no se puede olvidar que la presencia de un documento de consentimiento informado tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, haciendo recaer en el paciente la obligación de acreditar que la información dada no fue suficiente; ello va en la línea de lo señalado en la STS, Sala 3ª, de 27 de noviembre de 2000 y por la SAN, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 7 de mayo de 2002, que expresa lo siguiente:

*“Por todo ello, nuestra Sala entiende que no puede descargarse todo el peso de una actuación jurídica (...) sobre los servicios sanitarios. Es el paciente, ó en su caso el familiar ó allegado que lo asiste y sustituye, quien puede y debe solicitar, si lo considera necesario que se le de una información más elocuente, y que, siempre con la inexcusable concisión y claridad que sea compatible con la necesaria precisión técnica, se haga constar esa información detallada y por escrito. (...)”.*

En consecuencia, en el caso planteado no puede estimarse producida una omisión de información sanitaria determinante de responsabilidad patrimonial por lesión del derecho de autodeterminación del paciente a someterse a uno u otro tratamiento médico, por lo que a este respecto no puede entenderse producido un daño susceptible de indemnización.

3. No se instauró de forma adecuada el tratamiento antibiótico en la segunda intervención.

Alega también el reclamante una mala praxis durante su segundo ingreso en el HUMM, al no prescribirle antibióticos lo que ocasionó que tuviera que ser sometido a una tercera cirugía.

Es claro en este punto el informe del Dr. x: *“Según queda perfectamente documentado en la historia clínica y los tratamientos diarios que se prescribieron y se administraron, desde el día de la segunda intervención (18/10/07) hasta el día del alta (27/10/07), es decir, durante 9 días se administró tratamiento antibiótico intravenoso con Ertapenen, el antibiótico recomendado por la Asociación Española de Cirujanos y otras sociedades médicas españolas, en documento de consenso para el tratamiento de las peritonitis de origen apendicular. Al Alta el paciente estaba asintomático, sin fiebre y con un hemograma con cifras leucocitarias normales desde varios días*

*antes. En esta situación lo recomendado hoy por la ciencia médica es suspender el tratamiento antibiótico, puesto que ya no es necesario y puede resultar perjudicial para el paciente si se prolonga más tiempo”.*

La Inspección Médica sostiene, igualmente, en sus conclusiones (folio 396): *“Se llevó a cabo la profilaxis antibiótica precirugía y la posquirúrgica durante ocho días hasta el alta hospitalaria, cuando el paciente tenía analíticas normales”.*

En definitiva, ni de la prueba aportada por el reclamante ni de la historia clínica suministrada puede deducirse la existencia de nexo causal entre el actuar sanitario y el daño que se invoca, pues sopesadas por este Consejo, a la luz del informe de la Inspección Médica, no puede inferirse razonablemente otra conclusión distinta, al haber resultado enervadas por este último las alegaciones contenidas en el informe pericial que se acompaña a la reclamación, sin que el interesado, en trámite de alegaciones, haya cuestionado las conclusiones alcanzadas por la citada Inspección.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 03-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 11/01/2011

**Extracto doctrina**

De acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 27 de febrero de 2007, x., en representación de x. según acredita con la escritura de poder que acompaña, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud al que atribuye un funcionamiento anómalo de la Gerencia de Emergencias del 061 (en lo sucesivo 061).

Según el reclamante (médico de profesión), el 29 de octubre de 2005, sobre las 17.00 horas, estando en compañía de un compañero de trabajo empezó a sentirse indispuesto, presentando una sensación generalizada de somnolencia y malestar.

A la vista de esta situación, su compañero llamó al 061, siendo atendido por los Servicios de Urgencias sobre las 18,30 horas, señalando el médico que le asiste que x. estaba bebido, al comentarle el compañero que se había tomado una cerveza con anterioridad.

Viendo que el estado de x. no mejoraba, su compañero vuelve a llamar al 061 a las 21.55 horas, refiriendo que estaba tendido en el suelo y no podía moverse.

Trasladado al Hospital Reina Sofía se le realiza una Tomografía Axial Computarizada (TAC), que evidencia un gran hematoma de ganglios basales izquierdos abierto a ventrículos, con ligero desplazamiento de línea media y edema perilesional, y con cisternas perimensecefálicas preservadas.

Tras varios meses hospitalizado, x. presenta severas secuelas neurológicas que son calificadas por el INSS de incapacidad permanente en grado de gran invalidez, precisando ayuda de tercera persona, otorgándole un grado de minusvalía del 80 %.

El reclamante considera que concurre la relación de causalidad entre el anormal funcionamiento del servicio público y las secuelas que padece el paciente, ya que se ha producido un claro error de diagnóstico inicial por parte del facultativo del 061 y una demora en la prestación de asistencia médica a un paciente con un proceso de origen neurológico, lo que implica no sólo un peor pronóstico de recuperación inicial, sino también a largo plazo; todo ello supone, en opinión del reclamante, un incumplimiento del código deontológico del personal sanitario, dado que no se ha atendido a un enfermo, así como el incumplimiento de una obligación legal de atención a un paciente prevista en las Leyes 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, y 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

Finalmente, solicita una indemnización de 2.000.000 euros, teniendo en cuenta las severas lesiones, los daños morales, la declaración de gran invalidez, la necesidad de contratar a una tercera persona para la ayuda del paciente, la adecuación de la vivienda, los perjuicios morales de la familia y los días de recuperación. Además interesa el recibimiento a prueba para la práctica de la documental que reseña en el folio 7 del expediente.

**SEGUNDO.-** Con fecha 20 de marzo de 2007 por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud se dictó Resolución de admisión a trámite de la reclamación presentada, que se notificó a las partes interesadas.

El mismo día se solicitó copia de la historia clínica e informe de los facultativos a la Gerencia del 061 y al Hospital Reina Sofía de Murcia.

**TERCERO.-** Desde el Hospital Reina Sofía se remitió copia de la historia clínica del paciente e informe del Dr. x, facultativo que le asistió en el Servicio de Urgencias, según el cual:

*“A las 23.07 horas del citado día es recibido en urgencias, trasladado por Cruz Roja por un episodio de desorientación, dificultad para hablar, pérdida de fuerza y probable pérdida de conciencia no confirmada.*

*Tras una primera valoración y tras exploración física protocolizada se aprecia un estado de desorientación, deterioro neurológico, hemiparesia derecha, parálisis facial izquierda y disartria todo ello en el seno de una crisis hipertensiva (TA 200/110).*

*Todo ello orientaba hacia un accidente cerebrovascular agudo (ACVA) confirmándose tras la realización de una TAC que informó de una hemorragia de ganglios basales izquierdos abierta a ventrículos.*

*Una vez confirmada la sospecha diagnóstica y tras contactar con el Hospital Virgen de la Arrixaca, centro de referencia para procesos neuroquirúrgicos, se procedió al traslado reglado del paciente en UVI móvil al citado hospital para valoración y seguimiento por parte de su Servicio de Neurocirugía”.*

**CUARTO.-** Desde la Gerencia de Atención Primaria se remiten los antecedentes existentes, así como se traslada, a través de la Coordinadora Médica del Servicio de Urgencias de Atención Primaria (SUAP) del Infante, la respuesta de la Dra. x, quien atendió al paciente en su domicilio aquella noche:

*“Fuimos llamados para valorar un paciente en domicilio ya que SUAP I estaba ocupado, encontrando al paciente tendido en el suelo, nos refiere el acompañante que había ingerido unas copas. Al examen médico se detectan cifras elevadas de tensión arterial, se administra tratamiento médico teniendo en cuenta además que había sido valorado anteriormente por el SUAP I, decidiendo enviar al paciente a su hospital de referencia, solicitando para ello al centro directivo una ambulancia de traslado. Esperamos junto al paciente la llegada de esta y ayudamos a la posterior evacuación del paciente”.*

**QUINTO.-** Desde el SUAP de San Andrés se remite informe conjunto del Dr. x. y de la ATS x, según el cual:

*“El sábado, día 29 de Octubre de 2005, el CCU (centro coordinador de urgencias) nos pasó un aviso para acudir a prestar asistencia sanitaria a x. en una vivienda situada en la calle de (...).*

*Al llegar encontramos al paciente en una cama junto a dos personas, hombre y mujer, que fueron los que solicitaron la asistencia. Ellos nos informaron de que el enfermo era médico, que era hipertenso y de que había estado bebiendo desde por la mañana. x. estaba consciente, aunque obnubilado, se encontraba vestido sobre la cama, olía mucho a alcohol y contestaba con monosílabos a las preguntas que le hacíamos. Durante la exploración física se movía con*

*movimientos torpes y pesados y balbuceaba repetidamente que lo dejáramos tranquilo. Pensamos que le habría costado mucho esfuerzo acceder a la vivienda en un piso tercero y sin ascensor.*

*Tras aflojarle la ropa, le tomamos las constantes vitales y le realizamos una exploración neurológica. El diagnóstico de presunción era de "embriaguez o intoxicación etílica" y les dije a los dos acompañantes que lo mantuvieran en la cama mientras cedía la intoxicación y que si no observaban mejoría en una hora volvieran a telefonar al 112. Sobre las 18:30 horas terminamos la asistencia y salimos del domicilio".*

También consta en el folio 49 el parte de la asistencia sanitaria descrita, fechado el 29 de octubre de 2005, a las 18,10 horas, en el que se consigna como juicio diagnóstico "estado de embriaguez".

**SEXTO.-** El 22 de noviembre de 2007 tuvo entrada en el registro de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la Providencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, admitiendo a trámite el recurso contencioso administrativo interpuesto por el interesado, solicitando copia del expediente administrativo a la Administración demandada. Asimismo se solicitó el emplazamiento de las partes interesadas, todo lo cual fue cumplimentado (folio 113).

**SÉPTIMO.-** Por el órgano instructor se solicitó al Hospital Virgen de la Arrixaca copia de la historia clínica (folios 117 y ss.) e informe de los facultativos que atendieron al x, obrando la valoración médica del Jefe de Servicio de Neurocirugía, Dr. x, quien manifiesta lo siguiente (folios 137 y 138):

*"Resumen de evolución clínica: Se trata de un paciente varón de 58 años, con antecedentes de HTA y DM. Presenta de manera brusca sensación de malestar y somnolencia, por lo que llaman al 061, procediéndose a prestarle asistencia inicial. Dicha llamada se repite a los Servicios de Urgencias unas horas mas tarde. El paciente es trasladado al hospital "Reina Sofía" donde es evaluado, practicándosele TAC de cerebro y ante los hallazgos lo envían a nuestro hospital. Según notas de dicho hospital el cuadro fue inicialmente de somnolencia, evolucionando a disfasia y hemiparesia derecha, con una puntuación de GCS inicial de 9 y deterioro a GCS de 4. En el hospital "Reina Sofía" se constató una tensión arterial de 190/700. En el TAC craneal se encontró un hematoma de 7x3x3 cm. en ganglios de la base izquierda, con irrupción ventricular leve desplazamiento de la línea media pero con cisternas perimesencefálicas preservadas e inicio de hidrocefalia.*

*En nuestro hospital es evaluado procediéndose a colocación de urgencia el 30/10/05 de drenaje ventricular externo para control de la presión intracraneal y alivio de hidrocefalia asociada. Inicialmente estuvo en la UCI presentando cifras de presión intracraneal dentro de la normalidad durante 48 horas, por lo que se procedió a la retirada del drenaje ventricular externo. Pasa posteriormente a planta de neurocirugía donde presenta apertura espontánea de ojos, obedece y comprende órdenes simples, pero no puede hablar y tiene una hemiplejía derecha. Se realizan dos TACs de control que muestran ligera disminución del hematoma y ausencia de otras complicaciones susceptibles de cirugía. En esta situación se decide traslado al Servicio de Neurología de su hospital de procedencia.*

### CONSIDERACIONES:

*1- Origen de la hemorragia: el paciente presentaba una historia previa de hipertensión arterial y diabetes mellitus no insulino dependiente, en tratamiento con antidiabéticos orales. Ambos son conocidos factores que pueden precipitar o desencadenar la aparición de una hemorragia intracerebral. La incidencia aproximada en la población es de 1 a 2 casos por 10.000 habitantes/año. El 50% de estas hemorragias intracraneales espontáneas se localizan en los ganglios basales, El inicio suele estar en relación con la actividad, mientras los ICTUS isquémicos suelen aparecer en reposo. El cuadro clínico típico es un comienzo gradual y lento en el 65% aproximadamente, con hemiparesia inicial que puede evolucionar a hemiplejía e inclusive a muerte. Las hemorragias de los ganglios de la base pueden asociarse con hidrocefalia por compresión de las vías de LCR. El estudio inicial de urgencias consiste en la realización de una TAC de cerebro. El tratamiento inicial de la hemorragia consiste fundamentalmente en la normalización de la tensión arterial y en los casos de estupor o de coma en intubación orotraqueal. Las hemorragias intracerebrales pueden tener un tratamiento médico o quirúrgico. En las hemorragias de ganglios basales la cirugía no mejora los resultados del tratamiento médico. Lo que sí se puede atender es el alivio de la hipertensión intracraneal y alivio de la hidrocefalia cuando existe, para lo cual se colocó en este paciente un sistema de drenaje ventricular externo, que se mantuvo durante 48 horas. Durante este tiempo y durante su estancia tanto en la UCI como en la planta, se mantuvieron todas las medidas de sostén adecuadas a su situación. La principal causa de muerte en las hemorragias de cerebro es la herniación de cerebro que se produce fundamentalmente durante la semana inicial y principalmente en los pacientes con una puntuación inicial de la escala de coma de Glasgow de 7 o menor. En conjunto la mortalidad a los 30 días es de aproximadamente del 44%.*

*En los casos que sobreviven a la hemorragia el coste de la supervivencia es a base de secuelas necrológicas muy importantes, como es el caso de este paciente: la afasia y la hemiplejía.*

2.- *Consideraciones sobre el pronóstico del paciente: pensamos que se trata de un enfermo con un cuadro típico de hemorragia de ganglios de la base, asociado a hipertensión arterial y diabetes mellitus, con un tamaño del hematoma de aproximadamente 7x3x3 cm., que durante su evolución clínica no presentó datos de hipertensión intracraneal, como se demostró por la monitorización de dicha presión, que justificaran una intervención sobre el hematoma. Pensamos que las graves secuelas que presenta el paciente de disfasia y hemiplejía no hubieran mejorado con una más rápida asistencia, ya que las secuelas en este caso están en relación con la situación en un lugar estratégico del cerebro. En este tipo de pacientes, el aumento de la supervivencia que se debe a una mejoría en la asistencia y tratamiento desafortunadamente lleva aparejado un alto grado de secuelas”.*

**OCTAVO.-** Con fecha 4 de enero de 2010 se emite informe por la Inspección Médica, que concluye:

*“1. x., de 58 años, sufrió una hemorragia intracraneal el 29/10/05, asociada a hipertensión arterial y diabetes mellitus que en su instauración coincide con el antecedente de ingesta de alcohol produciéndose un solapamiento de los síntomas de la intoxicación etílica con el inicio de la hemorragia-intracraneal.*

*2.- La actuación sanitaria prestada por el SUAP sobre las 18.00 horas fue adecuada a los síntomas que presentaba.*

*3.- Las secuelas de disfasia y hemiplejía están en relación con la situación del hematoma, siendo inevitables con una atención más rápida”.*

**NOVENO.-** Por la Compañía de Seguros x. se remite Dictamen Médico colegiado en el que se señala (folios 156 a 174):

*“1. El paciente fue atendido de forma adecuada en su domicilio. La asistencia sanitaria se ajustó a la lex artis.*

*2. La presentación clínica era compatible con el diagnóstico de presunción que se realizó, y que de hecho era el más probable: intoxicación etílica aguda.*

*3. No existían signos de gravedad, ni de focalidad neurológica en el momento de la atención en el domicilio. El traslado al Hospital no estaba indicado.*

4. *No es posible afirmar si el paciente presentó dos procesos consecutivos (intoxicación y hemorragia), o si la presentación clínica de la hemorragia cerebral fue oligosintomática y atípica.*

5. *Lo que sí es posible afirmar es que en el caso de que el hecho acaecido hubiera sido el segundo (hemorragia cerebral de presentación atípica), no se hubiera modificado el curso clínico, ni el pronóstico de la misma.*

6. *Las secuelas neurológicas son consecuencia de la evolución de un proceso grave que se asienta sobre un cerebro deteriorado de forma crónica por la arterioesclerosis que el paciente padecía”.*

**DÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, el reclamante manifiesta el 15 de abril de 2010 que debido al tiempo transcurrido (más de 3 años), la desestimación presunta se encuentra recurrida en el orden jurisdiccional contencioso administrativo, donde se han aportado pruebas más que suficientes para acreditar la existencia de nexo de causalidad entre el daño y el mal servicio recibido.

**UNDÉCIMO.-** Consta una nota interior (folio 180) del letrado que representa a la Administración regional en el recurso contencioso administrativo interpuesto por el reclamante (Procedimiento Ordinario 611/2007), en la que expone que el último trámite relevante fue la contestación de la demanda el 17 de abril de 2009.

**DUODÉCIMO.-** La propuesta de resolución, de 15 de abril de 2010, desestima la reclamación presentada por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

**DECIMOTERCERO.-** Con fecha 25 de mayo de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

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

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

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

2. La legitimación pasiva deriva de la titularidad pública predicable de la atención sanitaria del 061.

3. La reclamación presentada el 27 de febrero de 2007 fue interpuesta antes del transcurso de un año desde que el Servicio de Medicina Interna le dio de alta al paciente el 2 de marzo de 2006, momento en el que cabe considerar que se determinaron las patologías y secuelas que se imputan a la asistencia sanitaria, y dentro, por tanto, del plazo anual de prescripción que, para el derecho a reclamar, establece el artículo 142.5 LPAC.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP. Especialmente destacable es la tardanza de la Inspección Médica en evacuar su informe, que casa mal con los principios de eficacia, agilidad y celeridad que han de inspirar la actuación administrativa.

Precisamente esa excesiva duración del procedimiento ha llevado al interesado a considerar desestimada su reclamación por silencio administrativo, interponiendo el oportuno recurso contencioso administrativo. Ello no afecta a la obligación que incumbe a la Administración de dictar resolución expresa conforme a lo establecido en los artículos 42.1 y 43.4 LPAC, si bien procede que, previamente y en todo caso antes de dictar la resolución que haya de poner fin al procedimiento, por la instrucción se averigüe el estado de tramitación del recurso contencioso

administrativo (Procedimiento Ordinario 611/2007), toda vez que las últimas actuaciones que constan en el expediente en relación con el proceso judicial datan de 14 de abril de 2010 (folio 180).

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada "*lex artis ad hoc*" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

Por ello, la doctrina jurisprudencial lo utiliza como parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño, diferenciando aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa y aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

#### **CUARTA. Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.**

Ha de analizarse si concurren en el presente supuesto los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial, en relación con las imputaciones formuladas por la parte reclamante. Concretamente atribuyen al funcionamiento del servicio público de emergencias del 061 una inadecuada asistencia, que se centra esencialmente en un error inicial de diagnóstico por parte del facultativo que le atendió, la demora en la prestación de asistencia sanitaria a un paciente que presenta un proceso de probable origen neurológico, así como un incumplimiento del código deontológico al no haber sido atendido.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a *normopraxis* descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos

médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial -el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999-. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis de objetividad e imparcialidad reforzadas, acerca de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública.

Sin embargo, las imputaciones del reclamante se encuentran huérfanas de prueba en este procedimiento de responsabilidad patrimonial, frente a los argumentos de los informes médicos obrantes en el expediente, de los que se infiere la ausencia de infracción de la *lex artis*, como se expone en la propuesta elevada.

1. Sobre el error de diagnóstico en la prestación de sanitaria de los Servicios de Urgencia.

En el juicio crítico de la primera asistencia, la Inspección Médica señala:

*“En la asistencia prestada a x. por parte del SUAP tras recibir la llamada en el 112 a las 17:54 h del 29/10/05, el diagnóstico fue de “estado de embriaguez”, a este diagnóstico se llegó tras la valoración del estado del paciente consciente y somnoliento, con movimientos torpes. Teniendo en cuenta los antecedentes de ingesta de alcohol referidos por las personas que lo acompañaban.*

*El antecedente de ingesta de alcohol es referido tanto por el médico, como por el ATS que atendieron la primera asistencia, a quienes se informó de que “había estado bebiendo desde por la mañana”, por el médico que le asistió a las 21:55 horas a quien se le informó que “había bebido unas copas”, por el facultativo de Urgencias del Hospital Reina Sofía a quien se le manifiesta que el problema ha surgido estando el reclamante en un bar tomando unas copas (pag. 45); y por el Hospital Virgen de la Arrixaca donde se mantiene la versión anterior (pag. 93).*

*Ante los síntomas que presentaba se tomaron las constantes vitales, destacando la TA 180/90 y glucosa 197, que no llama la atención al ser el paciente hipertenso y diabético, no*

*instaurando ningún tratamiento, ya hemos visto que el tratamiento de la intoxicación etílica va encaminado a contrarrestar la hipoglucemia y la agitación en caso necesario. Insistir que el paciente presentaba somnolencia y movimientos torpes, síntomas que se producen tanto en la hemorragia intracraneal como en la intoxicación etílica, al afectar al sistema nervioso central'.*

Por lo tanto, en la asistencia prestada al paciente sobre las 18,10 horas se apreciaron los síntomas de una intoxicación etílica, como describen los facultativos que le atendieron por la tarde (Antecedente Quinto).

En consecuencia, tanto la Inspección Médica, como los peritos de la aseguradora, sostienen que la asistencia prestada se acomodó a los síntomas que presentaba el paciente en aquel momento (intoxicación etílica). Estos últimos destacan en su informe (folio 173) que no existían signos de gravedad, ni de localización neurológica en el momento de la atención en el domicilio.

## 2. Sobre la tardanza en la prestación de la asistencia sanitaria.

Conviene destacar que, tras la primera asistencia (que termina a las 18,30 horas, pese a que el reclamante señala que se inicia a las 18,39 horas), el facultativo que le asiste en su domicilio le indica a los acompañantes que si el paciente no presenta mejoría en una hora volvieran a llamar al teléfono de emergencias 112.

Sin embargo, el nuevo aviso a los Servicios de Urgencia no se produjo hasta tres horas y media después (a las 21,56 horas). La asistencia la lleva en este caso el SUAP del Infante (el SUAP-1 se encontraba ocupado), y la doctora que atendió al paciente, que se encontraba tendido en el suelo (más de 4 horas según la persona que avisa), detecta cifras elevadas de tensión arterial, le administra tratamiento médico y decide enviarlo a su Hospital de referencia, solicitando para ello una ambulancia de traslado, esperando junto al enfermo hasta su llegada, ingresando en el Servicio de Urgencias del Hospital Reina Sofía a las 23,07 horas, en el que tras la valoración del paciente su pronóstico se orienta hacia un accidente cerebrovascular agudo, confirmándose tras la realización de una TAC.

De las actuaciones descritas anteriormente no se puede sostener, como afirma el reclamante, la existencia de incumplimiento del código deontológico al no haber sido atendido el enfermo, otro aspecto distinto es que los síntomas que presentaba durante la primera asistencia (en la tarde del día 29 de octubre) orientaran inicialmente hacia otro diagnóstico, como se ha expuesto anteriormente.

### 3. Imputación de las graves secuelas del paciente a la demora en la asistencia sanitaria.

La Inspección Médica considera que las graves secuelas que presenta el paciente de disfasia y hemiplejía están en relación con la situación del hematoma en el cerebro, que cuando manifestó la sintomatología que hizo sospechar el diagnóstico ya se había producido el daño (folio 152).

Más aún, el Dr. x, Jefe de Servicio de Neurocirugía del Hospital Virgen de la Arrixaca, expone lo siguiente sobre la relación entre las secuelas y el tiempo de la asistencia (folio 138):

*“Pensamos que las graves secuelas que presenta el paciente de disfasia y hemiplejía no hubieran mejorado con una más rápida asistencia, ya que las secuelas en este caso están en relación con la situación en un lugar estratégico del cerebro. En este tipo de pacientes, el aumento de la supervivencia que se debe a una mejoría en la asistencia y tratamiento desafortunadamente lleva aparejado un alto grado de secuelas”.*

En igual sentido los peritos de la compañía aseguradora (folio 174) exponen que *“las secuelas neurológicas son consecuencia de la evolución de un proceso grave sobre un cerebro deteriorado de forma grave (...)”.*

En consecuencia, no existen otros elementos de juicio que lleven a la convicción de que los servicios sanitarios no actuaron conforme al estándar de atención médica exigible a las circunstancias del caso, sin que se advierta la presencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para declarar la responsabilidad patrimonial, pues la adecuación de la asistencia médica a la *lex artis ad hoc* excluye cualquier antijuridicidad del daño (artículo 141.1 LPAC), que no puede ser imputado a la actuación de los profesionales intervinientes.

Por último, la cuantía indemnizatoria reclamada en relación con el funcionamiento del servicio público no se justifica, ni tiene en cuenta los factores de riesgo propios del paciente.

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

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Antes de dictar la resolución que haya de poner fin al presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, por el órgano instructor habrá de verificarse el trámite en el que se

encuentra el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de la reclamación.

**SEGUNDA**.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, ni se acredita la cuantía indemnizatoria solicitada.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 04-2011**

**Asunto** Revisión de oficio de actos nulos solicitada por x, como consecuencia de un procedimiento de comprobación de valores.

**Consultante** Consejera de Economía y Hacienda

**Fecha** 11/01/2011

**Extracto doctrina**

1. El Consejo Jurídico ya ha tenido ocasión de señalar (por todos, Dictamen 25/2008) que la hipotética falta de notificación del acto impugnado no lesiona el contenido esencial de un derecho susceptible de amparo constitucional, más en concreto, del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución. Y ello porque la extensión de tal derecho al ámbito administrativo sólo es admitida por el Tribunal Constitucional para el caso de que se esté ante procedimientos sancionadores, como destacó este Consejo Jurídico en los Dictámenes 19 y 20 de 1999.

2. Ha de recordarse la constante doctrina, elaborada en interpretación del artículo 62.1, letra e) LPAC, pero trasladable a la revisión de los actos dictados en materia tributaria, dada la identidad de los términos utilizados por el artículo 217.1, letra e) LGT, según la cual para que opere esta causa de nulidad, el empleo de los dos adverbios "total y absolutamente" recalca "la necesidad de que se haya prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de algunos de sus trámites esenciales que se pueda equiparar a esa omisión total. Junto a lo anterior, precisamente para ponderar la especial gravedad del vicio que se alega, ha de analizarse si se causó indefensión al interesado, para lo que habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por tal conculcación y lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido" (Dictamen del Consejo de Estado 670/2009).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con Fecha 11 de diciembre de 2003 se otorga escritura de agrupación, división y donación, por la que los esposos x, y, agrupan, dividen y donan a sus tres hijos (x, y, z), diversos bienes inmuebles. A x. se le dona una finca por valor de 30.000 euros.

**SEGUNDO.-** Con fecha 23 de enero de 2004, la x. procede a la autoliquidación del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, correspondiente a la x. en la modalidad de Donaciones, resultando una cuota tributaria de 2.652,49 euros.

**TERCERO.-** El 13 de julio de 2007 y tras comprobar los valores declarados, se advierte que el valor real (128.636,47 euros) es superior al declarado (30.000 euros) por el sujeto pasivo, por lo se acuerda iniciar de oficio expediente de gestión tributaria (IO2 130240 2004 000112) con propuesta de liquidación provisional que fija la cuota tributaria en 17.266,56 euros, resultando un total a ingresar de 14.614,07 euros, tras detraer la cantidad ya ingresada por la obligada tributaria.

Intentada el 7 de noviembre de 2007 la notificación del indicado acto en la dirección que figura en la escritura, se hace constar por el empleado postal que dicha dirección es incorrecta. La notificación edictal se produce en el Boletín Oficial de la Región de Murcia correspondiente al día 20 de octubre de 2007.

**CUARTO.-** El 3 de diciembre de 2007 se dicta acuerdo de liquidación provisional complementaria con comprobación de valor declarado, en la que, tras sumar unos intereses de demora de 2.964,65 euros, se fija la deuda tributaria en 17.578,72 euros.

Intentada la notificación de dicho acuerdo y del documento de ingreso de la citada liquidación en el domicilio que figura en el expediente de gestión y que coincide con el señalado en la escritura, se hace constar que la dirección es incorrecta (5 de diciembre de 2007). El 18 de diciembre y el 4 de enero se intenta en otra dirección, en la C/ Coronel Fernández Tudela, siendo los intentos infructuosos, pues la destinataria está ausente o es desconocida en dichas señas.

El 5 de febrero de 2008 se procede a la notificación edictal del acuerdo.

**QUINTO.-** El 27 de marzo de 2009, la x. presenta escrito en el que solicita la nulidad del procedimiento de comprobación de valores dada la no notificación de los actos que lo integran, pues aquélla se intentó en un domicilio que ya no era el de la interesada. El nuevo domicilio constaba a la Administración en una diligencia de comparecencia ante la Gerencia Regional del Catastro en Murcia y en el Padrón de Habitantes del Ayuntamiento de San Javier. Además, contaba con otro domicilio, el de la C/ Coronel Fernández Tudela, que era conocido por la Administración, pues a él se dirigieron las diligencias de embargo. Considera la interesada que la Administración debió agotar las posibilidades de notificación personal antes de acudir a la vía edictal.

Pone, asimismo, de manifiesto diversas irregularidades advertidas en el mecanismo de notificación, tales como haber publicado en el Boletín Oficial el acto de inicio del procedimiento de gestión tributaria antes de intentar su notificación personal, y no haber publicado en el referido Boletín el acuerdo de liquidación.

Solicita la interesada la nulidad del procedimiento de comprobación de valores y la devolución de las cantidades embargadas.

**SEXTO.-** Con fecha 29 de abril de 2009, el Director General de Tributos acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la liquidación tributaria.

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia a la interesada, el 27 de noviembre de 2009 presenta escrito de alegaciones para ratificarse en las vertidas en su escrito inicial.

**OCTAVO.-** El 2 de julio de 2010 emite informe el Servicio Jurídico Tributario. Se afirma en él que la notificación de los actos integrantes del procedimiento de gestión se ha ajustado a lo establecido en el artículo 112 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT) y que los problemas habidos para proceder a la notificación personal de la interesada sólo a ella son imputables, al haber incumplido su obligación de comunicar a la Administración el cambio de domicilio fiscal (art. 48.3 LGT). En cuanto a las irregularidades o defectos de tramitación del expediente, considera que, de existir, únicamente darían lugar a una causa de anulabilidad, no de nulidad, única invocable en el extraordinario procedimiento de revisión instado. Recuerda, asimismo, la doctrina de este Consejo Jurídico acerca de la no afectación al derecho de defensa del artículo 24 CE por los defectos en la forma de practicar la notificación, salvo en el ámbito del derecho sancionador.

Concluye el informe señalando la procedencia de desestimar la solicitud de revisión de oficio.

**NOVENO.-** Por el Servicio Jurídico de la Consejería consultante se emite informe que propone la inadmisión a trámite de la solicitud, toda vez que la actora no identifica el motivo de nulidad que considera presente en las actuaciones impugnadas, lo que permite calificar la solicitud como manifiestamente carente de fundamento. Entrando en el fondo, considera que las alegaciones de la interesada podrían reconducirse a la causa de nulidad contemplada por el artículo 217.1, letra e), LGT, relativa a la omisión total del procedimiento legalmente establecido, si bien niega que concurra dicha causa.

**DÉCIMO.-** Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 28 de julio de 2010, acogiendo la tesis mantenida por el Servicio Jurídico Tributario acerca de la procedencia de desestimar la solicitud de revisión. Descarta la posibilidad de inadmitirla, al considerar que, aunque no se expresa la concreta causa de nulidad que se invoca de entre las

tasadas del artículo 217 LGT, de sus alegaciones puede inferirse que vincula los defectos en la notificación con una lesión del derecho de defensa, lo que permite encuadrar la alegación en la causa de nulidad establecida por el apartado 1, a) del indicado precepto.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 3 de septiembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

De conformidad con el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 217.4, segundo párrafo, LGT, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre la revisión de oficio de un acto administrativo en materia tributaria, cuya declaración de nulidad se pretende.

#### **SEGUNDA.- Del procedimiento.**

La LGT regula en el Título V la revisión en vía administrativa y, en concreto, el artículo 217 prevé la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria. En desarrollo de dicha ley se aprobó el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que regula la revisión de actos nulos de pleno derecho en los artículos 4 y siguientes.

Ha de precisarse aquí que, si bien la interesada se limita a solicitar la nulidad del procedimiento de comprobación de valores sin efectuar una calificación expresa de su escrito de solicitud como revisión de oficio, la Administración ha sustituido a la actora en dicha determinación, tramitando la pretensión anulatoria por los trámites del procedimiento de revisión, único que permite la sustanciación de la solicitud, dado el carácter preclusivo de las vías ordinarias de reclamación y recurso, y el vencimiento de los plazos para su interposición.

El órgano competente para resolver el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos es la Consejera de Economía y Hacienda, de acuerdo con el artículo 217.5 LGT y con el 16.1.g) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración regional.

Aceptada la legitimación de la instante en tanto que sujeto pasivo del tributo al que se refiere la liquidación cuya nulidad pretende, encontrándonos en presencia de un acto firme al no haber sido impugnado en plazo, invocada, aun tácitamente, una posible causa de nulidad y, a la vista de que tal acción es imprescriptible, procede dictaminar sobre el fondo del asunto.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto: inexistencia de causa de nulidad.**

La revisión, por su propio perfil institucional, no puede ser utilizada como una vía subsidiaria a la de los recursos administrativos ordinarios alegando los mismos vicios que hubieran podido ser enjuiciados en tales recursos, pues, como insiste la doctrina, sólo son relevantes los de especial gravedad recogidos en la ley, en este caso, en el artículo 217 LGT.

El carácter extraordinario ("*cauce de utilización excepcional y de carácter limitado*", según el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.380/98, de 8 de octubre) que es propio de los procedimientos de revisión de oficio que, en franca pugna con el principio de seguridad jurídica, deriva de su virtualidad para dejar sin efecto actos administrativos que han devenido firmes, impone una interpretación estricta de las normas reguladoras de esta vía impugnatoria y de las causas de nulidad que habilitan su uso, pues en definitiva se trata de abrir un nuevo debate fuera de los plazos preclusivos normales.

Atendido tan extraordinario carácter, este Dictamen se contrae de forma estricta a la determinación de si en el supuesto sometido a consulta concurren tales causas, sin efectuar una valoración de la actuación administrativa desarrollada, más allá de lo que sea estrictamente necesario para determinar si se dan las circunstancias legales habilitantes para declarar la nulidad del acto administrativo impugnado.

Por otra parte, la excepcionalidad de esta institución y el carácter tasado de las causas en las que cabe sustentarla configuran una suerte de carga para el interesado que insta la nulidad, quien debe alegar la concurrencia de una o varias de tales causas en el acto objeto de la pretensión anulatoria, argumentando o razonando en qué medida y en atención a qué consideraciones el acto ha incurrido en tal o tales causas, no siendo suficiente a estos efectos una mera invocación *in genere* de existencia de nulidad. Bien es cierto que la mera omisión de la concreta causa de nulidad en la que se pretende amparar la acción ejercitada no es suficiente para inadmitirla en virtud del artículo 217.3 LGT, si de las alegaciones de la actora puede deducirse en cuál de ellas se basa, como aquí sucede y pone de manifiesto la Dirección de los Servicios Jurídicos, pero la insuficiencia argumentativa en una acción tan excepcional como la ejercida necesariamente redundará en una mayor dificultad de estimación. Así ocurre en el supuesto

sometido a Dictamen, en el que los servicios jurídicos preinformantes han considerado que la pretensión anulatoria se basa en las causas de nulidad contempladas por el artículo 217.1, letras a) y e), LGT, es decir, por tratarse de actos que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional y por haberse dictado aquéllos prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello. Considera el Consejo Jurídico, no obstante, que procedería haber requerido a la actora para que mejorara los términos de su solicitud con expresión de la causa o causas en las que pretendía basar su acción.

En cualquier caso, coincide el Consejo Jurídico con los órganos preinformantes en que las alegaciones formuladas constituyen una invocación tácita de las causas de nulidad contempladas en el artículo 217.1, letras a) y e) LGT.

#### 1. Actos que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

La invocación por la interesada de esta causa de nulidad se hace no ya de forma tácita sino muy indirecta, cuando transcribe dos pasajes jurisprudenciales que ligan los mecanismos de notificación del acto con los sistemas de reacción frente al mismo con que cuenta el interesado, en la medida en que la notificación constituye una expresión esencial de las garantías que el ordenamiento jurídico establece para el derecho de defensa de los ciudadanos.

Como ponen de manifiesto los órganos preinformantes, el Consejo Jurídico ya ha tenido ocasión de señalar (por todos, Dictamen 25/2008) que la hipotética falta de notificación del acto impugnado no lesiona el contenido esencial de un derecho susceptible de amparo constitucional, más en concreto, del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución. Y ello porque la extensión de tal derecho al ámbito administrativo sólo es admitida por el Tribunal Constitucional para el caso de que se esté ante procedimientos sancionadores, como destacó este Consejo Jurídico en los Dictámenes 19 y 20 de 1999. Desde su Sentencia de 8 de junio de 1981, el Alto Tribunal ha sostenido que las garantías consagradas en el artículo 24 de la Constitución sólo resultan aplicables en los procesos judiciales y en los procedimientos administrativos de carácter sancionador, consecuencia de la identidad de naturaleza de los mismos. Al ser ambos manifestaciones del poder punitivo del Estado, los dos deben inspirarse en los mismos principios, tanto materiales (art. 25 CE) como formales (art. 24 CE).

Al reconocer el Tribunal que el derecho de defensa dimanante del artículo 24 no resulta de aplicación al procedimiento administrativo, con la excepción señalada relativa al sancionador, no está afirmando que los ciudadanos carezcan del mismo, sino únicamente que este derecho de defensa no es el del artículo 24 y, por tanto, no tiene rango de derecho fundamental.

Así lo ha ratificado en numerosas ocasiones: Sentencias 42/89, de 16 de febrero, 181/90, de 15 de noviembre, 97/93, de 22 de marzo, y, específicamente en el ámbito tributario, en las 164/95, 198/95, 94/96 y 291/2000.

En el presente caso, por tanto, los posibles defectos de notificación del acto objeto de revisión, que no reviste carácter sancionador, no tienen trascendencia a los efectos del artículo 24 de la Norma Fundamental y, en consecuencia, no pueden ser constitutivos de la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el apartado a) del artículo 217.1 LGT.

2. Actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

A tal efecto, ha de recordarse la constante doctrina, elaborada en interpretación del artículo 62.1, letra e) LPAC, pero trasladable a la revisión de los actos dictados en materia tributaria, dada la identidad de los términos utilizados por el artículo 217.1, letra e) LGT, según la cual para que opere esta causa de nulidad, el empleo de los dos adverbios "total y absolutamente" recalca *“la necesidad de que se haya prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de algunos de sus trámites esenciales que se pueda equiparar a esa omisión total. Junto a lo anterior, precisamente para ponderar la especial gravedad del vicio que se alega, ha de analizarse si se causó indefensión al interesado, para lo que habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por tal conculcación y lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido”* (Dictamen del Consejo de Estado 670/2009). Y es que, en la interpretación estricta que demanda esta causa de nulidad, ha de ser puesta en relación con la función de garantía inherente a la exigencia de que el ejercicio de las potestades y competencias administrativas se actúe a través de un procedimiento, a la vez garantía de los ciudadanos y del interés público. Por ello, la eventual concurrencia de esta causa de nulidad no debe examinarse desde una perspectiva formalista, sino desde una óptica sustantiva, en la que lo decisivo no es tanto la ausencia de uno o varios trámites, como que no se hayan respetado los principios o reglas esenciales que informan el procedimiento (Dictamen del Consejo de Estado 2183/2003).

A la vista de la expresada doctrina, no se advierte en el supuesto sometido a consulta que se haya conculcado el procedimiento legalmente establecido para proceder a la comprobación de valores y a la liquidación resultante de ésta, pues se ajustó a lo establecido en los artículos 57 y

134 LGT, y consta que se confirió el trámite esencial de audiencia a la interesada, quien formuló alegaciones.

Del mismo modo, tampoco se aprecia una vulneración esencial del régimen de la notificación de tal liquidación, en la medida en que sustancialmente se ajusta al establecido en el artículo 112 LGT, al haberse intentado la notificación personal de la interesada en el domicilio fiscal que le constaba a la Administración actuante, dada la no comunicación por aquélla del cambio operado en el mismo, a lo que venía obligada ex artículo 48.3 LGT. La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 2009, reproduce la siguiente doctrina jurisprudencial: *"como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2001 "la notificación edictal está atemperada a derecho, al no haberse podido realizar la personal en el domicilio que en el expediente de autos figuraba para la Administración, con independencia de que en otros expedientes relacionados con la misma interesada figurase otro domicilio, pues a efectos tributarios el sujeto pasivo venía obligado a comunicar mediante declaración expresa el cambio de domicilio ("ex" artículo 45.2 de la LGT), lo que supone que, hasta que tal declaración expresa no se produce, el domicilio reputado válido será el que hasta entonces, a efectos tributarios, figurase para el Ayuntamiento exaccionante" y asimismo que "El domicilio fiscal es, pues, el lugar de las notificaciones tributarias mientras el sujeto pasivo no señale otro distinto; y, por tanto, el cambio no comunicado puede tener un efecto perjudicial para los intereses de aquél, porque la notificación se dirigirá, lógicamente, a un lugar que ya no es el de la sede de su dirección o domicilio fiscal y social reales". En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2001"*.

En el supuesto sometido a consulta, la interesada pretende que la consignación de un domicilio en diversas actuaciones realizadas ante la Administración estatal (Gerencia del Catastro) y local (Padrón de habitantes) surta efectos, a modo de comunicación de cambio de domicilio fiscal, ante una Administración distinta de aquéllas, como es la tributaria autonómica. Cabe recordar aquí que el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de octubre de 2001, cuya doctrina recoge la de 27 de enero de 2009 y que la Dirección de los Servicios Jurídicos transcribe en su informe, sienta que el cambio de domicilio declarado a otros efectos administrativos (sea el padrón de habitantes u otro registro administrativo) no sustituye la declaración tributaria expresa de cambio de domicilio fiscal.

A mayor abundamiento, y aunque no puede mantenerse una alegación de indefensión por quien, con su comportamiento omisivo o falta de la necesaria diligencia, es el causante de la limitación o pérdida de las posibilidades o medios de defensa que se haya podido producir, el carácter inimpugnable del acuerdo de iniciación de oficio del procedimiento de gestión tributaria, que deriva de su condición de mero acto de trámite, determina que su pretendida notificación

defectuosa difícilmente puede generar indefensión alguna a la interesada, a quien sí se comunicó, de forma plenamente ajustada a las formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico, el acto que ponía fin al procedimiento de gestión tributaria y contra el que podía haber interpuesto las reclamaciones y recursos procedentes (art. 107.1 LPAC). Y es que, a diferencia de lo expresado por la interesada, el acuerdo de liquidación sí fue objeto de notificación edictal en el Diario Oficial, tras los preceptivos intentos de notificación personal, constando en el expediente la publicación del correspondiente anuncio en el BORM de 5 de febrero de 2008.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud de declaración de nulidad del procedimiento tributario, al no apreciar el Consejo Jurídico la concurrencia de causa de nulidad alguna en la notificación de los actos impugnados.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 05-2011

<b>Asunto</b>	Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Desarrollo de Proyectos de Instalaciones Térmicas y de Fluidos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	17/01/2011

### Extracto doctrina

Procede dar por reproducidas las consideraciones que, se contienen en nuestro Dictamen 175/2010 sobre carácter del Dictamen, competencia, procedimiento y efecto retroactivo de la disposición.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** En enero de 2010 la Dirección General de Formación Profesional y Educación de Personas Adultas elabora un primer borrador de Orden de la Consejería de Educación, Formación y Empleo por la que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Desarrollo de Proyectos de Instalaciones Térmicas y de Fluidos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

El texto se acompaña de la siguiente documentación:

- Memoria económica, según la cual, de la futura regulación no se derivan obligaciones económicas de ningún tipo para la Comunidad Autónoma.

- Informe-memoria, que analiza el escenario normativo en el que se inserta la futura disposición y justifica la regulación de los espacios necesarios para impartir las enseñanzas y la oportunidad de establecer un módulo formativo adicional de inglés técnico. Se indica, asimismo, que la futura disposición, una vez entre en vigor, no deroga norma alguna.

- Propuesta que eleva el Director General de Formación Profesional y Educación de Personas Adultas al Consejero de Educación, Formación y Empleo para la aprobación del Proyecto como Orden.

**SEGUNDO.-** Con fecha 12 de abril, el Servicio Jurídico de la Consejería de Educación, Formación y Empleo emite informe en el que se realizan diversas observaciones relativas al procedimiento de elaboración de la norma y a su contenido, destacando entre estas últimas las referidas a la concordancia entre los contenidos básicos de los módulos formativos y los propuestos en el Proyecto y a la regulación que debe incorporarse en relación con el módulo adicional de inglés, respecto del cual no se ha justificado que lo exija el perfil profesional del título.

Se indica, asimismo, la conveniencia de introducir una disposición transitoria para establecer el carácter retroactivo de la futura regulación, al inicio del curso académico 2009/2010, *“teniendo en cuenta que la titulación...ya ha empezado a impartirse”*.

**TERCERO.-** Como consecuencia de las observaciones efectuadas por el Servicio Jurídico, se elabora un nuevo borrador y se une al expediente la siguiente documentación:

- Una nueva memoria económica, de contenido idéntico a la que ya obraba en el expediente.

- Un nuevo informe de necesidad y oportunidad.

- Un informe sobre impacto por razón de género que concluye señalando que la futura disposición no sólo no contiene previsiones discriminatorias por razón de sexo, sino que incluye otras con la finalidad de *“garantizar la igualdad entre hombres y mujeres durante el desarrollo del ciclo formativo en la realidad de las aulas”*.

**CUARTO.-** Solicitado informe al Consejo Asesor Regional de Formación Profesional de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, se emite en sentido favorable al Proyecto, según consta en el expediente por certificación de la Secretaria de dicho órgano participativo.

**QUINTO.-** Solicitado informe al Consejo Escolar de la Región de Murcia, se evacua en sentido favorable al Proyecto, si bien se formulan diversas consideraciones y sugerencias que, en su mayor parte, son asumidas e incorporadas al texto de la disposición.

Consta en el expediente, mediante informe del Servicio de Formación Profesional, de 6 de septiembre, la justificación del rechazo de las sugerencias no aceptadas.

**SEXTO.-** El 16 de septiembre, la Vicesecretaría de la Consejería de Educación, Formación y Empleo emite su preceptivo informe, justificando la competencia con que cuenta la Comunidad Autónoma para dictar la futura disposición y el rango normativo de Orden que ha de adoptar.

En relación a esta última precisión, se indica que deriva de la específica habilitación reglamentaria establecida por la Disposición final segunda de la Ley 13/2009, de 23 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos, tributos propios y medidas administrativas para el año 2010, a favor del Consejero competente en materia de Formación Profesional en el sistema educativo, para regular mediante Orden los currículos de las enseñanzas de Formación Profesional.

**SÉPTIMO.-** Consta en el expediente el texto definitivo del Proyecto, diligenciado por el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo.

Contiene el texto una parte expositiva innominada, trece artículos, una disposición transitoria y una disposición final, así como cinco anexos (I, “Relación de los contenidos de los módulos profesionales del currículo de Técnico Superior en Desarrollo de Proyectos de Instalaciones Térmicas y de Fluidos”; II, “Estructura del módulo profesional de inglés técnico para Desarrollo de Proyectos de Instalaciones Térmicas y de Fluidos, incorporado por la Región de Murcia”; III, “Organización académica y distribución horaria semanal”; IV “Especialidades y titulaciones del profesorado con atribución docente en los módulos profesionales incorporados al ciclo formativo por la Región de Murcia” y “Titulaciones requeridas para impartir los módulos profesionales incorporados al ciclo formativo por la Región de Murcia en los centros de titularidad privada”; y V, “Espacios mínimos”).

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 23 de septiembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen, competencia material, habilitación reglamentaria, procedimiento de elaboración y efecto retroactivo de la norma proyectada.

En orden a evitar innecesarias repeticiones, procede dar por reproducidas las consideraciones que, en relación a tales extremos, se contienen en nuestro Dictamen 175/2010, sobre el Proyecto de Orden por la que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Educación Infantil en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**SEGUNDA.- Conformación del expediente.**

Carece el expediente remitido al Consejo Jurídico del preceptivo extracto de secretaría (art. 46.2, letra b), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril).

**TERCERA.- Observaciones al texto.**

I. A la parte expositiva.

- En el párrafo que antecede de forma inmediata a la fórmula promulgatoria, debería completarse la referencia normativa con una alusión a la Disposición adicional tercera, apartado 2, del Real Decreto de establecimiento de título.

- Debe excluirse de la fórmula promulgatoria la mención a los informes de órganos consultivos diferentes a este Consejo Jurídico, de conformidad con lo señalado por las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 (Directrices 13 y 16). Debe, en consecuencia, consignarse en párrafo aparte la mención a los informes del Consejo Asesor Regional de Formación Profesional y del Consejo Escolar de la Región de Murcia.

II. Al articulado.

- Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

El apartado 1 debería contener una referencia al Real Decreto de establecimiento del título. Una posible redacción sería la siguiente: "*Esta Orden tiene por objeto establecer el currículo de las enseñanzas de Formación Profesional correspondientes al Título de..., establecido por Real Decreto...*".

- Artículo 2. Referentes de la formación.

El precepto efectúa una remisión expresa a los diferentes elementos que estructuran el título, enumerándolos. Cabe hacer dos precisiones:

a) La referencia a las competencias podría suprimirse, toda vez que, de conformidad con los artículos 6, b) y 7 del Real Decreto 1538/2006, de 15 de diciembre, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo (RDFP), aquéllas forman parte del perfil profesional, que ya se menciona en la enumeración del precepto objeto de consideración.

b) Si se opta por enumerar los diferentes elementos del título que no son objeto de regulación en la futura Orden, dicha relación debería ser completa y no omitir algunos de ellos. Debería añadirse, en consecuencia, una mención a los equipamientos y a las convalidaciones y exenciones (artículos 11 y 15 del Real Decreto de establecimiento de título).

- Artículo 5. Currículo.

a) Comoquiera que de conformidad con el artículo 8.1 de la futura Orden, el módulo profesional de proyecto carece de contenidos curriculares propios, el Anexo I omite establecerlos. Convendría, en consecuencia, que el artículo 5.2 recogiera de forma expresa tal excepción, quizás mediante la adición de un último inciso de un tenor similar al siguiente: “..., *excepto los del módulo de proyecto regulado en el artículo 8*”.

b) El apartado 3 recoge los elementos del currículo correspondientes al módulo profesional adicional establecido en el artículo 4.2 del Proyecto. Sin embargo, omite hacer una referencia expresa a la contribución de dicho módulo a la adquisición de las competencias básicas, las cuales constituyen un elemento necesario del currículo, de conformidad con el artículo 6.1 LOE. Más allá de las genéricas referencias contenidas en la introducción del módulo, tampoco se fijan tales competencias en el Anexo II del Proyecto, donde se desarrollan los demás extremos del currículo en relación al citado módulo.

Procede, en consecuencia, completar el precepto y el Anexo II citados con una expresa referencia a las competencias.

- Artículo 7. Evaluación, promoción y acreditación.

La excesiva indeterminación de este artículo permite su supresión por innecesario, pues es posible incardinar dentro de esas “normas específicas que sobre esta materia se dicten” desde las contenidas en las enseñanzas mínimas o en las leyes orgánicas cabeceras del sector (así, en materia de acreditación de competencias profesionales, el artículo 8.3 LOCFP), hasta disposiciones de rango jerárquico inferior. En cualquier caso, tales instrumentos normativos gozan de un valor reglamentario propio que determinará su aplicación directa o supletoria, según los casos, sin necesidad de recordatorios o refuerzos en normas como la futura Orden, la cual tampoco puede ser interpretada como una incondicionada habilitación reglamentaria a órganos inferiores al Consejero para el dictado de reglas de evaluación, promoción y acreditación de la Formación Profesional.

Comoquiera que el precepto citado no parece añadir valor normativo al ordenamiento, se sugiere su supresión.

- Artículo 8. Módulo de proyecto.

El reglamento de establecimiento de título dota de una denominación específica a este módulo profesional (Proyecto de instalaciones térmicas y de fluidos), que, en su doble condición de elemento estructurante del título y de enseñanza mínima ha de ser incorporada literalmente al currículo. Para ello no basta con consignarla en el Anexo III, sino que debe constar expresamente en el artículo que se destina a su reglamentación y que no es otro que el artículo 8 del Proyecto de Orden.

- Artículo 9. Profesorado.

De conformidad con la Disposición adicional décima RDFP y el artículo 4 del Real Decreto 1834/2008, de 8 de noviembre, por el que se definen las condiciones de formación para el ejercicio de la docencia en la Educación Secundaria Obligatoria, el Bachillerato, la Formación Profesional y las enseñanzas de régimen especial y se establecen las especialidades de los cuerpos docentes de enseñanza secundaria, el precepto remite la determinación de las especialidades del profesorado que ha de impartir cada módulo profesional a lo que establezca el Real Decreto de establecimiento de título.

Comoquiera que la Orden proyectada, al amparo de lo previsto en el artículo 10.2 de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional (LOCFP) y 17.3 RDFP, establece un nuevo módulo no contemplado en el Real Decreto de título, ha de fijar las especialidades y requisitos de formación del profesorado al que se encomienda su impartición.

Respecto al de los centros de titularidad privada (cuadro segundo del Anexo IV de la futura Orden), el Proyecto debería tomar como referencia las exigencias de titulación y requisitos de formación adicionales que, para la docencia de las lenguas extranjeras en la Enseñanza Secundaria Obligatoria y en el Bachillerato, en centros de titularidad privada, establece el Real Decreto 860/2010, de 2 de julio, por el que se regulan las condiciones de formación inicial del profesorado de los centros privados para ejercer la docencia en las enseñanzas de Educación Secundaria Obligatoria o de Bachillerato.

Y es que el expediente carece de cualquier justificación acerca de la determinación de las titulaciones que se consideran adecuadas para la docencia de los contenidos del módulo en cuestión, motivación especialmente exigible respecto de las diplomaturas, ingenierías y arquitecturas técnicas en la enseñanza a impartir en los centros privados, toda vez que los artículos 94 y 95 LOE exigen, con carácter general y sin perjuicio de las habilitaciones que el Gobierno de la Nación pueda hacer respecto de otras titulaciones (así, por ejemplo, los Anexos III B y III C del Real Decreto de establecimiento de título), estar en posesión del título de Licenciado, Arquitecto, Ingeniero o Grado equivalente, para impartir enseñanzas de Formación Profesional, Secundaria Obligatoria y Bachillerato.

En relación con las enseñanzas de idiomas, es significativa la no existencia de una especialidad docente *ad hoc* entre las propias del Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional (para ingresar al cual se exige con carácter general la titulación de Diplomado, Arquitecto o Ingeniero Técnicos, Disposición adicional novena LOE), quedando limitada, en consecuencia, en el primer cuadro del Anexo IV del Proyecto, la docencia del inglés técnico a los funcionarios de los Cuerpos de Catedráticos y Profesores de Educación Secundaria (para cuyo ingreso es necesario ostentar una Licenciatura, Arquitectura o Ingeniería, o titulación equivalente a efectos de docencia).

Del mismo modo, el ya citado Real Decreto 860/2010, restringe la docencia en lengua extranjera en ESO y Bachillerato a quienes ostenten un título de Licenciado en Filología o en Traducción e Interpretación, así como cualquier licenciatura del área de humanidades o Graduado de la rama de conocimiento de artes y humanidades y acrediten una experiencia docente o una formación superior adecuada para impartir el currículo, y el dominio de la lengua, circunstancia ésta que se podrá acreditar en las condiciones y con los requisitos especificados en el indicado Real Decreto (los cuales no son totalmente coincidentes con los señalados en el Proyecto).

No constando en el expediente que los Diplomados, ni los Arquitectos e Ingenieros Técnicos gocen de la habilitación exigida por los artículos 94 y 95 LOE para impartir enseñanzas de idiomas en la formación profesional, procede su supresión en el segundo cuadro del Anexo IV del Proyecto.

III. A los Anexos.

Se advierte que en el Anexo II, a diferencia del resto de la norma, los párrafos comienzan con un verbo conjugado en la tercera persona singular del presente, lo que debería corregirse en orden a unificar u homogeneizar el estilo de todos los Anexos.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia cuenta con competencia material suficiente para aprobar el Proyecto sometido a consulta. El rango normativo de Orden es adecuado, dada la existencia de una específica habilitación legal.

**SEGUNDA.**- Tienen carácter esencial las observaciones efectuadas en la Consideración Tercera de este Dictamen a los artículos 5, 8 y 9, así como a los Anexos a los que éstos remiten.

**TERCERA.**- El resto de observaciones, de incorporarse al texto, contribuirían a su mejora técnica y a una más adecuada inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 06-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un centro escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 17/01/2011

**Extracto doctrina**

La monitora del comedor no es funcionaria ni empleada pública de la Administración regional, según se deduce del informe de la Dirección del centro, sino que pertenece a una empresa contratista de la Administración encargada del servicio del comedor del centro escolar, produciéndose el daño alegado (rotura de las gafas) en ejercicio de las tareas asignadas en el seno de la relación laboral que le une con la empresa contratista.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 15 de octubre de 2009, tiene entrada en el Registro de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, Ventanilla Única del Ayuntamiento de Murcia, escrito dirigido a la Consejería de Educación, Formación y Empleo por x., trabajadora de la empresa --, que presta sus servicios como monitora de comedor en el Centro de Educación Especial (CEE) "Pérez Urruti". Según la interesada cuando le estaba poniendo los zapatos a uno de los alumnos, éste le tiró las gafas al suelo y otro alumno las arrastró por el suelo rompiéndole los cristales. Reclama indemnización por el importe de dichos cristales, que asciende, según factura que adjunta, a 673,44 euros.

**SEGUNDO.-** El 13 de octubre de 2009, el Director del centro escolar emite informe sobre los hechos, haciendo constar lo siguiente:

*"El pasado día 2 de octubre de 2009, siendo las 15:15 horas, x, con DNI nº x, mientras desarrollaba su labor como monitora de Comedor Escolar del centro, poniendo los zapatos a un alumno, éste, le quitó las gafas y las tiró al suelo, siendo pisadas por otro alumno sin poder evitarse esta situación dadas las características especiales de nuestro alumnado.*

*Como resultado del incidente resultaron rotas las gafas que esta trabajadora necesita usar, por lo que solicita indemnización por daños".*

**TERCERO.-** El 16 de noviembre de 2009, el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente. Dicha resolución se notifica a la reclamante con fecha 17 de noviembre siguiente.

**CUARTO.-** Recabado el informe del centro escolar, es evacuado por su Director el 25 de enero de 2010, manifestando lo siguiente:

*“Tal y como se recoge en el escrito enviado a Consejería de Educación, Formación y Empleo con fecha 13 de octubre de 2009, el pasado día 2 de octubre de 2009, siendo las 15:15 h., x., con D.N.I. n° x, mientras efectuaba su labor como Monitora del Servicio de Comedor Escolar del Centro y encontrándose en una de las dependencias del mismo colocándole los zapatos a un alumno con necesidades educativas especiales graves y permanentes, con un repertorio conductual disruptivo importante, éste, le quitó las gafas sin poder evitarse esta situación, con la mala fortuna de que al caer al suelo fueron pisadas por otro alumno del Centro de semejantes características.*

*En todo momento el desarrollo del incidente fue inevitable, dadas las graves alteraciones que nuestros alumnos presentan y el carácter imprevisible que en muchas situaciones desembocan en hechos similares.*

*Esta Dirección no tiene conocimiento de si este tipo de daños tienen cobertura por el seguro del Catering (x) ya que la contratación se efectúa directamente entre la Consejería de Educación, Formación y Empleo (D.G. de Promoción, Ordenación e Innovación Educativa. Servicio de Promoción Educativa) y la empresa adjudicataria”.*

**QUINTO.-** Otorgado un trámite de audiencia a la interesada no consta que haya formulado alegaciones, tras lo cual la instructora formula propuesta de resolución estimatoria, al considerar que el desempeño o ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado ningún perjuicio patrimonial, siempre y cuando no haya mediado culpa o negligencia por su parte.

**SEXTO.-** Tras incorporar al expediente un extracto de secretaría y un índice de documentos, el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por delegación de su titular, remitió el expediente en solicitud de Dictamen, que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 22 de marzo de 2010.

**SÉPTIMO.-** Examinadas las actuaciones se observa que el servicio de comedor del CEE se encuentra contratado con una empresa con la que la reclamante se halla unida por una relación laboral, lo que exigía completar la instrucción en los siguientes términos que se recogieron en el Acuerdo 2/2010, de este Consejo Jurídico:

*“1. Se incorpore al expediente copia compulsada del contrato y del pliego de cláusulas administrativas particulares por los que se rige la relación contractual entre la Administración regional y la empresa --.*

*2. Si para contratar se exigió a la mercantil suscribir póliza de seguro, se debe incorporar una copia compulsada de la misma.*

*3. Se conceda trámite de audiencia a la contratista y, en su caso, a su aseguradora (art. 1.3 in fine del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de la Administración). Asimismo se les requerirá para que informen si la interesada ha recibido algún tipo de indemnización por los daños objeto de la reclamación.*

*4. Se conceda nuevo trámite de audiencia a la reclamante al objeto de que pueda alegar lo que a su derecho convenga a la vista de la nueva documentación incorporada al expediente.*

*5. Una vez cumplimentado el contenido de los anteriores apartados debe formularse nueva propuesta de resolución que recoja las actuaciones incorporadas y que concluya atendiendo a los nuevos datos que de las mismas se desprendan”.*

**OCTAVO.-** Recibido el Acuerdo en la Consejería, se procede a incorporar la documentación antes indicada y, mediante escrito con registro de salida del día 25 de junio de 2010, se concedió trámite de audiencia a la empresa adjudicataria al objeto de que pudiera examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes, sin que hiciera uso de este derecho.

El contratista remite escrito en el que hace constar que la trabajadora x. no ha recibido indemnización alguna del seguro de responsabilidad civil de la empresa, debido a que aquél sólo cubre los daños personales de los trabajadores.

Seguidamente se procede a dar nuevo trámite de audiencia a la reclamante sin que haya hecho uso del mismo, al no comparecer ni formular alegación alguna.

**NOVENO.-** Con fecha 29 de septiembre de 2010 se emite nueva propuesta de resolución en el mismo sentido que la primera, es decir, estimatoria, por los mismos motivos que se argumentaron en su momento, pues, estima la instructora, que las nuevas actuaciones practicadas lo único que han acreditado es que la interesada no ha recibido indemnización alguna por los daños sufridos, debido a que la póliza de responsabilidad civil que tiene suscrita la concesionaria, x., empleadora de la reclamante, no cubre los daños materiales que puedan sufrir los trabajadores en el desempeño de su relación laboral.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso nuevamente la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 14 de octubre de 2010.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. La reclamante goza de la condición de interesada para el ejercicio de la acción, conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), si bien ha de tenerse en cuenta que no se encuentra vinculada por una relación laboral o funcional con la Administración regional, pues a tenor de lo indicado por el Director del centro escolar realiza tareas de monitora en el comedor, cuyo servicio se encuentra adjudicado a la empresa --.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación, Formación y Empleo competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación, en el que se integra el CEE "Pérez Urruti" de Churra (Murcia).

2. La acción se ha ejercitado en plazo, conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC.

3. En cuanto al procedimiento seguido, una vez subsanadas las deficiencias que se pusieron de manifiesto en el Acuerdo núm. 2/2010 de este Órgano Consultivo, ha de entenderse se han cumplido los elementales trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

La propuesta estimatoria se fundamenta en que la doctrina del Consejo Jurídico de la Región de Murcia y del Consejo de Estado sostiene el principio general de indemnidad, en virtud del cual el desempeño o ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar ningún perjuicio patrimonial.

Ciertamente, el principio de indemnidad en relación con los funcionarios públicos ha sido sostenido por este Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes sobre accidentes ocurridos a aquéllos durante el ejercicio de su actividad profesional en centros escolares, como fundamento para la estimación de la reclamación ejercitada por la vía de la responsabilidad patrimonial, en ausencia de un procedimiento específico de resarcimiento en el seno de la relación funcional, siendo exponente de dicha doctrina el Dictamen 175/2009; no obstante, ha de determinarse en cada caso si concurren los requisitos determinantes de la citada responsabilidad: relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público docente y el daño alegado (artículo 139.1 LPAC) y la antijuridicidad del daño sufrido, es decir, que se trate de daños que el lesionado no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley (artículo 141,1 LPAC). Puesto que, aunque nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente, por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, tal doctrina no resulta aplicable al presente caso, ni puede servir de fundamento a la estimación de la reclamación ejercitada, si se tiene en cuenta que la monitora del comedor no es funcionaria ni empleada pública de la Administración regional, según se deduce del informe de la Dirección del centro, sino que pertenece a una empresa contratista de la Administración encargada del servicio del comedor del centro escolar, produciéndose el daño alegado (rotura de las gafas) en ejercicio de las tareas asignadas en el seno de la relación laboral que le une con la empresa contratista.

Por tanto, será en el seno de dicho vínculo laboral con la empresa contratista donde habrá de buscar la interesada el resarcimiento de tales daños, siendo el funcionamiento del servicio público docente ajeno a esta cuestión. Así se refleja en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, apartado 21.3,b), en el que se indica que *“el contratista contará con el personal necesario para la ejecución del contrato. Dicho personal dependerá del adjudicatario, el cual tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su calidad de empleador respecto al mismo, siendo la administración contratante en todo ajena a dichas relaciones laborales...”*.

A la misma conclusión llegó este Órgano Consultivo en su Dictamen 197/2010, emitido en un supuesto prácticamente igual al que nos ocupa. En este último Dictamen se menciona otro, el 205/2003, para ilustrar cómo en un tercer supuesto, análogo a estos dos, se recoge en sus antecedentes que la empresa contratista asumió que se iba a hacer cargo de los gastos ocasionados a su trabajadora, habiendo elevado en aquel caso la Consejería consultante una propuesta desestimatoria a la pretensión de la monitora.

Conviene, además, precisar dos cuestiones más. La primera en relación con el Dictamen del Consejo de Estado que se destaca en la propuesta de resolución para apoyar su sentido estimatorio, el núm. 3481/2000, pues hace referencia a la condición de funcionaria de la monitora y pone, por tanto, en juego la doctrina arriba referenciada, lo que difiere, como se ha indicado del asunto examinado. La segunda, referida a que la propuesta de resolución hace especial hincapié respecto de las necesidades educativas especiales de los alumnos que eran atendidos por la monitora, lo que no constituye óbice alguno a la falta de imputabilidad a la Administración de los hechos, al producirse los mismos en el seno de la relación laboral que vincula a la reclamante con la concesionaria del servicio, sin que, por otro lado, se hayan alegado circunstancias tales como defectos constructivos, de mobiliario, riesgos atribuibles al profesorado, etc., que pudieran desplazar dicha responsabilidad hacia la Administración.

En consecuencia, no se advierten la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el asunto dictaminado, frente a la propuesta estimatoria de la reclamación.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina desfavorablemente la propuesta elevada, en tanto no se acredita la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 07-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 17/01/2011

**Extracto doctrina**

La prestación del consentimiento no impide la posibilidad de una fundada decisión de los médicos de no realizar la intervención de que se trate, ya que tal consentimiento opera como la remoción de un obstáculo para la válida realización de determinadas actuaciones sanitarias, pero no es propiamente una orden al médico (a lo sumo, en la medicina satisfactiva tal consentimiento puede operar como una mera petición, vid. STS, Sala 3ª, de 3 de octubre de 2000), el cual puede, por la naturaleza propia de las actuaciones sanitarias, apreciar circunstancias que justifiquen más tarde la no realización de la intervención, especialmente si perjudican la salud del paciente y éste no las ha asumido previa y conscientemente.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 20 de marzo de 2007, x. presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido a la Administración regional. En síntesis, en el mismo expresa que, con motivo de su ingreso en el hospital “Virgen de La Arrixaca” para dar a luz a dos gemelos, que nacieron el 10 de julio de 2006, momentos antes del parto los facultativos le indicaron que se debía practicar una cesárea urgente, por sospecha de parada del bienestar fetal de uno de los fetos, a lo que accedió, firmando el correspondiente documento de consentimiento; en ese mismo momento se le comunicó la posibilidad de practicarle también una intervención de oclusión tubaria, consistente en interrupción de la continuidad de las trompas de Falopio, para impedir un nuevo embarazo, utilizando como vía de abordaje quirúrgico la post-cesárea, para lo que también firmó el correspondiente documento de consentimiento. Señala que, una vez trasladada a planta, en la visita médica realizada por las especialistas, presentes el padre y la abuela de sus hijos recién nacidos, aquéllas aludieron a la realización de las dos intervenciones (cesárea y ligadura) para explicar el malestar que entonces sufría, por lo que pensó que la ligadura se le había practicado. Fue dada de alta médica el 14 de julio de 2006, indicándosele únicamente en el correspondiente documento la necesidad de la retirada de los puntos, a los ocho días, en su Centro de Salud, y revisiones, a las que se sometió en el Centro Médico Asistencial de Alhama de Murcia.

El día 7 de diciembre de 2006 se sometió en dicho Centro Médico a una revisión ginecológica, en la que, tras realizarle una ecografía, se le indicó que estaba embarazada de cinco semanas y se le advirtió que valorara la posibilidad de una cesárea electiva si la gestación llegaba a término, ante el riesgo de rotura uterina, por haber transcurrido menos de dos años desde la cesárea anterior. Señala que decidió la interrupción voluntaria de su embarazo valorando una serie de circunstancias: que al haberse sometido a una dieta, pensando que ya era estéril, el feto podía nacer con malformaciones; que tenía riesgo de rotura uterina si el parto seguía adelante; que en esas fechas estaba sin trabajo, por lo que carecía de ingresos para mantener un hijo más; que si seguía el embarazo existía riesgo para su salud psicofísica, como acreditaba con el informe que adjuntaba para justificar el aborto, y que un embarazo no deseado le producía un estado de angustia y trauma, unido a la frustración derivada de haberle privado de su libre decisión sobre la maternidad. La interrupción voluntaria de su embarazo se le practicó el 14 de diciembre de 2006 en una clínica privada, por la que hubo de abonar quinientos euros.

Ante el desconcierto por la situación producida, solicitó copia de la historia clínica correspondiente a su pasada estancia en el citado hospital, a la vista de la cual pudo comprobar que la ligadura de trompas no se le había realizado, pese a haberla solicitado, sin que en ningún momento hubiera revocado, ni expresa ni tácitamente, el consentimiento que firmó en su día para dicha intervención.

La reclamante considera que existió una omisión en la prestación del servicio sanitario, tanto por no realizarle la ligadura como, en todo caso, por no haberle informado de tal circunstancia, lo que le ha ocasionado unos daños, consistentes en la angustia y el trauma psicológico derivado del hecho de quedar nuevamente embarazada sin desearlo, con frustración de su libre decisión sobre la propia maternidad, con la angustia añadida por los riesgos del aborto que se tuvo que practicar y los de una futura intervención de ligadura de trompas que pretende practicarse. Por todo ello, solicita una indemnización de 60.500 euros: 60.000 por daños morales y 500 por los gastos realizados en la sanidad privada. En su escrito propuso la práctica de prueba testifical de los facultativos que la atendieron y del padre y la abuela de los gemelos que nacieron en el referido hospital, adjuntando copia del Libro de Familia, documentos de su historia clínica y otros relativos al aborto.

**SEGUNDO.-** El 29 de marzo de 2007, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, la cual fue notificada a las partes interesadas. En la misma fecha el órgano instructor solicitó al citado hospital copia de la historia clínica de la reclamante e informes de los facultativos que la atendieron.

**TERCERO.-** Mediante oficio de 16 de julio de 2007 dicho hospital remitió la documentación solicitada.

De la misma se destaca el informe emitido por las facultativas del Servicio de Ginecología y Obstetricia que asistieron a la reclamante, en el que expresan lo siguiente:

*“Con nuestra intervención urgente evitamos que una de sus gemelas en riesgo sufriera, ya que el motivo de la cesárea fue “riesgo de pérdida de bienestar fetal” o “sufrimiento fetal”, como consta en el parte quirúrgico y en el parto-grama, y como se puede ver en la monitorización de ambos gemelos intraparto. También evitamos que ella misma sufriera las secuelas de una hemorragia, ya que su útero continuaba sangrando a pesar de las primeras maniobras quirúrgicas (como consta en el protocolo quirúrgico: “sangrado moderado”) tras la extracción de los gemelos, lo cual es relativamente frecuente en las cesáreas de gemelos, ya que el útero puede tener problemas de contractibilidad (hipotonía o atonía) por la gran distensión del útero.*

*No se hizo ligadura porque no estaba indicado, ya que el objetivo de la laparotomía era realizar la cesárea urgente y, si se puede, hacer ligadura tubárica. Este supuesto viene contemplado en el documento de consentimiento informado para intervenciones de oclusión tubárica; en el apartado de imprevistos dice textualmente: “si en el momento del acto quirúrgico surgiera algún imprevisto, el equipo médico podrá variar la técnica quirúrgica programada”; y en este caso el riesgo de realizar la ligadura era mayor que el beneficio, ya que ante un sangrado importante es prioritaria, por el riesgo vital para la paciente, finalizar la intervención lo antes posible, y posponer la ligadura a otro momento en el que no entrañe riesgo. Y siendo así, como durante la cirugía la enferma permaneció despierta (en el documento de la anestesia así consta), se le comunicó verbalmente que debía tomar medidas anticonceptivas mientras no se realizara el método anticonceptivo definitivo.*

*No hay duda de que no se realizó la ligadura, ya que:*

*-No está descrita en el parte quirúrgico.*

*-No hay constancia en la historia de haber remitido al Servicio de Anatomía Patológica las trompas extirpadas.*

*-No consta en el informe de alta.*

*La médica de planta no pudo informar que las molestias del primer día postcesárea fueran debidas a la ligadura (tal y como la paciente expone) primero porque cuando se realiza ligadura y hay un postoperatorio doloroso no suele pensarse en la técnica como origen de esta sintomatología y sobre todo porque no tuvo constancia al no estar reflejado en el parte quirúrgico, y es prueba de ello que en el informe de alta no se indica la realización de dicha técnica. Es en este informe de alta donde se recogen todos los procedimientos médicos y quirúrgicos realizados a los pacientes durante su hospitalización y no debe darse por supuesto la realización de una técnica quirúrgica si no está descrita en este informe, porque precisamente para eso se entrega a cada paciente por escrito: para que pueda quedar constancia por escrito de todo aquello que se ha realizado, sin dar lugar a posibles confusiones sobre la información verbal que haya podido tener la paciente.*

*Son hechos que se desprenden de la historia clínica:*

*- La ginecóloga que le realizó la cesárea urgente fue la que informó y acordó con la embarazada el practicarle la ligadura en el momento de indicar la cesárea.*

*-Hubo hemorragia intraoperatoria como se indica en el parte quirúrgico y se cuantifica objetivamente con la determinación de la hemoglobina en el postoperatorio inmediatamente posterior y con los datos clínicos.*

*-Que la estabilidad del proceso, aunque aparentemente concluida, necesitaba corroborarla con hemograma postquirúrgico, como se indica en el tratamiento médico de la cirugía.*

*-No sangró en el postoperatorio ni hubo ningún tipo de complicaciones sino la evolución post-quirúrgica inmediata fue buena (ventoseó en el segundo día).*

*-En el parte quirúrgico no consta que se le realizara ligadura.*

*-En el informe de alta no se indica que se haya realizado ligadura de trompas.*

*A día de la fecha, pese a habersele ofrecido bloqueo de trompas en la consulta de histeroscopia (técnica que no requiere ingreso ni hospitalización puesto que se realiza en consultas externas) desde febrero de este año la paciente no ha acudido a dicha consulta”.*

**CUARTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 23 de diciembre de 2008, destacándose las siguientes conclusiones:

“6. Que si bien es cierto que existe en el historial clínico constancia a través del Consentimiento Informado, firmado por la paciente, del ofrecimiento de la posibilidad de realización de Oclusión Tubárica en la postcesárea, no es menos cierto que el objetivo prioritario era la realización del Parto por Cesárea Urgente, ante el sufrimiento fetal detectado y que la I.Q. de Oclusión de Trompas se realizaría salvo imprevistos, como consta en el propio documento de consentimiento informado para Oclusión Tubárica firmado por la paciente en su apartado dos (Imprevistos: Si en el momento del acto quirúrgico surgiera algún imprevisto, el equipo médico podrá variar la técnica quirúrgica programada).

7. Que consta en el parte de quirófano que la paciente sufrió hemorragia moderada uterina tras la extracción de los gemelos, confirmada posteriormente por la sintomatología (fatiga y malestar general), signos (palidez de piel y mucosas) y determinaciones analíticas (Recuento, Hb y Hto). En este caso la decisión de las facultativas fue la correcta pues tras la hemorragia no estaba indicado hacer la Oclusión Tubárica, ya que el riesgo de realizarla era mayor que el beneficio, pues ante un sangrado importante es prioritario por el riesgo vital para la paciente finalizar la intervención lo antes posible y posponer la Oclusión Tubárica a otro momento en el que no entrañe riesgo.

8. Que sobre las afirmaciones de la paciente de que el personal sanitario de quirófano y los facultativos de planta le dijeron que la estancia prolongada en quirófano lo fue porque le iban a practicar la ligadura de trompas y que el postoperatorio fue molesto por haber soportado dos intervenciones, no tiene ningún rigor, pues en la documentación clínica que maneja el personal sanitario no consta ningún acto quirúrgico distinto a la Cesárea, por lo que difícilmente el personal sanitario pudo informar en el sentido que afirma la paciente.

9. Que, sobre la afirmación de la paciente de que se enteró el 12 de enero de 2007, tras leer la copia de su historia clínica, que no se le había realizado la Ligadura de Trompas, concluimos que la paciente no leyó ni mostró en las revisiones posteriores el Informe Médico de Alta, en el que se describen todos los procedimientos médicos y quirúrgicos que se le realizaron y entre los que no figura la Ligadura de Trompas. Se le informó por la facultativo verbalmente, en el quirófano, ya que al utilizarse Anestesia Epidural ésta permite que la paciente se encuentre despierta y consciente, al no ser conveniente para su estado de salud realizar en ese momento la Ligadura de Trompas, y posteriormente por escrito al emitir el Informe Médico de Alta Hospitalaria que incluye todos los procedimientos médicos y quirúrgicos realizados a la paciente entre los que no figura la Ligadura de Trompas. (...)

11. Que no existe en su historial clínico ninguna consulta con los servicios de la sanidad pública referente al diagnóstico de su tercer embarazo ni a la IVE subsiguiente, que por decisión

*libre y voluntaria de la paciente se realiza en el ámbito de la sanidad privada, no existiendo por parte de la sanidad pública ningún tipo de denegación de asistencia sanitaria ni por acción ni por omisión, por lo que sin mediar siquiera solicitud de asistencia sanitaria no parece lógico que la sanidad pública deba asumir el costo económico de la asistencia sanitaria que podía haber prestado de haber sido demandada por la paciente.*

13. *Que no existe omisión en la prestación del servicio sanitario ofrecido, pues lo fue en el supuesto de si se daban las condiciones para realizarlo y al surgir la complicación durante la Cesárea de hemorragia uterina moderada, la facultativo con buen criterio para la salud de la paciente optó por posponer su realización en otro momento, e informó verbalmente a la paciente de que debía adoptar medidas anticonceptivas, y por escrito con la emisión del Informe Médico de Alta en el que se describen los procedimientos médicos y quirúrgicos realizados a la paciente y entre los que no aparece la Ligadura de Trompas”.*

**QUINTO.-** En escrito de 3 de abril de 2009, la compañía aseguradora del SMS expresa que los daños por los que se reclama indemnización no se encuentran cubiertos por la póliza que tiene suscrita con dicho Ente.

**SEXTO.-** Otorgado trámite de audiencia a los interesados, el 17 de abril de 2009 la reclamante presentó escrito en el que, en síntesis, señala que la denegación de la prueba testifical propuesta le causa indefensión. En cuanto al fondo, y por lo que se refiere a la decisión médica de no realizar la ligadura, indica que el protocolo quirúrgico expresa que el parto había transcurrido “*sin incidencias*” y sólo hacía referencia a un “*sangrado moderado*”, por lo que la hemorragia no era importante. Además, niega que, tras la cesárea, los facultativos le informaran verbalmente que no se le había realizado la ligadura y que debía seguir tomando anticonceptivos; y que, incluso en el caso de que sí se le hubiera informado, tal momento no era el adecuado, debiendo haber sido informada por escrito, sin que conste en la historia clínica la decisión de posponer dicha intervención. Añade que lo afirmado por la Inspección Médica en el sentido de que, al recogerse en el informe de alta médica los procedimientos realizados y no aparecer entre ellos la ligadura de trompas, ello significa que ésta no se había practicado, carece de lógica; y que se incumplió lo dispuesto en la Orden de 6 de septiembre de 1984, por la que se establecen los requisitos mínimos del informe de alta hospitalaria, documento que, en el apartado “*otros diagnósticos*”, debe recoger las complicaciones aparecidas, sin que en el informe de alta emitido se aluda a complicación alguna que hubiera justificado la no realización de la ligadura de trompas ni que constara la recomendación de seguir adoptando medidas anticonceptivas, vulnerando con todo ello su derecho a ser informada, incumbiendo a la Administración la carga de acreditar que fue debidamente informada.

En cuanto a los daños ocasionados y la pretensión indemnizatoria, insiste en lo expresado en su escrito inicial, añadiendo lo contenido en un adjunto informe de psicólogo sobre el estado que presentaba a consecuencia de los hechos ocurridos, que se concretaba en *"trastorno por estrés post-traumático y trastorno depresivo mayor"*.

**SÉPTIMO.-** Mediante oficio de 15 de noviembre de 2009, el órgano instructor solicitó nuevo informe al hospital de referencia sobre la visita médica a la paciente en la planta, tras el parto, a que se refiere la reclamante en su escrito inicial. A la vista de tal requerimiento se emite informe por dos Ginecólogas (distintas de las que intervinieron en el parto y cesárea realizadas a la paciente el día anterior) en el que expresan lo siguiente:

*"Las ginecólogas abajo firmantes (x, y) atendimos a x. durante su estancia en planta tras habersele practicado una cesárea por riesgo de pérdida de bienestar fetal de uno de sus gemelos el día 10-07-2006 en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca.*

*Referente a la realización o no de una ligadura tubárica durante la cirugía (cesárea) a la paciente y en lo que a nosotras respecta de nuestra relación con ella en la planta, exponemos que:*

*En todos los casos en los que se ha realizado una cirugía a una paciente ingresada, lo primero que hacemos al pasar visita es revisar el protocolo quirúrgico (documento en el que se recogen todos los gestos quirúrgicos practicados y que es redactado por el cirujano al acabar la intervención). Es por tanto imposible que nosotras informáramos de que se le había realizado una ligadura de trompas ya que no se encuentra recogido en dicho documento de la historia clínica.*

*Además, los cirujanos nunca nos referimos a "practicar dos intervenciones" como la paciente refiere, cuando queremos hacer referencia a varios procedimientos. Siempre hablamos de una única intervención en la que se pueden practicar múltiples procedimientos quirúrgicos.*

*Así mismo, todos los datos relevantes de la estancia hospitalaria y las actuaciones médicas realizadas a un paciente son recogidos en el informe clínico de alta que se le entrega a la paciente y en el que tampoco consta que se le realizara tal procedimiento. Por tanto no es lógico que ella "supusiera" que sí se le había realizado, puesto que no consta en dicho informe".*

**OCTAVO.-** Otorgado nuevo trámite de audiencia a los interesados, el 11 de marzo de 2010 la reclamante presentó escrito en el que, en lo sustancial, reitera las alegaciones contenidas en sus escritos previos.

**NOVENO.-** El 22 de marzo de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, acogiendo lo expresado en este sentido en el informe de la Inspección Médica del SMS y demás informes de los facultativos.

**DÉCIMO.-** En la fecha y por el órgano expresado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a la reclamante, por ser la que sufre los daños por los que reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia, una vez operado el correspondiente traspaso de competencias del INSALUD a aquélla.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción de reclamación, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, al reclamarse indemnización por determinados daños morales y materiales que se alegan derivados de un aborto realizado el 14 de diciembre de 2006, habiendo sido presentada la reclamación el 20 de marzo de 2007, por lo que no es necesario mayor análisis al respecto.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

Frente a las alegaciones de la reclamante sobre la denegación de la prueba testifical solicitada y la indefensión producida, debe señalarse lo siguiente. Por lo que se refiere a la pretendida declaración de los facultativos que atendieron a la reclamante, su testimonio sobre los aspectos puramente fácticos planteados por la interesada (si existió o no información verbal, facilitada inmediatamente después de la cesárea, sobre la no realización de la ligadura, y si otros facultativos aludieron o no a la existencia de tal intervención en la visita médica realizada posteriormente en planta), ya ha sido expresado en los informes emitidos al respecto, pudiendo así la reclamante, como efectivamente ha hecho, discrepar de lo manifestado por aquéllos, por lo que no puede hablarse de indefensión. Por lo que se refiere al testimonio de otras personas propuestas por aquélla (en concreto, el padre y la abuela de sus hijos recién nacidos), en relación con lo que pudieron haber manifestado las facultativas en la visita en planta, antes aludida, respecto de la realización de la ligadura, la relación familiar de tales testigos con la reclamante induce a pensar razonablemente que habrían ratificado las alegaciones de la reclamante, lo que debe ser tenido en cuenta por el órgano instructor, sin perjuicio, claro está, de la convicción probatoria del parecer de tales familiares frente a lo manifestado por las facultativas intervinientes en el informe reseñado en el Antecedente Séptimo, lo que es una cuestión distinta, que se abordará más adelante.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.**  
**Consideraciones generales.**

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación de éste ha de regirse por la denominada *“lex artis ad hoc”*, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *“lex artis”* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *“lex artis”*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del*

*saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”.*

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) (ello) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.*

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *“lex artis”* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *“lex artis”*, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la

Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Los daños por los que se reclama indemnización.**

Por lo que se refiere al presupuesto previo y necesario de la existencia de unos daños efectivos que puedan ser imputados al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales, la reclamante alega diversos conceptos a indemnizar, que deben ser analizados separadamente.

En lo referente a los daños psíquicos, consistentes en trastorno por estrés postraumático y trastorno depresivo mayor, derivados, según se alega, del aborto que tuvo que realizarse, su existencia y vinculación a dicha intervención se recoge en el informe, presentado en periodo de alegaciones para reforzar su pretensión indemnizatoria, emitido por un psicólogo privado a la vista, esencialmente, de lo manifestado por la interesada, incluyendo a tal efecto unas alegadas intenciones suicidas y sensaciones de culpabilidad por el indicado evento de las que nada se decía en el escrito inicial. Del informe se desprende, en todo caso, que los referidos trastornos no podrían considerarse una secuela en sentido estricto, es decir, como una dolencia permanente o estabilizada, sino referida a un periodo más o menos determinado en el que acusó los efectos incapacitantes o dolorosos propios de tal patología, lo que influye notablemente a los efectos indemnizatorios.

En cualquier caso, tales daños psíquicos parecen acumularse por la interesada, a estos efectos indemnizatorios, a los daños morales que alega (conceptualmente diferentes a los psíquicos en sentido estricto), cifrados en la angustia y trauma de quedar embarazada sin desearlo y tener que proceder a la interrupción voluntaria del embarazo; en este sentido, no puede negarse que esta clase de situaciones, de ser imputables a la Administración, generan una cierta clase de daño moral que merecería su resarcimiento económico, por más que su cuantificación fuera difícil.

Por lo que se refiere a los daños materiales consistentes en los gastos del aborto realizado en la sanidad privada, debe recordarse previamente lo señalado por este Consejo Jurídico en Dictámenes anteriores sobre casos análogos.

Así, desde el Dictamen 157/2004, de 29 de diciembre, este Consejo Jurídico viene estableciendo lo siguiente:

*“El supuesto que nos ocupa, es decir, el de daños físicos producidos por el funcionamiento de servicios públicos para cuya curación el interesado acude a la sanidad privada, en vez de al sistema público de salud al que tenía derecho por estar bajo la cobertura del sistema de Seguridad Social (...), ha sido abordado en diferentes ocasiones por el Consejo de Estado. Así, en su Dictamen de 5 de diciembre de 2000 (exp. 3098/2000), dicho Órgano Consultivo indicó lo siguiente:*

*“No procede indemnizar a la reclamante por los gastos médicos que ha realizado, fundamentalmente, porque, en su condición de funcionaria, tenía cobertura sanitaria pública, de tal manera que su legítima decisión de acudir a la sanidad privada en modo alguno puede implicar que la Administración deba soportar los gastos por tal motivo sufragados por la interesada.*

*Por lo demás, no consta que haya mediado urgencia vital (en cuyo caso debería haberse articulado la reclamación como un supuesto de reintegro de gastos), ni negativa injustificada al tratamiento en la sanidad pública, razón por la que la interesada debe asumir las consecuencias derivadas de su legítima decisión de acudir a la sanidad privada, pues otra solución implicaría en este caso que, a través del instituto de la responsabilidad, se estuviera incumpliendo la regulación legal relativa a los supuestos en los que, tratándose de personas con cobertura de la sanidad pública, procede abonar los gastos en la sanidad privada”.*

*En esta línea, en el Dictamen de 27 de noviembre de 2003 (Exp. 3322/2003), recordó que “debe dilucidarse si los gastos realizados en la medicina privada son asumibles por la Administración sanitaria o deben ser soportados por el propio interesado. Únicamente procedería el abono de tales gastos, a título de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, en el caso de error de diagnóstico o inasistencia en la sanidad pública, y a título de reintegro de gastos, en el caso de que la atención en la sanidad privada traiga causa de una “urgencia vital”, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”.*

Además, y como igualmente señalamos en el citado Dictamen 157/2004 y en el 50/2008 *“la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración causante de daños físicos no constituye título suficiente, ni existe base legal alguna que lo ampare, para que el lesionado tenga el derecho de elegir la medicina privada como instrumento para la curación de sus lesiones y se le resarza de los gastos ocasionados por ello, sino que debe acudir al sistema*

*sanitario público, y sólo tras una denegación o retraso asistencial indebidos o un error de diagnóstico, procede el resarcimiento de los gastos devengados por acudir después a la medicina privada. Tal planteamiento es, por lo demás, plenamente coherente con la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa, pues si el deber de resarcimiento de los daños causados por la Administración a un concreto ciudadano es un mecanismo de solidaridad de ésta (es decir, de la Comunidad de ciudadanos a la que representa) con aquél, es lógico que el mecanismo de reparación de los daños físicos sea el sistema sanitario público, esto es, el de Seguridad Social, que se nutre esencialmente, como es sabido, de la participación financiera solidaria del conjunto de los ciudadanos. Lo contrario, es decir, si los lesionados por causa imputable a la Administración pública pudieran elegir el sistema, público o privado, de asistencia sanitaria, no sólo se eludiría el régimen jurídico aplicable en materia sanitaria (que no excepciona, desde luego, los supuestos en que la demanda asistencial tenga su origen en una presunta responsabilidad patrimonial administrativa), sino que las obligaciones financieras para las Administraciones Públicas reclamadas serían, en muchas ocasiones, inasumibles”.*

Por lo que se refiere al presente caso, no puede aceptarse la pretensión resarcitoria sobre los gastos del aborto realizado en la sanidad privada, que se funda en que la interesada tuvo que acudir a ésta por la desconfianza que tenía en la sanidad pública a raíz del suceso previo, y por la incertidumbre que se le suscitaba sobre la fecha de una eventual práctica del aborto en el sistema público. Por una parte, no existe un fundamento sólido para desconfiar de la corrección de los servicios sanitarios públicos en la práctica de un eventual aborto por el hecho de que (en la hipótesis de aceptarse las alegaciones de la reclamante) no se le hubiere practicado previamente una ligadura de trompas debiendo haberse hecho, o porque no se le informase de la no realización de la misma, ya que se trata de cuestiones completamente distintas; por otra parte, no puede aceptarse tampoco como causa determinante para acudir a la sanidad privada la alegada incertidumbre por un eventual retraso en la práctica del aborto en la sanidad pública, porque éste nunca fue solicitado a la misma, como expresa el informe de la Inspección Médica del SMS. Por todo ello, los gastos sufridos en la sanidad privada fueron asumidos voluntariamente por la interesada, lo que es plenamente respetable en ejercicio de su libertad terapéutica, pero la inexistencia de una denegación de asistencia o retraso injustificado en el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios impide su resarcimiento por la Administración.

**QUINTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que se reclama indemnización. Inexistencia.**

A la vista de las alegaciones de la reclamante, las imputaciones relativas a un anormal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales pueden sistematizarse así:

I. En primer lugar, en un orden lógico, y frente a la correspondiente alegación de la reclamante, debe decirse que el hecho de que la paciente no hubiera revocado el consentimiento prestado para la ligadura de trompas no da lugar sin más a una denegación u omisión indebidas de tal intervención, pues la prestación del consentimiento no impide la posibilidad de una fundada decisión de los médicos de no realizar la intervención de que se trate, ya que tal consentimiento opera como la remoción de un obstáculo para la válida realización de determinadas actuaciones sanitarias, pero no es propiamente una orden al médico (a lo sumo, en la medicina satisfactiva tal consentimiento puede operar como una mera petición, vid. STS, Sala 3ª, de 3 de octubre de 2000), el cual puede, por la naturaleza propia de las actuaciones sanitarias, apreciar circunstancias que justifiquen más tarde la no realización de la intervención, especialmente si perjudican la salud del paciente y éste no las ha asumido previa y conscientemente; esta eventualidad, por lo demás, se suele hacer constar en los documentos de consentimiento informado, como sucede en el caso del que firmó la interesada para la intervención de referencia, como indican los informes emitidos.

II En segundo lugar, la reclamante cuestiona la actuación sanitaria desde una perspectiva material, considerando contraria a la *“lex artis ad hoc”* la decisión de posponer la intervención de ligadura de trompas (oclusión tubárica), pues considera que, si tal decisión sólo se justifica en casos de hemorragia importante en la paciente, según expresan los propios facultativos actuantes, el sangrado de la paciente en la cesárea fue *“moderado”* según la historia clínica, y que la intervención se desarrolló *“sin incidencias”*, por lo que, tras la cesárea, debía haberse realizado la ligadura de trompas.

A tal efecto debe decirse que el informe de la Inspección Médica ratifica los datos antes consignados de la historia clínica, pero también confirma la corrección de las ginecólogas actuantes en el sentido de posponer la ligadura de trompas ante la hemorragia advertida; nada cabe objetar a tal parecer médico, no sólo por la ausencia de parecer técnico en contra (ningún informe al respecto es aportado por la reclamante), sino porque, más allá de la mayor o menor exactitud que pudiera achacarse a la expresión *“intervención sin incidencias”* (que pudiera ser entendida como referida a incidencias de especial gravedad para la salud de la madre o los hijos, que no los hubieron), existe un indeclinable margen de actuación del médico actuante, que viene regida por criterios de prudencia, en la apreciación *“in situ”* de la entidad de las circunstancias concurrentes en cada caso, aquí la hemorragia en cuestión, a los efectos de realizar o no seguidamente otra intervención, como es la ligadura de trompas, que no era perentoria ni urgente y que, de practicarse, podía poner en peligro innecesariamente la salud de la paciente. De las decisiones médicas adoptadas en el caso se infiere que la calificación dada a la hemorragia o sangrado como *“moderado”* responde a la intención de indicar que el mismo no tenía entidad suficiente para poner

por sí mismo en peligro la salud de la paciente, siendo a la vez perfectamente admisible que tal hemorragia sí fuera relevante para justificar la no realización de la ligadura de trompas, como se deduce del parecer de las facultativas actuantes y de la Inspección Médica; los análisis realizados en el postoperatorio confirman la notable pérdida de sangre en la cesárea, según se indica en el informe de las facultativas actuantes y no se rebate por la interesada, cuyo estado tras la misma – débil-, según la historia clínica, ahonda en la convicción sobre el acierto de la decisión tomada, debido a los riesgos que una segunda (y en ningún caso urgente) intervención podía entrañar.

Por todo ello, no puede aceptarse la existencia de infracción a la *“lex artis ad hoc”* que se denuncia.

III. Por último, se imputa a los servicios sanitarios públicos un defecto u omisión de su deber de informar a la paciente del hecho de haberse pospuesto la ligadura de trompas, lo que le indujo a error sobre su estado de fertilidad; se alega que los médicos de planta aludieron a la realización de dos intervenciones, lo que, unido al hecho de haber suscrito en su momento el documento de consentimiento para realizar tal intervención, la reclamante consideró que la misma se le había efectivamente practicado, y que la posteriormente comprobada ausencia de tal intervención le impidió conseguir la limitación de la fertilidad que conlleva dicha técnica anticonceptiva (limitación que es importante en términos estadísticos, pero no absoluta, según se indica en el documento de consentimiento informado), incrementando así correlativa y notablemente las posibilidades de un nuevo embarazo, el cual se materializó, con los alegados perjuicios por los que reclama. A ello debe responderse lo siguiente.

En primer lugar, y por lo que atañe al significado y alcance del hecho haber prestado y no revocado el consentimiento para la ligadura de trompas, debe reiterarse lo dicho en el epígrafe I anterior sobre la improcedencia de considerar que el mero hecho de suscribir un documento de consentimiento informado para una intervención, aun extendiéndose poco antes de la misma, implique *“per se”* que ésta se deba realizar en todo caso, ni que con la suscripción de dicho documento haya de presumirse su realización, y ello por contener éste, a lo sumo, una petición de asistencia sanitaria, sujeta su realización a las eventualidades que puedan aparecer posteriormente, de modo muy especial si se trata, como la intervención de ligadura de trompas, de una actuación sanitaria satisfactiva y no necesaria. Ello es algo que el interesado tiene el deber de saber y asumir, así como que, para tener por realizada una intervención quirúrgica (aparte los casos en que ello sea evidente), tal hecho debe ser consignado por los servicios médicos; puede aceptarse que existan casos en que esto no se haya cumplimentado de un modo expreso y formal, pero es imprescindible en todo caso que la realización de tal intervención se extraiga de un modo

concluyente de las circunstancias concurrentes, sin dar lugar a dudas, pues de no ser así no podrá presumirse su existencia, por las razones indicadas.

A partir de lo anterior, y por lo que se refiere al supuesto planteado, deben ser enjuiciados tres hitos o momentos relevantes para determinar el alcance de la información suministrada por los servicios médicos sobre la ligadura de trompas de que se trata: a) la posible información verbal dada a la paciente inmediatamente después de la cesárea; b) la visita efectuada en la planta del hospital por parte de las facultativas encargadas; y c) el informe de alta hospitalaria.

A) En el informe emitido sobre la reclamación por las facultativas intervinientes en la cesárea practicada a la paciente, manifiestan que, tras finalizar la misma, se le informó verbalmente de la no realización de la ligadura y se le indicó que, en consecuencia, debía seguir utilizando anticonceptivos hasta la realización de tal intervención; ello es negado por la interesada en sus escritos. La realidad de tal información, aun no descartando la verosimilitud de la misma, no puede afirmarse con la necesaria convicción, dada la falta de constancia en la historia clínica de cualquier referencia a este hecho, e incluso por la falta de constancia en ella de la decisión misma de no realizar la prevista intervención, y sin que, en sustitución de tal elemento probatorio, existan circunstancias indiciarias de las que se pueda deducir fundadamente y con la suficiente convicción la realidad de lo afirmado por las indicadas facultativas.

B) Por lo que se refiere a lo alegado por la reclamante en el sentido de que, en la posterior visita médica realizada en planta por determinadas facultativas, éstas aludieron a la realización de dos intervenciones (cesárea y ligadura) para explicar el malestar que entonces tenía la paciente (con el consiguiente convencimiento de ésta de que la ligadura se había efectivamente realizado), no puede darse por cierto tal hecho. En este punto hay que remitirse a lo informado por dichas facultativas, distintas de las intervinientes en la cesárea, en el sentido de que si la práctica de tal ligadura no constaba en la historia clínica (como así resultaba), difícilmente podían haber aludido a su realización, lo que es plenamente verosímil; frente a ello no pueden prevalecer las meras afirmaciones de la interesada o de sus familiares, por razones obvias.

C) A la vista de lo anterior, el análisis de la cuestión debe centrarse en el alcance del documento previsto en el ordenamiento jurídico para informar al paciente, por escrito y con la necesaria constancia, de la asistencia prestada durante el ingreso hospitalario de que en cada caso se trata (aparte los documentos de consentimiento, se entiende), consistente en el documento de alta hospitalaria, que debe entregarse al interesado. A los efectos que aquí importan, no cabe duda de que en tal documento deben consignarse necesariamente, entre otros extremos, los procedimientos quirúrgicos realizados al paciente, resultando que en el documento entregado a la

reclamante no se hace referencia a más intervención que a la cesárea practicada, ni se consigna dato o mención alguna que pudiera sugerir la realización de la ligadura de trompas. A partir de ello se plantea si, a la vista de dicho informe de alta, la reclamante debía entender que se le había realizado esta última intervención, a lo que ha de contestarse negativamente por las razones antes expresadas, es decir, porque el paciente tiene el deber de conocer y asumir que el mero hecho de suscribir un documento de consentimiento informado para una intervención ni implica “*per se*” que ésta deba realizarse en todo caso, ni con su suscripción se debe presumir sin más su realización, por contener éste, a lo sumo, una petición de asistencia sanitaria, sujeta su realización a las eventualidades que puedan aparecer posteriormente, especialmente tratándose la ligadura de trompas del caso de medicina satisfactiva a realizar después de la cesárea, que era la intervención primordial, de carácter necesario y urgente, por lo que, para tener por realizada la ligadura ello debía haber sido indicado por los servicios médicos de un modo inequívoco, sin que en el presente caso existan circunstancias concluyentes que permitieran a la interesada tener por cierta la realización de la citada intervención, cuando el motivo principal del ingreso hospitalario fue el parto y, luego, la cesárea urgente que se practicó, y porque, como se ha dicho, nada se consignó en el informe de alta sobre la realización de una ligadura de trompas.

Cuestión distinta es que, a la vista de las circunstancias concurrentes, la reclamante pudiera haber pensado que el alta médica adolecía de un error de omisión por no consignar la realización de la ligadura, en cuyo caso, y por un elemental sentido de la prudencia, dada la índole del asunto, hubiera debido dirigirse al servicio competente en demanda de aclaración, que hubiera ratificado la inexistencia de tal intervención, situación esta última de la que la interesada debía de partir a la vista del alta emitida, y no a obrar sin más como si aquélla se hubiera realizado ni, por tanto, a considerarse infértil (dentro de la efectividad antes indicada de dicha técnica). Lo relevante a los efectos de la responsabilidad patrimonial de que ahora se trata es, como se ha dicho, que con el contenido del alta hospitalaria tal y como se emitió por la Administración, que es la única información que puede considerarse que se transmitió a la interesada de modo indubitado, ésta en modo alguno podía tener por realizada la tan repetida intervención y, en consecuencia, no debía haber obrado en su actividad sexual posterior como si aquélla se le hubiere realizado, sino, a lo sumo, si tenía dudas al respecto visto el informe de alta, solicitar las oportunas aclaraciones al centro hospitalario; por ello, los daños por los que reclama, derivados del embarazo en cuestión, han de ser imputados a su propia conducta y no a la Administración sanitaria.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** No concurre la adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización que es jurídicamente necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen. En consecuencia, la propuesta de resolución de referencia, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 08-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 17/01/2011

**Extracto doctrina**

Sólo en el caso de que se produzca una infracción de la “lex artis” responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 14 de febrero de 2007 x. presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida al Servicio Murciano de Salud (SMS) en el que, en síntesis, manifiesta que el 21 de febrero de 2006 fue intervenido en el hospital “Los Arcos” de exéresis de ojo derecho; ante las continuas molestias que padeció posteriormente en dicho ojo, acudió a una clínica privada, en la que le diagnosticaron blefaritis mixta bilateral y recidiva de pterigium en ojo derecho. Considera que las molestias en dicho ojo, acrecentadas tras la referida operación, son imputables a la misma, denunciando además una falta de información previa sobre sus posibles consecuencias. Por todo ello reclama indemnización, en la cuantía que determinaría en un momento posterior.

**SEGUNDO.-** Con fecha 14 de marzo de 2007 el Director Gerente del SMS dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, que fue notificada a las partes interesadas. Asimismo, en tal fecha se solicitó al referido hospital la historia clínica del reclamante y el informe de los profesionales que lo atendieron.

**TERCERO.-** Mediante oficio de 24 de abril de 2007, el referido hospital remitió copia de la historia clínica del reclamante e informe de 16 de abril de ese año del Dr. x, especialista del Servicio de Oftalmología de dicho hospital, en el que manifiesta lo siguiente:

*“El 21-02-06 fue intervenido en el Hospital Los Arcos de Santiago de La Ribera x. de pterigium ojo derecho, de forma habitual y sin complicaciones.*

*El pterigium es una membrana procedente de la conjuntiva que invade parte de la córnea y que no afecta a la visión y que se presenta en individuos con exposición a la luz solar intensa, al viento, etc.*

*La frecuencia de recidivas es mayor del 50% de los operados, sea cual sea la técnica operatoria y el tratamiento aplicado, O sea, que a más de la mitad de los operados les vuelve a reaparecer el pterigium.”*

**CUARTO.-** Obra en el expediente un dictamen médico de fecha 29 27 de septiembre de 2009 aportado por la compañía aseguradora del SMS en el que, formular las oportunas consideraciones médicas, concluye:

*"1. El paciente padecía un pterigium, fue incluido en la Lista de Espera Quirúrgica e intervenido quirúrgicamente, sin describirse complicaciones, según informan los médicos intervinientes.*

*2. Los síntomas característicos del pterigium son quemazón, irritación, lagrimeo y sensación de cuerpo extraño. Además, se puede inducir un astigmatismo irregular que cause disminución de la visión.*

*3. La cirugía de pterigium no asegura, en ningún caso, que dicho pterigium no pueda volver a aparecer con el paso del tiempo (recidiva), ni que el paciente permanezca sin ninguna molestia después de la cirugía.*

*4. En este caso, el paciente muy posiblemente ya tenía molestias antes de la cirugía (tenía un pterigium), que al parecer no mejoraron a pesar de extirpar el pterigium quirúrgicamente.*

*5. Además, el pterigium recidivó pocos meses después, hecho que es frecuente, y no implica negligencia o mala praxis”.*

**QUINTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, lo emitió el 28 de enero de 2010, formulando, entre otras, las siguientes conclusiones:

*"1. x. fue intervenido el 21/2/2006 de pterigium de OD según la prioridad programada. Transcurriendo la intervención sin complicaciones.*

2. *Tras la intervención se alega que persisten las molestias oculares que sucede al recidivar la patología en OD, tener pterigium en OI y Blefaritis en ambos ojos, nada de ello tiene que ver con la cirugía propiamente dicha.*

3. *El paciente firmó junto al cirujano la conformidad con la intervención, es imposible garantizar la no recidiva de pterigium tras su exéresis, ocurre entre el 20 y el 40% con las técnicas convencionales".*

**SEXTO.-** Con fecha 17 de febrero de 2010 se acuerda la apertura de un trámite de audiencia y vista del expediente para los interesados, sin que conste que se hayan presentado alegaciones.

**SÉPTIMO.-** El 4 de mayo de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que no existe la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización que es jurídicamente necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, a la vista de los informes emitidos.

**OCTAVO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al reclamante, por ser quien sufre los daños por los que reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia, una vez operado el correspondiente traspaso de competencias del INSALUD a la Administración regional.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción de reclamación, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.**  
**Consideraciones generales.**

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación de éste ha de regirse por la denominada *“lex artis ad hoc”*, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *“lex artis”* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *“lex artis”*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) (ello) supone tomar*

*en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.*

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la “*lex artis*” responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la “*lex artis*”, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Inexistencia.**

El reclamante imputa al funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y, en concreto, a la intervención quirúrgica realizada el 21 de febrero de 2006 en el hospital “Los Arcos” para la extirpación de un pterigium en su ojo derecho, las molestias que con posterioridad a dicha intervención vuelve a tener en dicho ojo, habiendo sido diagnosticado en una clínica privada de blefaritis mixta bilateral y de recidiva del pterigium, fundando su pretensión indemnizatoria en que previamente a la referida intervención no se le informó de las consecuencias de la misma.

De las referidas imputaciones se extrae que el reclamante considera que las referidas molestias y la recidiva del pterigium ocular son riesgos, complicaciones o secuelas derivadas de la intervención realizada en el referido hospital público, y que, al no haberle sido aquéllas informadas previamente a tal intervención, existió un anormal funcionamiento o mala praxis de los servicios sanitarios en lo que respecta a sus obligaciones en materia de consentimiento informado. Sin embargo, los informes emitidos ponen de manifiesto con toda claridad que la recidiva del pterigium ocular (responsable de las molestias que padece) no es en modo alguno una complicación o secuela de la cirugía realizada (que resultó satisfactoria porque consiguió la adecuada extirpación del pterigium entonces existente), sino que tal recidiva tiene su causa en la propia naturaleza de la patología que padece el reclamante, que es susceptible de reaparecer aun cuando la lesión previa se hubiera extirpado con corrección, aspecto éste último sobre el que nada se ha objetado. Quiere decirse, pues, que el daño por el que se reclama se debe a un hecho sobrevenido a la intervención de referencia, y está desconectado casualmente de la misma, ya que la reaparición de la mencionada patología es por causa de su propia naturaleza, y no por la asistencia sanitaria previamente dispensada.

De lo anterior ha de concluirse necesariamente que, al no tratarse la indicada recidiva del pterigium de un riesgo, complicación o secuela propia de la intervención realizada, sino de una eventualidad ajena a la misma, no existía ninguna obligación informativa previa al respecto, por lo que no puede admitirse que existiera una mala praxis formal o derivada de un eventual incumplimiento de las obligaciones médicas relativas al consentimiento informado del paciente sobre la intervención quirúrgica de referencia.

En consecuencia, al no concurrir la mala praxis denunciada, y de conformidad con lo razonado en la Consideración precedente, no existe la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y el daño por el que se reclama que es

jurídicamente necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por lo que debe desestimarse la reclamación dictaminada.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No existe la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y el daño por el que se reclama que es jurídicamente necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación de referencia, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 09-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 17/01/2011

**Extracto doctrina**

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 5 de junio de 2007, x., actuando en nombre y representación, de x, y, z..., presentó un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS) en el que solicita una indemnización de 200.000 euros por los daños morales causados por el fallecimiento de la esposa y madre de sus representados, x., a consecuencia, según alega, de la defectuosa asistencia sanitaria que se le dispensó en el hospital “Rafael Méndez” de Lorca. En síntesis, expresa que el 18 de abril de 2005 dicha señora acudió al Centro de Salud Lorca-Centro al encontrarse indispuesta y sentir dolor, fatiga y opresión en el pecho, desde donde se la remitió al Servicio de Urgencias del citado hospital. Una vez allí, se le prescribieron varias pruebas médicas (analíticas, electrocardiograma y radiografía de tórax), que evidenciaron valores normales, por lo que se decidió repetirlas varias horas después. Señala que cuando se repitieron las citadas pruebas, la paciente manifestó a la facultativa que se las prescribió que los síntomas iniciales de dolor, fatiga y opresión en el pecho habían aumentado, a pesar de lo cual se le dio el alta médica ese mismo día, sin diagnóstico, y se le recomendó que guardara reposo. Al día siguiente por la mañana, transcurridas apenas 14 horas del alta, la paciente fue encontrada muerta en su domicilio a consecuencia de una insuficiencia cardíaca aguda, según concluyó el informe de la autopsia practicada.

En opinión de los reclamantes, hubo un anormal funcionamiento en el servicio médico que se le prestó a x, por error u omisión en el diagnóstico, pues a la vista de su sintomatología, se la debió ingresar en una unidad coronaria, o al menos, en una unidad de vigilancia, durante las veinticuatro horas siguientes y ser atendida por un especialista en cardiología y que el no hacerlo

impidió advertir la enfermedad y su gravedad, y contribuyeron a la producción del daño desproporcionado e irreparable que fue el fallecimiento de la paciente.

A fin de depurar posibles responsabilidades penales, los reclamantes formularon denuncia ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Lorca, tramitada mediante Diligencias Previas nº 705/05, que concluyó con el sobreseimiento libre de las actuaciones y archivo de las mismas. Al escrito de reclamación acompañaron copia del certificado de defunción, informe de autopsia de 19 de abril de 2005 y auto de sobreseimiento libre y archivo de las referidas diligencias, de 19 de febrero de 2.007.

**SEGUNDO.-** El 19 de julio de 2007 el Director Gerente del SMS dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, la cual fue notificada a las partes interesadas. Asimismo, en tal fecha se solicitó a la Gerencia de Área III, de Lorca, copia de la historia clínica de la paciente, tanto en Atención Primaria como en Atención Especializada, e informes de los facultativos que la atendieron, así como copia de las referidas diligencias penales, al órgano judicial correspondiente.

**TERCERO.-** Desde la Gerencia de Área III, de Lorca se remitió informe de 5 de septiembre de 2007, del facultativo de Atención Primaria que asistió a la paciente, en el que indicó lo siguiente:

*“Reconocida por mi x. el día 18 de abril de 2005, le aprecié un cuadro de insuficiencia respiratoria así como dolor torácico inespecífico, mandándola inmediatamente con un P-10 urgente, al Hospital Rafael Méndez de Lorca”.*

Asimismo, desde el hospital *“Rafael Méndez”* se remitió copia de la historia clínica de la paciente, así como dos informes de los facultativos que la asistieron.

El primero de ellos, de 3 de diciembre de 2007, emitido por la doctora x, facultativa del Servicio de Urgencias que primero asistió a la paciente, expresa lo siguiente:

*“Con fecha dieciocho de abril del año 2005, a las 12:28 horas, ingresa en el Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez de Lorca la x. remitida por su médico de atención primaria y con motivo de consulta de dolor torácico.*

*Tras valoración por médico de triaje, la paciente es conducida de forma inmediata al box de reconocimiento para iniciar su asistencia por la Dra. x, con nº de colegiada x.*

*La paciente manifiesta cuadro de dolor centro torácico irradiado a abdomen y brazo derecha, de características inespecíficas sin cortejo vegetativo acompañante, y de unas dos horas de duración. De igual forma, la paciente refiere que sufrió un cuadro similar el día anterior y que había durado toda la mañana.*

*A la exploración la paciente se encuentra asintomática y no se produce ningún hallazgo significativo como se reseña en la historia clínica, excepto dolor a la presión en el tercio distal de esternón similar, según refiere la paciente, al sufrido en el episodio de dolor por el que consulta.*

*Tras la exploración, se solicitan como pruebas complementarias electrocardiograma, bioquímica, que incluye enzimas cardíacas, hemograma, coagulación, y RX de tórax. En espera de los resultados, la paciente se mantiene en observación, en sala de cuidados medios, y se le informa de que si presentara nuevo episodio de dolor deberá comunicarlo inmediatamente.*

*Siendo los resultados de las pruebas complementarias normales, se informa a la paciente de dichos resultados, así como de la necesidad de su permanencia en observación a fin de repetir las pruebas (enzimas cardíacas y electrocardiograma) según protocolo, pese a que durante todo el tiempo de permanencia en observación la citada paciente permanecía asintomática.*

*A las 15:00 horas y en espera de repetir las pruebas con anterioridad iniciadas, finaliza el turno laboral de la Dra. x, haciéndose responsable de la citada paciente, que continúa en la sala de cuidados medios bajo observación, la Dra. x, que a su vez inicia su turno laboral”.*

Con la misma fecha emite informe la citada facultativa, expresando lo siguiente:

*“El día 18 de abril de 2005, sobre las 15:00 horas, con motivo del inicio de la jornada laboral de la Dra. x, se asume la asistencia de la paciente x., atendida previamente por la Dra. x, por el mismo motivo de consulta de dolor torácico, tras obtener primeros resultados "normales" de electromiografía, bioquímica, que incluye enzimas cardíacas, hemograma, coagulación y RX de tórax, y pendiente de un segundo control analítico (enzimas cardíacas y electrocardiograma).*

*Tras obtenerse los resultados de las pruebas anteriormente citadas, dentro de las límites de la normalidad, y permaneciendo la paciente asintomática desde su ingreso en la Unidad de Urgencias, se diagnostica de dolor torácico atípico, siendo alta a su domicilio y control por su médico de atención primaria”.*

**CUARTO.-** El Juzgado de Instrucción nº 2 de Lorca remitió copia de las Diligencias Previas, tramitadas en el procedimiento abreviado nº 705/2005. Resulta de interés referir los siguientes documentos incluidos en las citadas Diligencias:

- El informe de autopsia de 19 de abril de 2005, del que se extrae lo siguiente:

**“V. CONSIDERACIONES MÉDICO-LEGALES**

*Los hallazgos de la autopsia son compatibles con una muerte de origen natural secundaria a insuficiencia cardiaca aguda (cor pulmonale), que asienta sobre una patología cardiaca crónica que se encontraba compensada clínicamente, como se aprecia por las pruebas practicadas que contrastan con los hallazgos macroscópicos patológicos hallados en la autopsia, compatibles con una patología crónica cardiaca asintomática”.*

En sus conclusiones, el informe reitera estas apreciaciones, cifrando la muerte entre las 7 y las 7.20 horas del 19 de abril de 2005.

- El informe del Servicio de Histopatología del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, Departamento de Madrid, de 3 de junio de 2005, en el que se formula la siguiente conclusión:

*“En las muestras remitidas no se ha encontrado patología que explique el fallecimiento inesperado de esta mujer, que probablemente se ha producido por una arritmia cardiaca. Se podría suponer que los pequeños focos de Miocarditis pudieran desencadenarla, pero también sabemos que existen muertes súbitas por síndromes arrítmicos que ocurren en corazones estructuralmente normales. La Miocarditis es tan mínima e intersticial que no podría haber causado elevación de las enzimas cardiacas”.*

- El informe de la médico forense, de 7 de noviembre de 2006, refiriéndose a la asistencia sanitaria dispensada en el Servicio de Urgencias el día anterior al fallecimiento, expresa lo siguiente:

*“En las exploraciones complementarias practicadas (Radiografía de torax, Electrocardiograma y analítica con prueba específica para enzimas cardiacas, troponina), además de la exploración clínica (constantes vitales y exploración cardiorrespiratoria), no presentaba alteraciones compatibles con isquemia cardiaca aguda o fracaso cardiorrespiratorio que indicase otra conducta terapéutica distinta a la practicada por los facultativos que la asistieron. El*

*fallecimiento ocurre transcurrido unas horas por causa cardíaca que no se refleja en la exploración practicada.*

*No se aprecia mala praxis médica en las actuaciones de los facultativos que asistieron a la informada”.*

- El Auto del referido Juzgado, de 19 de febrero de 2007, de sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones, expresa, entre otras consideraciones, lo siguiente:

#### *FUNDAMENTOS DE DERECHO (...)*

*SEGUNDO.- En el caso de autos, consta en las conclusiones del médico forense x. que no se aprecia mala praxis médica en las actuaciones de los facultativos que atendieron a la fallecida, y que en las exploraciones complementarias practicadas, y analítica, además de exploración clínica, no presentaba alteraciones compatibles con isquemia cardíaca aguda o fracaso cardiorrespiratorio que indicasen otra conducta terapéutica distinta a la practicada por las facultativas que la asistieron.*

*Por todo lo expuesto, procede el sobreseimiento libre y el archivo de las actuaciones, y ello sin perjuicio de las responsabilidades que en el orden civil, en el ámbito extracontractual, pudieran derivarse de la actuación de los facultativos en la prestación de la obligación de medios, y no de resultado, que les incumbe, o frente al organismo autonómico gestor de la sanidad pública por posibles deficiencias asistenciales en el funcionamiento de sus instituciones, a ventilar en el orden jurisdiccional contencioso administrativo”.*

**QUINTO.-** *Obra en el expediente un dictamen médico de 20 de diciembre de 2009, aportado por la compañía aseguradora del SMS, en el que tras formular las oportunas consideraciones médicas sobre manejo del dolor torácico no traumático y la muerte súbita cardíaca, concluyó que la asistencia dispensada a la paciente fue adecuada y conforme a “la lex artis”.*

**SEXTO.-** *Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 25 de enero de 2010, del que se destaca lo siguiente:*

#### *JUICIO CRÍTICO*

*“En el caso de x, de 49 años, el dolor torácico era inespecífico, sin otros signos que lo acompañaran, a la exploración se constata dolor a la presión en 1/3 distal de esternón, similar*

*según refería la paciente al sufrido en el episodio de dolor por el que consultaba. Se hizo el ECG, que resulto irrelevante. Como factores de riesgo presentaba la dislipemia y la complexión obesa, según la bibliografía estos datos colocan a la paciente en una categoría de probabilidad intermedia de síndrome coronario agudo. Por lo se pasó a realizar Rx de tórax para descartar otras patologías y los marcadores bioquímicas que, al resultar normal, se repitieron; las enzimas cardíacas pasadas unas horas siguieron dentro de la normalidad. Todo ello permitía descartar el síndrome coronario agudo, la impresión diagnóstica fue de dolor torácico, remitiendo a la paciente a su domicilio.*

*Como hemos visto en las consideraciones médicas, la muerte súbita puede darse en un paciente con enfermedad previa conocida o sin ella, como en ese caso, pero en el que el momento y la forma de la muerte son totalmente inesperados. En el estudio anatómico forense no se encuentra patología que explique el fallecimiento, probablemente producido por una arritmia, que sabemos se producen en corazones estructuralmente normales.*

### CONCLUSIONES

*1. x, de 49 años, es derivada el día 18/04/05 por su medico de Familia al Hospital Rafael Méndez de Lorca, por un dolor centro torácico, siguiendo la actuación de los facultativos todos los pasos diagnósticos recomendados en la mayoría de los protocolos para el dolor torácico y descartar síndrome coronario agudo u otra patología urgente, por lo que fue remitida a su domicilio, donde fallece entre las 7 y 7:20 horas.*

*2. Los hallazgos de la autopsia fueron compatibles con una muerte de origen natural secundaria a insuficiencia cardíaca aguda (cor pulmonale) que asienta sobre una patología cardíaca crónica que se encontraba compensada clínicamente, como se aprecia por las pruebas practicadas.*

*3. Por todo ello encontramos que la actuación de los profesionales en Urgencias fue ajustada a una práctica médica correcta y no se pudo preveer la muerte”.*

**SÉPTIMO.-** Otorgado trámite de audiencia y vista del expediente a los interesados, el 8 de abril de 2010 los reclamantes presentaron escrito de alegaciones, en el que cuestionan la objetividad del informe presentado por la compañía aseguradora y el emitido por la Inspección Médica del SMS y reiteran lo expuesto en su escrito de reclamación inicial sobre la infracción de la “lex artis”, vista la sintomatología de la paciente, y sobre la falta de preparación de los facultativos intervinientes, añadiendo que, sin existir negligencia médica, sí existe responsabilidad de la Administración, pues el día anterior la paciente fue atendida en el mismo servicio de urgencias por

un dolor similar; también cuestiona lo expresado por la autopsia sobre la hora del fallecimiento, afirmando los interesados que fue sobre las 2 de la madrugada, con lo que el fallecimiento sucedió apenas ocho horas (y no catorce) después de acudir al referido hospital.

**OCTAVO.-** El 29 de abril de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; e síntesis, por considerar, a la vista de los informes emitidos, que no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización.

**NOVENO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a los reclamantes, por ser quienes sufren los daños morales derivados del fallecimiento de su esposa y madre, por los que reclaman indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia, una vez operado el correspondiente traspaso de competencias del INSALUD a la Administración regional.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción de reclamación, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de

las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.**  
**Consideraciones generales.**

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que

el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación de éste ha de regirse por la denominada *“lex artis ad hoc”*, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *“lex artis”* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *“lex artis”*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) (ello) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la “*lex artis*” responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la “*lex artis*”, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Inexistencia.**

Los reclamantes imputan el fallecimiento de su familiar al anormal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios de urgencias del hospital “*Rafael Mendez*”, por cuanto consideran que existió mala praxis médica en la atención dispensada a la paciente, al afirmar que, a la vista de su sintomatología, debió haber quedado ingresada durante al menos 24 horas en una unidad de vigilancia hospitalaria y ser atendida por un especialista en cardiología, lo que no sucedió. A la vista

de que los informes de los facultativos que informaron en las diligencias penales concluyeron que en la atención dispensada no concurrió mala praxis médica (aun cuando en la denuncia entonces formulada se expresaban esencialmente las mismas imputaciones que ahora se reproducen en vía administrativa), los reclamantes afirman ahora que, aunque en el caso no exista negligencia médica, existe responsabilidad de la Administración, pero sin aportar razonamiento alguno que permita discernir cómo sería ello posible en el presente caso. La explicación de tal falta de razonamiento es que, por la naturaleza de los hechos, la apreciación de ausencia de mala praxis médica realizada en la vía penal es perfectamente extensible en esta vía administrativa, pues lo imputado a los servicios sanitarios de urgencias en una y otra sede (que no se atendiera a la paciente por especialista en cardiología y que no se la mantuviera ingresada al menos 24 horas) constituye una apreciación propia de la praxis o ciencia médica, pues sólo los facultativos pueden determinar, a la vista de las circunstancias del caso, si era necesario, según la *“lex artis ad hoc”*, que hubieran procedido en su momento como estiman los reclamantes una vez que ha acontecido el imprevisible y desgraciado suceso, sin tener sus alegaciones apoyo en informe médico alguno; todo ello frente al parecer unánime, en sentido contrario al de los interesados, de todos los informantes en el procedimiento, después de analizar pormenorizadamente los informes que en cada caso les precedían, la sintomatología de la paciente y las características del dolor torácico no traumático y la muerte súbita cardíaca.

Añaden los reclamantes a lo esencialmente alegado en la vía penal que la responsabilidad médica existe porque la paciente fue atendida por los mismos servicios de urgencias ya el día anterior al 18 de abril de 2005 en que sin duda acudió al referido hospital (apartado 3º de su escrito final de alegaciones), pero ello no aconteció, como es de ver en la documentación obrante en el expediente. Tampoco se acredita lo afirmado por los reclamantes en el sentido de que la paciente indicara a los facultativos, con ocasión de la repetición de las pruebas que se le realizaron, que los dolores torácicos le habían aumentado, sino que, al contrario, en la historia clínica se hace constar que durante ese tiempo la paciente permaneció asintomática (como cuando después se le dio el alta). Asimismo, tampoco desvirtúa lo dicho anteriormente sobre la corrección de la praxis médica la afirmación de los reclamantes, frente a lo informado por la autopsia sobre la hora del fallecimiento, de que éste sucedió unas horas antes de lo expresado por aquella (y, por tanto, con menos tiempo transcurrido desde su alta en el referido servicio de urgencias), pues los razonamientos de los informes concluyen en la corrección médica del alta expedida a la paciente, a la vista entonces de las pruebas realizadas y de la ausencia total de sintomatología cardíaca.

En consecuencia con todo lo expuesto, y a la vista de lo expresado en la Consideración Tercera del presente Dictamen, no concurre la adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y el daño por el que se reclama indemnización

que es jurídicamente necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional. Por tanto, procede desestimar la reclamación de referencia.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No concurre la adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y el daño por el que se reclama indemnización, que es jurídicamente necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación de referencia, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 10-2011

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 16/2003, de 7 de marzo, por el que se crea y regula la composición y funciones del Consejo Asesor Regional de Formación Profesional.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	24/01/2011

### Extracto doctrina

No cabe oponer ninguna objeción al Proyecto dictaminado desde la perspectiva competencial externa de la Comunidad Autónoma, ni desde la norma que le sirve de marco legal habilitante, la antes citada Ley 9/1985

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 24 de abril de 2009, la Dirección General de Formación Profesional y Educación de Personas Adultas formuló un informe-memoria justificativo de la necesidad de aprobar una modificación del Decreto regional nº 16/2003, de 7 de marzo, por el que se crea y regula la composición y funciones del Consejo Asesor Regional de Formación Profesional, con el objeto de adaptarlo a la reorganización de la Administración regional operada tras el Decreto del Presidente nº 26/2008, de 25 de septiembre. A dicho informe se acompañaba un primer borrador de Decreto y la propuesta de su tramitación al Consejero de Educación, Formación y Empleo.

**SEGUNDO.-** El 28 de mayo de 2009 el Servicio Jurídico de la citada Consejería emite informe sobre dicho borrador, favorable, en general, a su tramitación, proponiendo que la modificación tenga un objeto más amplio y otras observaciones puntuales para la mejora técnica del texto.

**TERCERO.-** Obra en el expediente una certificación acreditativa del sometimiento del borrador a informe –favorable- del Consejo Asesor Regional de Formación Profesional, con fecha 28 de mayo de 2009.

**CUARTO.-** El 22 de junio de 2009 la citada Dirección General emite informe en el que, en síntesis, indica que no se considera oportuno proceder a una revisión completa del mencionado Decreto porque lo único pretendido en este momento es adecuar sus referencias orgánicas a la actual situación, en la que la mencionada Consejería aúna las competencias regionales en materia

de educación y empleo, por lo que se da la circunstancia de que confluyen en la misma figura las cualidades de Presidente y Vicepresidente del Pleno de dicho Consejo, en la persona del Consejero, y se puede dar lugar a confusión en el caso de la presidencia y vicepresidencia de su Comisión Permanente.

En la misma fecha se emite un informe sobre el impacto por razón de género de la futura norma y un nuevo borrador, al que se incorporan modificaciones respecto del inicial, siguiendo el criterio del informe del Servicio Jurídico antes mencionado, y de modificación del Decreto 81/2005, de 8 de julio, de estructura orgánica de la Consejería de Educación y Cultura, para incluir en el mismo una referencia a este Consejo Asesor.

**QUINTO.-** El 8 de julio de 2009 el Servicio Jurídico de la Consejería emite nuevo informe en el que, entre otras consideraciones, indica la procedencia de adaptar otras referencias orgánicas del Decreto no modificadas en los borradores anteriores, como su artículo 1.

**SEXTO.-** Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, fue emitido el 9 de septiembre de 2009, en el que, en síntesis, expresa su parecer favorable, en general, al proyecto, con observaciones puntuales, destacando que no consta la memoria económica y que la modificación del Decreto de estructura orgánica antes mencionado debe seguir un procedimiento distinto al tramitado, por lo que propone la supresión de tal determinación del borrador dictaminado.

**SÉPTIMO.-** El 10 de mayo de 2010 la Dirección General de referencia emite una memoria económica y un nuevo informe-propuesta justificativo de la introducción de algunas modificaciones puntuales al último borrador, para ajustarse a las indicaciones del último informe citado, elaborando un nuevo texto, que es diligenciado con fecha 25 de mayo de 2010. El día anterior la Vicesecretaría emitió informe favorable a su aprobación.

**OCTAVO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de reglamento de ejecución de la Ley 9/1985, de 10 de diciembre, de regulación de los órganos consultivos de la Administración regional.

**SEGUNDA.- Procedimiento.**

La tramitación realizada se ha ajustado, en lo sustancial, a lo establecido en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, visto el limitado alcance interno de la modificación propuesta sobre el órgano consultivo de referencia, habiendo sido sometido a la consideración del mismo.

**TERCERA.- Competencia y habilitación legal.**

El Proyecto pretende sustituir del Decreto 16/2003 algunas referencias a Consejerías cuya denominación ha quedado obsoleta por mor de cambios organizativos en la organización administrativa regional, y contemplar la actual asignación competencial interna en la materia (en que las de educación y empleo residen en una misma consejería), introduciendo una referencia genérica a las competencias en materia de educación y empleo (sobre las que puede actuar el Consejo Asesor en cuestión) y dos determinaciones puntuales sobre la Presidencia y Vicepresidencia del mismo y de su Comisión Permanente, modificando así las referencias actualmente vigentes. Por ello, no cabe oponer ninguna objeción al Proyecto dictaminado desde la perspectiva competencial externa de la Comunidad Autónoma, ni desde la norma que le sirve de marco legal habilitante, la antes citada Ley 9/1985.

**CUARTA.- Otras observaciones.**

Para la mejora técnica del Proyecto, deberían introducirse las siguientes modificaciones.

En primer lugar, en la Exposición de Motivos deben actualizarse las referencias a las normas que diseñan la vigente organización administrativa regional. Así, debería sustituirse la referencia al Decreto del Presidente nº 26/2008, por el vigente 17/2010, de 3 de septiembre, y la del Decreto nº 329/2008 por la del actual 318/2009, de 2 de octubre.

Por otra parte, si, como expresa el órgano directivo proponente, el objeto del Proyecto es adaptar las referencias orgánicas del Decreto 16/2003 a la organización administrativa actual, no puede mantenerse la actual redacción de su artículo 1, sobre la adscripción orgánica del Consejo,

en el extremo en que se refiere a una Consejería (la de Educación y Cultura), que no existe como tal. Por ello, debe sustituirse tal referencia, bien por la de la actual Consejería de Educación, Formación y Empleo, bien por una referencia genérica a la consejería competente en materia de educación (o de empleo, si así se estimara).

Asimismo, procede modificar el artículo 3.1, apartados a) y b) del Decreto, para sustituir en ellos la obsoleta referencia al término “*formación ocupacional*” (como así se reconoce en el informe reseñado en el Antecedente Cuarto) por la más actual de “*formación profesional para el empleo*” o, más simplemente, “*empleo*”.

Por otra parte, parece sistemáticamente más adecuado que el precepto que pretende introducirse como nuevo apartado e) del artículo 3.1, se incluya como un párrafo aparte tras el apartado b), pues dicho nuevo apartado está relacionado con la Presidencia y Vicepresidencia del Consejo, aspecto al que se refieren precisamente dichas letras a) y b).

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación legal para aprobar el Proyecto de Decreto objeto de Dictamen, por las razones expresadas en su Consideración Tercera.

**SEGUNDA.-** Sin perjuicio de lo anterior, para la mejora técnica del Proyecto deberían introducirse las modificaciones expresadas en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 11-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 24/01/2011

**Extracto doctrina**

Se ha producido un funcionamiento anormal de la Administración sanitaria regional, consistente en una confusión entre el cadáver de un feto, el de la hija de los reclamantes, y los restos de una amputación. Este funcionamiento anormal produjo el efecto de haber mantenido a los interesados en la creencia falsa de que su hija se hallaba enterrada en el panteón familiar, lo que, al no ajustarse a la realidad, les obligó a padecer la exhumación de los restos, la identificación del cadáver de su hija y las subsiguientes actuaciones para su inhumación, lo que constituye un claro perjuicio psicológico y moral por los padecimientos de tal naturaleza que dichas situaciones conllevan.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 14 de julio de 2006, x, en nombre propio y en el de su marido, x, presenta en la Registro del Servicio Murciano de Salud (SMS) escrito mediante el que formula reclamación de responsabilidad patrimonial por unos daños sufridos como consecuencia del deficiente funcionamiento del Hospital Santa María del Rosell (HSMR). Según la reclamante los hechos ocurrieron del siguiente modo:

1. El día 6 de marzo de 2006 la x. dio a luz, en el Hospital Naval del Mediterráneo, un feto del sexo femenino, de 33 semanas y media de gestación, que nació muerta.

2. Al día siguiente se practicó al feto una autopsia clínica en el HSMR, siendo entregados los restos a los padres para que éstos procedieran a su inhumación, lo que se produce ese mismo día en un panteón privado del Cementerio de San Antón.

3. El día 9 de marzo de 2006, el HSMR comunica a los reclamantes que los restos que se le habían entregado no correspondían al feto de su hija, sino a un miembro amputado de persona desconocida, encontrándose todavía los restos del feto en la cámara del Hospital.

4. Tras comprobar que los restos que se encontraban en la cámara frigorífica eran los de su hija, hubo que exhumar los que se habían enterrado e inhumar los que, ahora sí, pertenecían al feto.

5. Alegan los reclamantes que el error cometido se quiso ocultar al intentar el HSMR llevar a cabo, sin su consentimiento, la exhumación de los restos equívocadamente inhumados y la consiguiente inhumación del feto no realizada en un primer momento, por lo que imputan a dicho Hospital la ocultación intencionada de lo que había ocurrido.

A juicio de los interesados la negligente actuación del centro sanitario les ha producido unos daños que concretan, además del obvio daño moral, en el trastorno psicológico padecido por la madre, por todo lo cual solicitan una indemnización global de 18.000 euros.

Se proponen como medios de prueba los siguientes:

1. Documental, consistente en dar por reproducidos los siguientes documentos que acompañan a su escrito de reclamación:

a) Copia de un artículo sobre los hechos, publicado en el diario La Verdad de Cartagena el día 25 de marzo de 2006.

b) Copia de hoja de interconsulta de Atención Primaria a Salud Mental, así como P-10.

2. Testifical, consistente en declaración del encargado del Cementerio Municipal San Antonio Abad de Cartagena.

**SEGUNDO.-** Seguidamente se dicta Resolución del Director Gerente del SMS por la que se admite a trámite la reclamación y se encomienda la instrucción del expediente al Servicio Jurídico de dicho Organismo.

A continuación, por el órgano instructor se solicita al Director Gerente del HSMR que remita informe relativo a los hechos que se describen en la reclamación. Asimismo, comunica la reclamación a la Correduría de Seguros y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

**TERCERO.-** La gerencia del HSMR cumplimenta el requerimiento remitiendo, con fecha 31 de octubre de 2006, informe emitido por el Jefe del Servicio de Anatomía Patológica de dicho Hospital, en el que se indica lo siguiente:

*“1) El examen postmortem fue realizado el día 7 de marzo de 2006 a las 9:30 horas, según consta en el libro de registro de necropsias, con el número de referencia A-10-06.*

*2) Los órganos fueron reintegrados al cuerpo del fallecido según voluntad manifestada por el familiar más próximo o responsable legal (x, con D.N.I. x) en el consentimiento informado.*

*3) Realizado el examen postmortem, el cadáver fue amortajado con un empapador y posteriormente con una entremetida encintada con esparadrapo. Sobre la entremetida se colocó la etiqueta identificativa autoadhesiva.*

*4) El cadáver fue depositado en la cámara frigorífica superior y notificado al encargado de turno.*

*5) Los hechos que se relatan en la documentación que me adjunta no conciernen al Servicio de Anatomía Patológica, puesto que ocurrieron en una dependencia que no pertenece a este servicio y sucedieron con posterioridad al acto médico del examen postmortem”.*

**CUARTO.-** Consta en el expediente que los reclamantes interpusieron recurso contencioso administrativo contra la denegación, por silencio administrativo, de la reclamación por responsabilidad patrimonial interpuesta en su día, lo que dio lugar a la incoación del Procedimiento Ordinario núm. 282/2007, en el que, con fecha 4 de noviembre de 2008, se dictó Auto por el que el Juzgado de la Contencioso-Administrativo núm. 1 de los de Cartagena, se declara incompetente para conocer del asunto, remitiendo los autos al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Murcia.

**QUINTO.-** Solicitado por el órgano instructor informe a la Inspección Médica, se evacua el 29 de septiembre de 2009 concluyendo del siguiente modo:

*“1. El 6/03/06 x, dio a luz un feto muerto de una hembra de 33 semanas de gestación.*

*2. Se produjo un error en la identificación de los restos del feto que dio lugar a la inhumación de un resto de amputación, el día 7/03/06.*

*3. Investigado el hecho se procedió a hacer el cambio de restos el día 14/03/06 en presencia de los padres.*

4. *x. presentaba el 18/04/06 un trastorno adaptativo reactivo a la situación que vivía, para lo que se le prescribió un antidepresivo.*

5. *La pérdida de un hijo en la 33 semana de gestación, conlleva por si sola una situación estresante capaz de desencadenar una alteración emocional esperable en cualquier persona, máxime cuando se han tenido otros episodios depresivos*

6. *No es posible señalar como única causa del trastorno adaptativo a los hechos relacionados con la confusión de los restos”.*

**SEXO.-** Requerida para ello por el órgano instructor, la aseguradora del SMS lleva cabo la valoración de los daños psíquicos alegados por la reclamante. En el informe se indica que el origen causal de la depresión reactiva, actuando sobre una enferma con antecedentes de reacciones similares en el pasado para las que requirió tratamiento, se concretaría del siguiente modo:

a) La pérdida de una hija a las 33 semanas de gestación, como factor desencadenante al que se le atribuye un 70% de incidencia sobre la depresión de la madre.

B) El error en la identificación del cadáver con las consecuencias que quedan relatadas en el expediente, contribuyó a dicho proceso depresivo en un 30%.

Considerando que el tiempo que precisó la paciente para superar dicha depresión fue de 6 meses, que la aseguradora considera impositivos en atención a las especiales circunstancias sufridas, se valora la indemnización que debe hacerse efectiva a la reclamante en 2.960,92 euros, según detalle que se recoge al folio 71 del expediente.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 9 de noviembre de 2009 se solicita a la Inspección Médica que informe si la reclamante estuvo de baja médica a consecuencia del trastorno adaptativo reactivo a la situación que vivió en marzo de 2006. El requerimiento es cumplimentado mediante escrito de la Inspectora Médica, x, en el que se afirma que la paciente no estuvo de baja médica con motivo de dicho trastorno.

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia a las partes, reclamante y aseguradora del SMS, esta última no comparece, en tanto que los primeros presentan escrito fechado el 8 de marzo de 2010, mediante el que manifiestan lo siguiente:

a) Que al considerar desestimada por silencio administrativo su reclamación, han procedido

a formular recurso contencioso-administrativo que se sigue, en estos momentos, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de los de Murcia, con el número de recurso 111/2009.

b) Que se ratifican en su reclamación por considerar que el HSMR actuó con total falta de diligencia y ética en relación con los hechos por los que se reclama.

c) Que en el informe de la Inspección Médica se contiene un resumen de los hechos cuya versión resulta totalmente desconocida para los reclamantes, aunque lo único que hace es reforzar la tesis que se mantiene sobre el mal funcionamiento del HSMR.

d) Que impugnan la valoración que lleva a cabo la aseguradora del SMS, tanto porque no se recogen los indudables daños morales que los padres de la niña han sufrido, como por la escasa entidad que da a los hechos por los que se reclama en la depresión que sufrió la x.

**NOVENO.-** Mediante escrito de fecha 11 de marzo de 2010 el órgano instructor requiere a la Dirección Médica del HSMR para que remita nota interior de la Jefatura de personal subalterno de dicho Hospital, relativa a los hechos que motivan la reclamación, pues la misma fue tomada en cuenta en la elaboración del informe de la Inspección Médica y, sin embargo, no consta incorporada al expediente.

El requerimiento es cumplimentado por la Directora Médica del Área de Salud II de Cartagena, que envía el informe solicitado, en el que se relatan los hechos del siguiente modo:

*“En fecha 7 de marzo del presente se hace entrega, a la compañía x, del cadáver del feto ‘Hijo de x’.*

*La citada entrega es realizada por una celadora del hospital designada por el Encargado de Turno, con desconocimiento de que en la cámara había algo más aparte del citado feto, ya que habitualmente en nuestro centro los cadáveres de fetos así como las amputaciones realizadas en quirófano se depositan en la bandeja superior de la cámara frigorífica.*

*El jueves 9 de marzo se persona la encargada de la empresa gestora de residuos sanitarios (S.I.S.) a la cual se procede a hacer entrega de restos de amputaciones realizados en el quirófano a fin de que procedan a la incineración de los mismos, detectando la Encargada de Turno correspondiente la falta de uno de los mismos y poniéndolo en conocimiento de esta Jefatura de Personal Subalterno. Posteriormente se procede a investigar el hecho, comprobando esta Jefatura que solamente se encuentra uno de los dos residuos de quirófano y que en la cámara inferior se*

*encuentra un pequeño paquete identificado con el nombre de 'x'. Ante lo expuesto, se procede a localizar al Encargado de Turno de guardia el día de la entrega del feto citado anteriormente, personándose de inmediato en el centro y comenzando él mismo a instancias de esta Jefatura a realizar las investigaciones pertinentes para aclarar lo sucedido.*

*Identifica lo encontrado en la parte inferior de la cámara frigorífica del feto anteriormente mencionado dada la pequeñez y el poco peso del mismo ante lo cual realiza la actuación pertinente para reparar el hecho y que los mismos sean incluidos en la sepultura familiar para lo que se pone en contacto con la forense de guardia y la compañía x, no encontrando ningún obstáculo para la realización de lo relatado, incluso se notificó a la familia el hecho y se le pidió permiso para incluir los citados restos en su fosa, cosa que no se pudo realizar al precisar el enterrador autorización emitida por el juzgado correspondiente.*

*Se procede a la identificación efectiva de los restos, comprobando que no eran tales, sino el feto completo 'Hijo de x', ante lo cual me persono a primera hora del viernes 10 de marzo en el Juzgado de Guardia para hacer una declaración sobre lo sucedido, de la que adjunto copia a este informe, informando posteriormente a la familia de lo realmente sucedido.*

*El lunes día 13 de marzo me vuelvo a personar en el Juzgado de Guardia y me pongo en contacto con el Sr. Juez del Registro Civil, el cual me remite al Sr. Juez de Guardia que ha instruido los hechos, facilitándome él mismo el documento necesario para que el encargado del Cementerio proceda a hacer el cambio de restos pertinente para resolver el error cometido, lo que se produce el día 14 de marzo ante la presencia de la familia del feto que quería proceder a su identificación.*

*De lo aquí expuesto estuvo debidamente informada la Gerencia del centro en todo momento”.*

**DÉCIMO.-** Al haberse incorporado nueva documentación al expediente, el órgano instructor procede a conceder otro trámite de audiencia a las partes, de las que la compañía aseguradora no hace uso al no formular alegación alguna, en tanto que los reclamantes sí que lo hacen mediante escrito de fecha 10 de abril de 2010, en el que manifiestan que el informe que se ha unido al expediente lo único que hace es ratificar la negligencia y mala fe de la actuación administrativa.

**UNDÉCIMO.-** La instructora formula, el 23 de abril de 2010, propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud por considerar que los reclamantes no han acreditado que la depresión que la madre padeció se deba al error cometido por el Hospital, muy al contrario, del informe de la Inspección Médica se desprende que la pérdida de un hijo al nacer constituye, por sí

solo, un hecho capaz de generar una alteración emocional, sobre todo cuando, como ocurre en el presente caso, existen antecedentes de episodios depresivos.

El 6 de mayo de 2010 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Secretario General de la Consejería de Sanidad solicitando la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución formulada en un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo, pues, el supuesto establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

Los reclamantes, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en el anormal funcionamiento de la Administración sanitaria al confundir el cadáver de un feto con un miembro amputado, ostentan la condición de interesados para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

En cuanto a la legitimación pasiva tampoco suscita duda que la actuación a la que los reclamantes imputan el daño que dicen haber sufrido, acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional.

En lo que se refiere al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP, salvo en lo referente al plazo tan dilatado con que se ha solicitado el informe de la Inspección Médica. Por otro lado, hay que hacer notar que solicitada por los reclamantes en su escrito de iniciación la práctica de una prueba testifical, el órgano instructor no se ha pronunciado, en resolución motivada, sobre la pertinencia o no de practicarla, tal y como exigen los artículos 80.3 LPAC y 9 RRP. Ciertamente es también que en la propuesta de resolución la instructora indica la improcedencia de practicarla debido a que no se duda *“sobre la veracidad del error cometido por el Hospital”*, por lo que cabe afirmar que la omisión no ha viciado el procedimiento, al no haberse producido indefensión de los interesados.

### **TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos de responsabilidad patrimonial.**

El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene por finalidad primordial que los usuarios de los diferentes servicios públicos queden indemnes de los daños y perjuicios que puedan haber sufrido, en su persona o en sus bienes, con motivo del funcionamiento normal o anormal de tales servicios públicos de la titularidad de la Administración Pública de que se trate. Sentado lo anterior, es de tener en cuenta que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas responde, en nuestro sistema, al principio consagrado en el artículo 106.2 de la Constitución Española, hoy recogido en el artículo 139.1 LPAC, y que la jurisprudencia viene reiteradamente exigiendo para apreciar responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que, por tanto, exista una relación de causa efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor

De este modo, la relación de causalidad aparece como el nexo de unión entre el obrar o no de la Administración Pública y el daño o lesión que eventualmente pueda padecer el particular como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. De no concurrir la necesaria relación de causalidad, la reclamación deberá desestimarse.

En el supuesto que nos ocupa este Órgano Consultivo considera que sí se ha producido un funcionamiento anormal de la Administración sanitaria regional, consistente en una confusión entre el cadáver de un feto, el de la hija de los reclamantes, y los restos de una amputación. Este funcionamiento anormal produjo el efecto de haber mantenido a los interesados en la creencia falsa de que su hija se hallaba enterrada en el panteón familiar, lo que, al no ajustarse a la realidad, les

obligó a padecer la exhumación de los restos, la identificación del cadáver de su hija y las subsiguientes actuaciones para su inhumación, lo que constituye un claro perjuicio psicológico y moral por los padecimientos de tal naturaleza que dichas situaciones conllevan.

En este mismo sentido se manifiesta la Audiencia Nacional en un supuesto muy similar al que nos ocupa (la confusión entre los cadáveres de dos fetos), en Sentencia de la Sección 4ª de su Sala de lo Contencioso Administrativo, dictada el día 6 de junio de 2007: *“Lo que antecede (la confusión de los cadáveres) pone de manifiesto un defectuoso funcionamiento del servicio hospitalario en la gestión de la entrega del feto a los reclamantes, al haberse constatado la confusión de aquél con otro feto procedente de la unidad de paritorios, que daría lugar a que el mismo fuera entregado a un servicio funerario distinto del que los reclamantes habían asignado y a la posterior exhumación y enterramiento, tras la obtención de las correspondientes autorizaciones, varios días después de producirse la confusión”*.

#### **CUARTA.- Extensión y valoración del daño experimentado.**

El órgano instructor, admitiendo la comisión del error por parte del Hospital, niega, sin embargo, que éste haya causado un perjuicio a los reclamantes, porque considera que el trastorno depresivo padecido por la madre no es imputable a tal circunstancia, sino más bien al hecho de haber perdido a la hija que esperaba y a los antecedentes depresivos que padecía.

Este Consejo Consultivo no puede compartir tal conclusión, porque hacerlo supondría negar los alegados daños morales cuya concurrencia ha de admitirse, porque, como se afirma en la anterior consideración, la situación producida conlleva tales padecimientos, sin que, por lo tanto, admitido el hecho, pueda negarse el sufrimiento que el mismo comporta y el derecho que genera en quien lo padece a una compensación económica.

Admitida la producción de un daño en los reclamantes, procede abordar su valoración, labor siempre difícil pero que se complica aún más en los supuestos de daños morales, pues se carece de módulos o criterios objetivos que faciliten la tarea. La referida dificultad aumenta cuando, como en el supuesto sometido a consulta, los reclamantes se limitan a expresar un importe global que solicitan como cuantía indemnizatoria, sin mayor justificación, cuando les correspondía su probanza.

En su ausencia, y dado que los criterios que para el cálculo de la indemnización que ofrece el artículo 141.2 LPAC resultan inaplicables para la cuantificación de un daño que, como el aquí indemnizable, no sea patrimonial, aboca a un juicio estrictamente prudencial que pondere las

circunstancias que concurren, y atienda a lo fijado por los Tribunales de Justicia y por la doctrina del Consejo Jurídico.

En el presente supuesto, partimos de que el error cometido por la Administración generó un daño moral, derivado de la incertidumbre, confusión y estupor producidos por la situación que se vieron obligados a vivir, a lo que cabe añadir la influencia que dicha circunstancia, aunque fuese sólo con carácter parcial, tuvo en el proceso depresivo sufrido por la madre. Así lo admite de modo indirecto la Inspección Médica al concluir en su informe que *“no es posible señalar como única causa del trastorno adaptativo a los hechos relacionados con la confusión de los restos”*; no constituyó causa exclusiva, pero está claro que coadyuvó en su producción. Más concluyente resulta la aseguradora del SMS al afirmar que el error en la identificación del cadáver de su hija contribuyó en la aparición de la depresión reactiva en un 30%, imputando el restante 70% al hecho de que la niña naciera muerta (folio 70).

Pues bien, atendiendo lo visto hasta ahora, el Consejo Jurídico considera que la cantidad valorada por el daño moral en otros dictámenes (3.000 euros), no parece admisible en el presente en términos de equidad, resultando insuficiente como cantidad global a resarcir, estimando adecuada como indemnización global la cantidad de 6.000 euros, conforme a cuantías similares establecidas por este Órgano Consultivo en casos que presentaban semejanzas en la intensidad de los padecimientos sufridos (por todos, Dictamen 35/2008), cantidad que habrá de actualizarse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que sí concurren elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria regional.

**SEGUNDA.-** La determinación de la cuantía de la indemnización habrá de atender a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 12-2011**

**Asunto** Resolución de contrato formalizado con la empresa --, para la ejecución de la obra de Urbanización del plan parcial Llano del Barco.

**Consultante** Ayuntamiento de Archena

**Fecha** 24/01/2011

**Extracto doctrina**

"1.Respecto a los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejercite facultades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, debe señalarse que, de la interpretación conjunta de los artículos 44.2 y 42.3 LPAC, resulta que el vencimiento del plazo establecido (tres meses desde la fecha del acuerdo de iniciación) producirá la caducidad, con los efectos previstos en el artículo 92 LPAC. La aplicación supletoria de los indicados preceptos de la LPAC a los procedimientos de resolución contractual no ha estado exenta de controversia hasta fechas recientes, en las que la doctrina jurisprudencial se ha decantado por su aplicación.

2.Dado que el presente procedimiento se encuentra caducado y que ambas partes han manifestado su voluntad de resolver el contrato (documento número 26 del expediente), dado además que, en los términos indicados en las consideraciones anteriores y a la vista del limitado expediente remitido a este Órgano Consultivo, no puede considerarse acreditado un incumplimiento del plazo de ejecución del contrato por parte de la empresa y el interés público no parece aconsejar la permanencia del contrato paralizado en su ejecución desde hace meses y dado que, cuando la empresa insta la resolución contractual por impago de la Administración, aún no habían transcurrido los ocho meses de mora necesarios para su aplicación, el Consejo Jurídico estima que cabría proceder a la resolución contractual por mutuo acuerdo contemplado en el artículo 206, letra c), LCSP."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 2 de julio de 2009 se formaliza contrato administrativo de obras denominado "Urbanización del Plan Parcial Llano del Barco", entre el Ayuntamiento de Archena y la mercantil "--", que resulta adjudicataria tras la licitación mediante procedimiento abierto, siendo el único criterio de selección del contratista el de precio más bajo.

El precio del contrato se fija en 1.643.028,37 euros, con un plazo de ejecución de ocho meses desde el acta de comprobación del replanteo. El importe de la garantía definitiva constituida por el adjudicatario asciende a 70.820,19 euros.

En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se estipula que “la ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo, en el plazo de cinco días desde la fecha de formalización del contrato”. A tal efecto, la Cláusula 21ª dispone que, dentro del plazo que se consigne en el contrato, el servicio de la Administración encargada de las obras procederá, en presencia del contratista, a efectuar la comprobación del replanteo.

**SEGUNDO.-** La comprobación del replanteo tiene lugar el 2 de septiembre de 2009, es decir, dos meses después de la formalización del contrato. El contratista expone las siguientes reservas, que constan en el acta:

*“1. Existe una línea de alta tensión de doble circuito de 66 Kv que atraviesa el sector, uno de los postes de alta Tensión está situado en medio de la Calle G, se propone realizar un estudio de los servicios que están en dicha calle para recolocarlos en el caso de que sea necesario.*

*2. Existe un edificio de nueva construcción al final de la avenida C en dirección Oeste que modifica el encaje definitivo de la obra. En estos momentos se está en proceso de autorización por parte de la Dirección Facultativa y el Ayuntamiento de Archena.*

*3. En el encaje real de la obra en la calle Yecla existe una zona en la que la línea de fachada existente elimina parte del vial proyectado.*

*4. Se supone que todas las naves y casas que interceptan los viales del encaje en la obra están vacías y se pueden comenzar los trabajos de demolición.*

*5. en la Zona Norte de la Actuación existen problemas en la continuidad de las redes de saneamiento y de baja tensión debido a la existencia de viviendas y vallados, en las proximidades de la parcela PJZR-1.*

*6. Es posible que se tenga que demoler parte del vallado de una casa de madera situada en las proximidades de la calle K y retirar los carteles publicitarios de esta zona para ejecutar los viales y aceras de dicha calle.*

*7. En la zona del Vial de ronda existe un sifón, que puede afectar al ritmo de los trabajos de la obra y no está contemplado ni su demolición ni su posible reestructuración”.*

Consta en el acta que *“aun con las reservas expuestas por el contratista, el facultativo Director autoriza el inicio de las obras, empezando a contar el plazo de ejecución de las mismas desde el día siguiente al de la firma de la presente Acta”*.

**TERCERO.-** El 2 de febrero de 2010, la Junta Municipal de Gobierno aprueba las certificaciones de obra que a continuación se relacionan con su número e importe:

1ª, 80.730,26 euros.

2ª, 118.027,01 euros.

3ª, 158.139,27 euros.

4ª, 47.986,93 euros.

No constan en el expediente remitido al Consejo Jurídico las certificaciones de obra que son objeto de aprobación por el órgano municipal de gobierno.

**CUARTO.-** Con fecha 31 de marzo de 2010, el contratista se dirige al Ayuntamiento para manifestar que no le han sido abonadas las cuatro certificaciones de obra libradas hasta ese momento y referidas a los trabajos desarrollados durante los meses de septiembre a diciembre de 2009. Según dicho escrito, las certificaciones fueron expedidas en las fechas siguientes: la 1ª, el 5 de octubre de 2009; la 2ª, el 4 de noviembre; la 3ª, el 4 de diciembre; y la 4ª, el 5 de enero de 2010.

Manifiesta, asimismo, que el 22 de diciembre de 2009 el Alcalde notifica al contratista la suspensión de las obras por haber aparecido restos humanos y material cerámico, quedando condicionados los trabajos de urbanización al parecer de la Dirección General de Cultura de la Comunidad Autónoma.

Por todo ello y al amparo de lo establecido en el artículo 200.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), el contratista comunica al Ayuntamiento que en el plazo de un mes procederá a suspender el cumplimiento del contrato, paralizando las obras, reclamando de la Corporación Local el abono de las certificaciones de obra expedidas, por importe total de 404.883,47 euros.

**QUINTO.-** Con fecha 14 de abril de 2010, el contratista se dirige al Ayuntamiento, manifestando que ha sido notificado, el 9 de abril anterior, de la resolución de levantamiento de la suspensión cautelar de las obras, con el fin de poder continuarlas en la parte no acotada por el Proyecto de intervención arqueológica y que, siguiendo las instrucciones de la Administración, se ha puesto en contacto con el responsable arqueológico para determinar qué trabajos podían irse

realizando. No obstante, como sigue sin cobrarse el importe de las certificaciones de obra expedidas y hasta que se haga efectivo su abono, se mantiene la intención del contratista de suspender los trabajos a partir del 1 de mayo de 2010.

**SEXTO.-** El 5 de agosto de 2010, el contratista manifiesta que tras los pagos efectuados (certificación 1ª el 11 de mayo, y la 2ª el 26 de mayo), continúa existiendo una deuda del Ayuntamiento por importe de 206.126,20 euros y que *“ante esta situación se mantuvo una reunión en el propio Ayuntamiento, cuya conclusión fue que se procediera a la resolución del contrato”*, por lo que, al amparo del artículo 200.6 LCSP, comunica a la Entidad contratante la resolución del referido contrato con efectos a partir del 1 de septiembre de 2010, paralizando definitivamente las obras y dejándolas en el estado en que se encuentren, a riesgo y ventura del Ayuntamiento.

Se reclama de la Corporación Local el abono de los siguientes importes:

- 206.126,20 euros, correspondientes a las certificaciones 3ª y 4ª.

- 14.471,21 euros, en concepto de intereses de demora por el tardío pago de las certificaciones de obra.

- 64.041,98 euros, correspondientes al 6% de las obras dejadas de realizar, en concepto de beneficio industrial (art. 222 en relación con el 208 LCSP).

- 17.951,16 euros por materiales acopiados en obra, cuya relación detalla.

Se solicita, asimismo, la devolución de la garantía y se comunica al Ayuntamiento que, en tanto se solucionan todos los aspectos derivados de la resolución del contrato, el contratista seguirá ostentando la posesión de las obras, debiendo la Administración abstenerse de entrar en ellas o continuarlas con otro contratista.

**SÉPTIMO.-** El 14 de agosto, el Secretario de la Corporación emite informe en el que efectúa las siguientes consideraciones:

a) De conformidad con la Cláusula 5ª PCAP, las obras debían realizarse en ocho meses y comenzar en un plazo de cinco días desde la formalización del contrato, por lo que debieron finalizar el 7 de marzo de 2010. Sin embargo, a la fecha de expedición de la cuarta certificación, el 5 de enero de 2010, únicamente se había certificado por valor de 404.883, 47 euros. De ello

deduce que, habiendo transcurrido casi un 75% del plazo de ejecución, únicamente se había realizado el 24,6% de la obra.

b) Considera que el contratista ha incumplido gravemente los plazos de ejecución de la obra, causando graves perjuicios a la Corporación, lo que faculta a ésta para optar entre la imposición de penalidades o la resolución del contrato, al tiempo que imposibilita que sea el contratista quien inste tal resolución.

c) Propone que el Director de la Obra realice un informe en el que se detallen todos los incumplimientos, incluidos los de los plazos parciales, en que haya incurrido el contratista, con valoración de los daños y perjuicios que el retraso en la ejecución de los trabajos haya generado al Ayuntamiento.

d) Considera correcto el cálculo de los intereses de demora efectuado por el contratista.

**OCTAVO.-** El 27 de agosto de 2010, se recibe en el Ayuntamiento comunicación de una entidad financiera que afirma haber aceptado el endoso por parte del contratista de las certificaciones 3ª y 4ª, adjuntando copia de las mismas.

**NOVENO.-** El 30 de agosto, el Director de la obra emite informe técnico en el que señala que las obras debieron iniciarse el 7 de julio de 2009 y no, como ocurrió, en septiembre de 2009. Que los trabajos presentaban numerosas ralentizaciones y complicaciones, que achaca a una apresurada elaboración de la oferta, sin un estudio detenido del Proyecto técnico, lo que determinó que, a falta de dos meses para vencer el plazo de ejecución, únicamente se hubiera certificado obra por valor de un 24,6 % del presupuesto de adjudicación, encontrándose el ritmo de ejecución muy por debajo de lo previsto en el Programa de Trabajos del Proyecto.

Se afirma, además, que la orden de suspensión de los trabajos por motivos arqueológicos se notificó cuando las obras ya estaban paradas por la empresa y sin que ésta las reanudara tras el levantamiento de dicha suspensión por el Ayuntamiento.

En relación con las cantidades reclamadas, pone en duda el derecho del contratista al abono del 6% en concepto de beneficio industrial al deberse la paralización a una decisión unilateral de la empresa. Considera, asimismo, que el valor que se reclama como acopios de material en la obra, al margen de ser excesivo, pues por sus características y debido a que se dejó a la intemperie en la obra ya habrá quedado inservible, en realidad cabría calificarlo como sobrante

de obra, pues correspondía a la red de saneamiento que, cuando se suspendieron los trabajos, ya estaba prácticamente ejecutada.

Se efectúa, asimismo, una valoración de los daños y perjuicios que el retraso en la ejecución del contrato ha generado a la Corporación Local, fijándose una cantidad de 80.499,57 euros, en concepto de incremento del precio de los trabajos, por aplicación del IPC, y deterioro de las unidades de obra a medio ejecutar. Se señala, además, que a la espera de la finalización de las obras de urbanización del plan parcial que constituyen el objeto del contrato, se encuentran dos proyectos de construcción de edificios municipales que no pueden ejecutarse hasta la terminación de aquéllas, con el riesgo añadido de perder las subvenciones destinadas a la ejecución de dichos proyectos.

**DÉCIMO.-** El 8 de septiembre, la Junta de Gobierno acuerda iniciar procedimiento de resolución contractual por incumplimiento del contratista y que se proceda a la comprobación, medición y liquidación de las obras ejecutadas, fijando los saldos correspondientes a favor o en contra del contratista. A tal efecto, se acuerda citar al contratista el día 13 de septiembre, a las 10:30 horas, para proceder a la medición y liquidación.

También se requiere a la mercantil para que acredite el cambio de denominación social que habría operado, pasando a llamarse "--"

La notificación de dicho acuerdo al contratista se efectúa por burofax, constando su recepción el día 13 de septiembre a las 14:38 horas, determinando la imposibilidad para el contratista de comparecer al acto de medición y citándosele nuevamente para el día 20 de septiembre.

No obstante, el mismo día 13 de septiembre se procede por el Director de las obras junto con el Ingeniero Técnico Municipal a comprobar que las obras están paradas y se aporta por el primero de ellos un documento resumen de la medición de la obra, manifestando la urgencia de continuar las obras de urbanización para poder acometer los dos proyectos de construcción que quedan a la espera de la terminación de aquéllas.

**UNDÉCIMO.-** El 14 de septiembre, el Jefe del Departamento Jurídico del Ayuntamiento emite informe favorable a la ocupación de la obra con la finalidad de proceder inmediatamente al desmonte de la parcela de equipamiento municipal para proceder a la construcción de los dos edificios públicos proyectados (centro de estancias diurnas para disminuidos psíquicos y centro cívico), que no forman parte del objeto del contrato.

En esa misma fecha, la Junta de Gobierno municipal acuerda adoptar la medida cautelar de ocupación y toma de posesión de las obras.

**DUODÉCIMO.-** El 20 de septiembre se extiende acta de conformidad de mediciones de la obra y se procede a preparar la certificación final y de liquidación. En este acto, se notifica a la contratista la medida cautelar adoptada por el Ayuntamiento, concediéndosele un plazo de tres días para alegaciones.

**DECIMOTERCERO.-** El 23 de septiembre el contratista presenta alegaciones contra la medida cautelar, oponiéndose a ella en tanto no se resuelva el contrato, se firme el acta de recepción y se abone lo adeudado al contratista. Niega, además, que se den las circunstancias de urgencia y carácter irreparable de los perjuicios que se derivarían de la no ocupación, en los que se pretende fundamentar la medida cautelar, cuya suspensión solicita.

**DECIMOCUARTO.-** El 24 de septiembre, el Secretario de la Corporación Local formula propuesta de resolución contractual por incumplimiento del plazo de ejecución del contrato (206, letra e, LCSP), que es aprobada el 28 del mismo mes por la Junta de Gobierno municipal. En dicha propuesta se afirma que la certificación final y de liquidación de la obra es de importe negativo, que asciende a – 4.795,71 euros, y se acuerda proceder a notificar al contratista la propuesta de resolución, de la liquidación y de la evaluación de daños y perjuicios, confiriéndole trámite de audiencia, así como a su avalista, pues se propone la incautación de la fianza por incumplimiento culpable del contratista.

**DECIMOQUINTO.-** Efectuadas las correspondientes notificaciones a avalista y contratista, este último presenta, el 15 de noviembre, escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución por incumplimiento culpable y a la incautación de la fianza, aceptando el importe de la certificación final y reclamando el abono de lo adeudado por el Ayuntamiento.

**DECIMOSEXTO.-** El 1 de diciembre, la Junta de Gobierno acuerda recabar el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 3 de diciembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

Este Dictamen tiene carácter preceptivo al versar sobre una propuesta de resolución de un contrato administrativo a la que se opone el contratista, conforme a lo establecido en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia y 195.3, letra a) LCSP.

### **SEGUNDA.- Competencia y procedimiento.**

#### 1. Competencia.

Adjudicado el contrato por la Junta de Gobierno Municipal, la resolución de aquél corresponde también a dicho órgano (artículo 207.1 LCSP y 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en lo sucesivo RCAP). Careciendo, no obstante, la Junta de Gobierno Municipal de la condición *ex lege* de órgano de contratación (Disposición adicional segunda LCSP), salvo en los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, ha de advertirse que no consta en el expediente la habilitación de la indicada Junta de Gobierno como órgano de contratación.

#### 2. Cuestiones procedimentales.

##### A) Sobre el procedimiento de resolución contractual.

En presencia de un procedimiento de resolución contractual en el que la Administración imputa al contratista su demora en el cumplimiento del plazo de ejecución de una obra, ha de estarse a la tramitación prevista en el artículo 197 LCSP, que, simplificando el procedimiento resolutorio ordinario establecido en los artículos 207 LCSP y 109 RCAP, sujeta la resolución del contrato por demora al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales.

b) Dictamen del Consejo de Estado u Órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

El expediente acredita el cumplimiento del trámite consignado en la letra a). Aun no siendo preceptivo el informe del Servicio Jurídico al que hace referencia el artículo 109 RCAP, en el expediente consta que se ha emitido informe por la Secretaría de la Corporación, el cual, de conformidad con la Disposición adicional segunda de la LCSP sobre normas específicas de contratación en las Entidades Locales, apartado 8, cumple la función de dicho informe jurídico. Por otra parte, la emisión del presente Dictamen persigue hacer efectivo el último de los trámites preceptivos señalados.

B) Sobre la conformación del expediente remitido al Consejo Jurídico.

De conformidad con el Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (RCJ), el expediente que ha de remitirse a éste acompañando a la consulta ha de ser foliado (artículo 46.2, letra c), lo que no se ha cumplimentado en el presente.

Asimismo, el indicado reglamento dispone que la consulta se acompañará de los antecedentes de todo orden que puedan influir en el Dictamen y de un extracto de secretaría (art. 46.2, letras a y b), expresivo este último de los principales hitos y trámites del procedimiento seguido. De ambos requisitos, el último ha sido omitido y, respecto del primero, se advierten las siguientes omisiones de documentos relevantes para la emisión de Dictamen:

a) El escrito de alegaciones del contratista en el que manifiesta su oposición a la resolución del contrato por incumplimiento a él imputable está incompleto, pues no se han unido al expediente las páginas pares, impidiendo con ello a este Consejo Jurídico conocer de forma plena la argumentación de la mercantil interesada.

b) Tampoco se ha unido al expediente la orden de suspensión de las obras que el Ayuntamiento dirigió al contratista con ocasión de la aparición de restos humanos y cerámicos en el lugar de los trabajos y que exigían contar con el parecer de la Dirección General de Cultura. Es preciso conocer con exactitud los términos de dicha orden -singularmente, si afectaba al conjunto de la obra o sólo a una determinada parcela-, así como la fecha en que fue notificada al contratista. Del mismo modo, ha de acreditarse en qué fecha se le comunicó el alzamiento de dicha suspensión y la orden de reanudar los trabajos.

Además, comoquiera que el Director de las obras afirma en su informe que ya antes de la notificación formal de la indicada orden se habían detenido los trabajos, sería preciso conocer la

fecha de aparición de los restos y si se dio alguna instrucción al personal de la contrata para que pararan cautelarmente la obra. A tal efecto, podría ser relevante consultar el libro de órdenes, o el de incidencias, si existía.

Del mismo modo, carece el expediente remitido al Consejo Jurídico del acta que, conforme a lo establecido en el artículo 203.1 LCSP, debió haberse extendido con ocasión de la suspensión de las obras, tanto la acordada por la Administración como la declarada por el contratista, en la que constara la situación de hecho en la ejecución del contrato.

c) No se han unido al expediente las certificaciones de obra 1ª y 2ª, con expresión de la fecha de su expedición, fecha que opera como *dies a quo* del plazo con que cuenta la Administración para su abono y a cuyo término la Administración incurre en mora, comenzando a computarse los plazos de 4 y 8 meses, cuyo vencimiento sin haberse abonado las certificaciones expedidas habilitan al contratista para acordar la suspensión del cumplimiento del contrato y para instar su resolución, respectivamente (art. 200, apartados 5 y 6 LCSP).

Del mismo modo, no consta en el expediente remitido la fecha en que se procedió al abono de las certificaciones 1ª y 2ª, la cual puede resultar determinante en cuanto al cómputo del plazo de 8 meses de mora de la Administración para habilitar la resolución del contrato a instancias del contratista, pues, aceptado por éste el pago de tales certificaciones, dicha resolución únicamente podría ampararse en el impago de las dos certificaciones restantes (3ª y 4ª).

### **TERCERA.- Caducidad del procedimiento.**

A la vista del tiempo transcurrido desde la iniciación del presente procedimiento, aún sin resolución expresa, este Consejo Jurídico ha de entrar a considerar los efectos de la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), por las consecuencias que ello acarrearía si estuviera incurso en caducidad.

La legislación contractual aplicable a la resolución del presente contrato, la LCSP, no establece plazos específicos de duración de esta clase de procedimientos, ni previsiones relativas al silencio administrativo, si bien contempla la aplicación supletoria de la LPAC. Así, la Disposición final octava LCSP, en términos similares a lo que preveía la Disposición adicional séptima TRLCAP, establece que "*los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias*".

En este punto, y respecto a los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejercite facultades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, debe señalarse que, de la interpretación conjunta de los artículos 44.2 y 42.3 LPAC, resulta que el vencimiento del plazo establecido (tres meses desde la fecha del acuerdo de iniciación) producirá la caducidad, con los efectos previstos en el artículo 92 LPAC.

La aplicación supletoria de los indicados preceptos de la LPAC a los procedimientos de resolución contractual no ha estado exenta de controversia hasta fechas recientes, en las que la doctrina jurisprudencial se ha decantado por su aplicación, como más adelante se expondrá.

Por el contrario, el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 78/2003) ha mantenido, con carácter general, la inaplicación del instituto de la caducidad establecido en el artículo 44.2 LPAC a los procedimientos de resolución contractual, por las razones indicadas en nuestro Dictamen 59/2009, al que nos remitimos.

Muy tempranamente, este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 57/2000) sostuvo una posición integradora entre la normativa contractual y procedimental, que se concreta, en términos generales, en que son aplicables a la legislación de contratos las prescripciones de la LPAC sobre caducidad de los procedimientos en el supuesto de que se esté ante una resolución contractual por causa imputable al contratista, pues el procedimiento incoado por la Administración es de los llamados de intervención y susceptible de producir efectos desfavorables a los interesados, esto es, es uno de los previstos en el artículo 44.2 LPAC, dado que, de prosperar la pretensión administrativa, podría acarrear la pérdida de la fianza prestada, la indemnización de los daños y perjuicios causados a la Administración en la cuantía que exceda de aquélla y concurrirá el presupuesto legal para, en su caso, declarar la prohibición del contratista de contratar con aquélla.

Sin embargo, también el Consejo Jurídico, conociendo las peculiaridades inherentes a la contratación administrativa y la especial presencia del interés público que en cada caso la justifica, consideró que esta circunstancia podría excluir en algunos supuestos la declaración de caducidad, con base en el artículo 92.4 LPAC, que impide declararla cuando la cuestión suscitada afecte al interés general. Si bien ha señalado asimismo que esta excepción debe aplicarse con cautela, sólo a los casos en que el contrato afecte al mantenimiento de un servicio público esencial, pues de entenderse de un modo general, a estos precisos efectos de caducidad, que el interés público concurre en toda contratación administrativa, no sería nunca operativa la aplicación de este instituto, siendo como es una garantía que se ofrece al afectado para evitar una excesiva pendencia del procedimiento. Así se consideró esta excepción en nuestro Dictamen 103/2003.

En fechas recientes, la doctrina del Tribunal Supremo sostiene la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007, y 13 de marzo de 2008).

Así, en la primera de las sentencias citadas se señala (F.D. Cuarto):

*“...al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente para ello el procedimiento de resolución de contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido en su norma reguladora, la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado. Lo expuesto ha de completarse con lo que mantiene el artículo 44 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, en vigor cuando se inició el procedimiento, que en su apartado 1 mantiene que “en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos y que en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que “en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades (...) de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo del expediente, con los efectos previstos en el artículo 92”.*

*Como consecuencia de lo expuesto, cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía (...).*

En la segunda sentencia citada (F.D. Tercero, B), se responde a las posturas que sostienen la incompatibilidad entre la caducidad del procedimiento prevista en la Ley 30/1992 y los principios generales que inspiran la contratación administrativa, señalando el Alto Tribunal que dicha incompatibilidad *“no se percibe en lo que ahora nos importa, esto es, en lo que hace a los procedimientos de resolución de dichos contratos, y menos aún en los que la causa de resolución sea, como en el caso de autos, la de la imputación a la contratista de un incumplimiento culpable. La previsión de la caducidad de un procedimiento persigue evitar situaciones de incertidumbre jurídica, que se prolonguen injustificadamente en el tiempo; prolongación nada deseada, sino todo lo contrario, en el seno de una relación contractual cuando una de las partes pretende poner fin a ella, extinguiéndola anticipadamente; y menos deseada, aún, cuando el origen de esa pretensión*

*es una causa, como aquélla, que no aboca sin más a la resolución, sino que se traduce en una facultad de opción de la Administración entre forzar el cumplimiento estricto de lo pactado o acordar la resolución (...).*

La anterior doctrina sobre la aplicación de la caducidad a este tipo de procedimientos ha sido ya incorporada en diversos pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia, entre ellos el de nuestra Región. Así, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de marzo de 2008; en el mismo sentido, las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de la Comunitat Valenciana (sentencia de 10 de marzo de 2008), del País Vasco (sentencia de 23 de mayo de 2005) y de Extremadura (sentencia de 18 de abril de 2008). También las sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de noviembre de 2007 y 7 de octubre de 2008.

Dicha doctrina jurisprudencial ha sido seguida por este Consejo Jurídico en los Dictámenes 59, 88, 90, 166 y 177 de 2009, entre otros.

Aplicado todo ello al caso que nos ocupa, y sin que en el mismo se adviertan razones de excepcional interés público que, en hipótesis, pudieran justificar la inaplicación del instituto de la caducidad, resulta que el procedimiento de referencia se inició el 8 de septiembre de 2010, por lo que en el momento de su remisión al Consejo Jurídico el pasado 3 de diciembre, tan solo restaban cinco días para el vencimiento del plazo de tres meses para resolver y notificar la resolución, lo que ha imposibilitado la emisión y comunicación de este Dictamen dentro del indicado plazo. Procede, en consecuencia, declarar su caducidad, sin perjuicio de la posibilidad con que cuenta el Ayuntamiento consultante de incoar uno nuevo con el mismo objeto, al no haber prescrito la correspondiente potestad de la Administración.

Una vez sea declarada la caducidad del presente procedimiento y notificado a los interesados, si el Ayuntamiento considera procedente incoar uno nuevo con el mismo objeto, por razones de economía procesal se deberían incorporar al mismo las actuaciones seguidas en el caducado, con nueva audiencia a los interesados y posterior formulación de una nueva propuesta de resolución, con posterior solicitud de Dictamen preceptivo a este Consejo Jurídico; solicitud que debería realizarse con la antelación necesaria para que aquél fuera emitido sin prisas y pudiera adoptarse después, dentro del plazo establecido, la oportuna resolución del procedimiento y su notificación a los interesados.

No obstante, ha de advertirse que, de conformidad con el expediente remitido al Consejo Jurídico, no se aprecia con claridad la causa de resolución esgrimida por el Ayuntamiento para

declarar extinguido el contrato, por lo que en este Dictamen se sugiere una actuación alternativa, conforme se indica en las consideraciones que siguen.

**CUARTA.- No concurrencia de las causas de resolución esgrimidas por las partes del contrato**

I. Causas esgrimidas por el Ayuntamiento.

El Ayuntamiento pretende imputar al contratista el incumplimiento culpable del plazo de ejecución total de las obras, considerando que el contrato debería haber finalizado el 7 de marzo de 2010, afirmando que, de hecho, la causa de resolución ya se habría dado el 5 de enero anterior, día de expedición de la 4ª certificación de obras, pues a dicha fecha sólo se había ejecutado un 24,6% de la obra, habiendo transcurrido ya un 75% del plazo de ejecución del contrato, por lo que *“el incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales hacía presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo legal”*. A tal efecto, ha de señalarse que el PCAP (Cláusula 21ª), de conformidad con lo establecido en el artículo 196.2 LCSP, impone al contratista la obligación de cumplir el contrato dentro del plazo total fijado, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.

Sin embargo, toda la argumentación acerca del incumplimiento de los plazos de ejecución parte de una premisa errónea, como es que la fecha de inicio del plazo total de cumplimiento del contrato fuera el 7 de julio de 2009 (cinco días desde la formalización del contrato). El plazo de ejecución de las obras es de ocho meses, a contar desde el acta de comprobación del replanteo, como de forma expresa se contiene en la cláusula tercera del contrato y en la quinta del PCAP. En efecto, esta última cláusula dispone que *“la ejecución del contrato comenzará con el acta de comprobación del replanteo en el plazo de cinco días desde la fecha de formalización del contrato”*. Con base en dicha estipulación el Ayuntamiento consultante ha venido considerando que la fecha a la que debían haberse iniciado las obras era el 7 de julio de 2009, cinco días después de la formalización del contrato, el 2 de julio.

Sin embargo, tal interpretación no es correcta, porque obvia que la comprobación del replanteo no se realizó en el plazo de cinco días desde la formalización del contrato, como imponía la cláusula quinta del PCAP, sino que aquélla, por razones que no constan en el expediente y que, en consecuencia, no pueden imputarse al contratista, se retrasó hasta el 2 de septiembre de 2009. El plazo de ejecución del contrato comenzaba a partir del día siguiente a este acto (art. 212 LCSP, 139.2 RCAP y acta de comprobación del replanteo de 2 de septiembre de 2009), es decir el 3 de septiembre.

Iniciada la ejecución de las obras, aun con las numerosas reservas formuladas por el contratista en el acta de comprobación del replanteo, se efectúan trabajos durante los meses de septiembre a diciembre, expidiéndose las correspondientes certificaciones de obra.

En fecha indeterminada, aparecen restos que llevan al Ayuntamiento a paralizar los trabajos y dar cuenta a la Dirección General de Cultura. Dicha Orden, al parecer -no consta en el expediente remitido-, se notifica formalmente al contratista el 22 de diciembre de 2009 (así lo manifiesta el propio interesado), si bien las obras se habrían parado días antes, según indica el informe de la Dirección Técnica. De dicho informe, sin embargo, no es posible deducir si esa paralización de facto se había realizado siguiendo instrucciones de la Dirección o se había decidido unilateralmente por la empresa, ni si se debía a la aparición de los indicados restos o a causas distintas.

Sea como fuere, lo único cierto es que el 22 de diciembre, es decir, 3 meses y 19 días después del comienzo de la ejecución de las obras, cuando todavía no había transcurrido la mitad del plazo de cumplimiento del contrato, aquéllas quedan en suspenso por decisión de la Administración, no siendo levantada dicha suspensión hasta el 9 de abril de 2010, fecha en la que, al parecer, se notifica al contratista la resolución que así lo dispone, a fin de poder continuar las obras en la parte no acotada por el Proyecto de intervención arqueológica. Comoquiera que una vez suspendidas las obras por decisión de la Administración el contratista no puede continuar su ejecución, el plazo para el cumplimiento del objeto del contrato queda igualmente en suspenso, volviendo a computarse una vez se notifica a la empresa la orden de reanudación de los trabajos.

Por su parte, el 31 de marzo de 2010, el contratista comunica al Ayuntamiento que el 1 de mayo suspenderá la ejecución del contrato debido al impago de las certificaciones de obra expedidas entre el 5 de octubre de 2009 y el 5 de enero de 2010. Dispone el artículo 200.5 LCSP que si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en la Ley.

Para poder considerar que la Administración había incurrido en mora, es necesario que hubiera transcurrido el plazo con que aquélla cuenta para el abono del importe correspondiente a las certificaciones y que, a la fecha en que se expiden las del contrato objeto de consideración, era de 60 días (art. 200.4 LCSP, en su versión anterior la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad

en las operaciones comerciales; siempre y cuando las obras en cuestión no estuvieran financiadas con cargo al Fondo Estatal de Inversión Local, lo que no consta, en cuyo caso, ese plazo sería de tan sólo 30 días naturales, conforme establece el artículo 9.5 del Real Decreto Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea el indicado Fondo). Considerando que la primera certificación se expidiera el 5 de octubre de 2009 (de lo que no hay constancia fidedigna en el expediente porque no obra en él dicha certificación), la Administración habría incurrido en mora el 5 de diciembre, lo que determina que el plazo de cuatro meses del artículo 200.4 LCSP expiraría el 5 de abril de 2010. Para que esta suspensión permita reconocer al contratista los derechos que puedan derivarse de ella, aquél tiene la carga de comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, por lo que, habiéndose comunicado la suspensión del cumplimiento del contrato el 31 de marzo de 2010, anticipándose varios días al momento en que cabía considerar transcurrido el plazo de los cuatro meses de mora administrativa, el contrato no quedaría suspendido en la fecha señalada en la comunicación del contratista (el 1 de mayo de 2010), sino cuando hubiera transcurrido un mes desde el momento en que debió formularse tal preaviso, es decir, el 5 de mayo de 2010.

Así pues, entre el 9 de abril (fecha en que se levanta la suspensión ordenada por el Ayuntamiento debida a razones arqueológicas) y el 5 de mayo de 2010 (fecha en que produce efectos la decisión suspensiva del contratista) el contrato debía haber seguido ejecutándose, lo que no consta que se hiciera, limitándose el contratista a acusar recibo de la orden de levantamiento parcial de la suspensión y a ponerse en contacto con el responsable del equipo de intervención arqueológica, recordándole a la Administración, no obstante, su decisión de suspender las obras con fecha 1 de mayo de 2010.

En tales circunstancias, para determinar si existe causa de resolución imputable al contratista por demora en el cumplimiento del plazo de ejecución de la obra, habrá de atenderse al estado de ejecución de aquélla a la fecha en que se produce la suspensión de los trabajos por decisión del contratista, considerando el tiempo en que las obras estuvieron detenidas por decisión de la Administración. Así, el 4 de mayo de 2010 se habrían consumido cuatro meses y 13 días del plazo de ejecución del contrato, según el siguiente cálculo: siendo el primer día computable de dicho plazo el 3 de septiembre de 2009, a la fecha en que se produce la primera suspensión habrían transcurrido tres meses y 19 días, a los que habría que sumar los veinticuatro días que separan el 9 de abril y el 5 de mayo de 2010.

Comoquiera que en esta última fecha todavía no había transcurrido el plazo total de ejecución del contrato, únicamente cabría plantearse la resolución por incumplimiento de los plazos parciales del contrato, si bien para ello sería preciso que el PCAP lo hubiese previsto de forma

expresa, lo que no es el caso, o que la demora en el cumplimiento de tales plazos parciales haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total (art. 196.6 LCSP). Para alcanzar esta presunción, la Administración habría de acreditar que, dada la situación de las obras en el momento en que se suspende su ejecución, y atendido el tiempo restante y las demás circunstancias del caso, es razonable considerar que el adjudicatario no podrá terminar el objeto del contrato en plazo.

Como ha quedado puesto de manifiesto en consideraciones anteriores, si bien el Director de la obra señala que el ritmo de ejecución de ésta no se ajustaba al Programa de Trabajos del Proyecto, su informe parte del error de considerar que el plazo de ejecución de la obra comenzaba a los cinco días de formalización del contrato, cuando no es así. Antes al contrario, el *dies a quo* de dicho plazo hay que fijarlo en el acto de comprobación del replanteo, que tiene lugar el 2 de septiembre de 2009.

Además, no se precisa ni en la propuesta de resolución ni en el informe de la Dirección de la obra qué concretos plazos parciales se habrían incumplido, tampoco consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico el Programa de Trabajos, por lo que no puede considerarse acreditado el incumplimiento de plazo parcial alguno.

En consecuencia, si bien cabe apreciar un retraso en la ejecución de las obras, pues habiendo transcurrido algo más del 50% del plazo total previsto para su terminación únicamente se han ejecutado trabajos equivalentes al 24,64% del precio del contrato, la ausencia en el expediente del Programa de Trabajos y la doble circunstancia de que el informe de la Dirección Facultativa que afirma la existencia de dicho retraso se exprese en términos absolutamente genéricos, sin indicar el incumplimiento de plazos parciales concretos, y que parta de una premisa falsa, como es que el contrato debía haber comenzado a ejecutarse dos meses antes del acto de comprobación del replanteo -lo que incide de forma trascendental sobre la apreciación del retraso de unas obras cuya realización está proyectada en ocho meses-, impide estimar como acreditado que exista la causa de resolución que se pretende imputar al contratista, pues la mera constatación de una demora de apenas un 25% en la ejecución de la obra, no conllevaría por sí sola la imposibilidad de terminar las obras en plazo si la contrata intensificara el ritmo de trabajo en el tiempo restante.

## II. Causas esgrimidas por el contratista.

Del mismo modo, tampoco cabe apreciar que se dé la causa de resolución esgrimida por el contratista, esto es, el impago de las certificaciones de obra expedidas por tiempo superior a ocho

meses. En efecto, cuando el 5 de agosto de 2010 la empresa comunica al Ayuntamiento que el 1 de septiembre el contrato quedará resuelto por dicha causa, comete dos errores:

a) Considerar que la resolución del contrato puede ser declarada de forma unilateral por su propia voluntad sin necesidad de un acto administrativo que así lo acuerde. A diferencia de la suspensión de la obligación de cumplimiento del contrato regulada en el artículo 200.5 LCSP, que se producía por la mera concurrencia de los requisitos legales del transcurso del plazo y preaviso, la resolución del contrato sólo puede ser acordada por la Administración, de conformidad con lo establecido en el artículo 207 de la misma Ley, según el cual la resolución se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista.

La interpretación sistemática de los preceptos citados lleva a considerar que el transcurso de ocho meses sin cumplir la Administración con su obligación de pago de las certificaciones expedidas genera el derecho del contratista a obtener la resolución del contrato, la cual habrá de ser declarada por el órgano de contratación de forma reglada, si se constata dicha circunstancia.

Del expediente remitido se deduce que el Ayuntamiento, lejos de tramitar el procedimiento de resolución instado por el contratista el 5 de agosto, que debería haber finalizado mediante un acto expreso del órgano de contratación por el que se reconociera su derecho a la resolución del contrato, declarándola, o bien se desestimara su pretensión extintiva, procede a abrir uno nuevo el 8 de septiembre, fundado en razones opuestas, aunque claramente relacionadas con las esgrimidas por la empresa.

b) El segundo error del contratista es considerar que a la fecha de su solicitud de extinción del contrato, el 5 de agosto, existía la causa resolutoria establecida por el artículo 200.6 LCSP. Y es que el plazo de ocho meses allí establecido lo es de mora de la Administración, la cual sólo se produce una vez transcurrido el plazo con que ésta cuenta para proceder al abono de las cantidades adeudadas al contratista y que, como ya se indicó, el artículo 200.4 LCSP fijaba en 60 días.

A la fecha de la solicitud, el Ayuntamiento ya había abonado las dos primeras certificaciones, lo que determina que el impago que puede ser considerado a efectos resolutorios es el de las dos certificaciones restantes. La tercera es expedida el 4 de diciembre de 2009 y la cuarta el 5 de enero de 2010. Centrándonos en la primera de ellas, pues basta con la falta de abono de una certificación durante el tiempo establecido legalmente para generar el derecho del contratista a la resolución, la mora de la Administración se habría producido el 4 de febrero de

2010, por lo que el derecho a exigir la extinción del contrato por causa imputable al Ayuntamiento sólo habría surgido a partir del 5 de octubre.

**QUINTA.- Recapitulación y actuaciones a realizar.**

A la luz de lo expuesto, y con la debida cautela que impone el no contar con un expediente completo en los términos indicados *ut supra*, considera el Consejo Jurídico que ambas partes, tanto Ayuntamiento como contratista, han contribuido a la crisis del contrato. La empresa, porque con el ritmo lento al que se desarrollan los trabajos al comienzo de la obra (transcurrido el 50% del plazo de ejecución sólo se había realizado el 24,6% de la obra), ponía en riesgo su culminación en el plazo previsto; pero también la Administración, porque con su incumplimiento de la obligación de abono de las certificaciones de obra expedidas dio lugar a la suspensión del cumplimiento del contrato por parte del contratista y porque a pesar del inadecuado ritmo de ejecución de los trabajos permaneció inactiva, actuando sólo cuando el contratista insta la resolución del contrato.

En tales circunstancias, dado que el presente procedimiento se encuentra caducado y que ambas partes han manifestado su voluntad de resolver el contrato (documento número 26 del expediente), dado además que, en los términos indicados en las consideraciones anteriores y a la vista del limitado expediente remitido a este Órgano Consultivo, no puede considerarse acreditado un incumplimiento del plazo de ejecución del contrato por parte de la empresa y el interés público no parece aconsejar la permanencia del contrato paralizado en su ejecución desde hace meses y dado que, cuando la empresa insta la resolución contractual por impago de la Administración, aún no habían transcurrido los ocho meses de mora necesarios para su aplicación, el Consejo Jurídico estima que cabría proceder a la resolución contractual por mutuo acuerdo contemplado en el artículo 206, letra c), LCSP. En idéntico sentido se expresa el Consejo de Estado en un caso con grandes similitudes con el ahora sometido a consulta, en Dictamen 3406/1997.

Procedería, en consecuencia, declarar caducado el procedimiento de resolución contractual e iniciar los trámites para la extinción del contrato por mutuo acuerdo.

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

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución contractual sometida a consulta, al estar el procedimiento incurso en caducidad, conforme se razona en la Consideración

Tercera de este Dictamen, debiendo la Administración consultante proceder a declararlo así y pudiendo actuar conforme se sugiere en la Consideración Quinta del presente.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 13-2011**

<b>Asunto</b>	Revisión de oficio solicitada por x, contra los actos liquidatorios y de sanción impuesta a la mercantil --.
<b>Consultante</b>	Consejera de Economía y Hacienda (2008)
<b>Fecha</b>	24/01/2011

**Extracto doctrina**

1. En cuanto a la legitimación ha de partirse no sólo del artículo 31.1, letra a), LPAC, sino también de una interpretación sistemática de la normativa tributaria, que utiliza el genérico término de “interesado” para referirse a quienes pueden promover el procedimiento especial de revisión de oficio (art. 217.2 LGT), por contraste con otros procedimientos especiales de revisión, como el de devolución de ingresos indebidos, para los que se establecen reglas específicas y más restrictivas de legitimación activa (art. 14 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el reglamento general de desarrollo de la LGT, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA)).

2. Dispone el artículo 217.4 LGT que, en el procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho, se dará audiencia al interesado y serán oídos aquellos a quienes reconoció derechos el acto o cuyos intereses resultaron afectados por el mismo. El artículo 5.3 RGRVA establece, por su parte, que se dará audiencia al interesado y a las restantes personas a las que el acto reconoció derechos o cuyos intereses resultaron afectados por el acto, para que puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 5 de diciembre de 2008, x. insta de la Consejería de Economía y Hacienda la revisión de oficio de tres actos tributarios relacionados con la adquisición, el 8 de mayo de 2002, por la mercantil -- de una finca, mediante la obtención del 100% del capital de la sociedad -- a la que la finca pertenecía. El precio de adquisición es de 6.310.000 euros. Según el relato del actor, la compra, que se realiza en un mismo acto, se instrumenta en dos escrituras distintas, cada una por el 50% del capital, y son presentadas para su liquidación por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en fechas distintas (17 de mayo y 12 de julio de 2002), ambas como exentas del referido tributo.

El 22 de febrero de 2006, el actor, que es dueño del 9,22% de la sociedad adquirente, solicita a la Dirección General de Tributos una certificación de que aquélla se encontraba al corriente del pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Reiterada esta solicitud el 6 de

marzo siguiente, se pide que, de no estarlo, se tengan los hechos por denunciados y solicita que actúe la Inspección de Tributos.

El 13 de febrero de 2007, la Inspección de Tributos, ante la existencia de dos escrituras públicas que originan dos expedientes de gestión tributaria, levanta dos actas firmadas de conformidad por el representante de la mercantil investigada, de las que resulta que --, debía haber tributado por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en relación con la adquisición del 50% del capital de --, arrojando una deuda tributaria de 236.979,96 euros, y quedando exenta del tributo en relación con la del 50% restante.

Asimismo, en relación con dichos hechos, el 16 de febrero se le impone una sanción de 118.498,98 euros, que dada la conformidad de la mercantil sancionada se reduce un 30%, quedando en 82.942,99 euros.

Las dos liquidaciones resultantes de las actuaciones inspectoras, una con una deuda tributaria de 236.979,96 euros y otra exenta, y la sanción impuesta son los actos ahora impugnados.

Afirma el actor que denunció los hechos ante la Fiscalía el 1 de junio de 2006 y que, tras su ratificación, se abrieron diligencias informativas con fecha 29 de noviembre de 2007. En el transcurso de dichas diligencias la Dirección General de Tributos ha emitido sendos informes que justifican la actuación de las unidades a su cargo.

Para el actor, los actos cuya revisión de oficio solicita incurren en la causa de nulidad prevista en los artículos 62.1, letra d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y 217, letra d) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), pues considera que han sido dictados como consecuencia de infracción penal.

En este sentido, argumenta que no estamos ante dos operaciones por el mero hecho de que existan dos escrituras de adquisición de acciones. La operación es única, pues el mismo día, en dos escrituras ante el mismo Notario y con números de serie consecutivos, "--" adquirió el 100% del capital de la única sociedad ("--") tenedora de un único activo inmobiliario cuya titularidad era el objeto real de la operación. Considera, en consecuencia, que existe una operación única y que también es uno el hecho imponible, de forma que el otorgamiento de dos escrituras *"difícilmente puede tener otro objetivo que ocultar la operación, sobre todo porque las dos escrituras se presentaron como exentas: no se pagó por ninguna"*.

Ello le lleva a afirmar la existencia de delito fiscal pues cada una de las dos escrituras supera por sí misma el umbral de 120.000 euros, lo que permite encuadrar la actuación en el tipo del artículo 305.1 del Código Penal, en cuya virtud, “el que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos (...), siempre que la cuantía de la cuota defraudada (...) exceda de 120.000 euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía”. Considera, además, que no sería aplicable la exención de responsabilidad penal contemplada en el apartado 4 del indicado precepto, pues la regularización de la situación tributaria se habría producido después del inicio por la Administración tributaria de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de la deuda tributaria. Advierte, asimismo, un ánimo defraudatorio en la forma en que las escrituras fueron presentadas.

De forma subsidiaria solicita la declaración de lesividad de los indicados actos al incurrir en infracción del ordenamiento jurídico.

**SEGUNDO.-** El 17 de septiembre de 2009 la Dirección General de Tributos acuerda iniciar el procedimiento especial de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de los actos impugnados.

**TERCERO.-** Conferido trámite de audiencia al actor, comparece y manifiesta que el expediente administrativo está incompleto, solicitando la incorporación de diversa documentación.

El 1 de febrero de 2010 formula escrito de alegaciones para ratificar las de su solicitud inicial. Informa, además, del estado de las actuaciones penales que se siguen por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Murcia, como Diligencias Previas 1089/2007, a raíz de la querrela presentada por el x. Archivadas en su día, la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por el actor y se han reabierto, por lo que el interesado considera que la revisión de oficio solicitada resulta determinante para la investigación que se sigue en el indicado Juzgado.

Incide el interesado con sus alegaciones en que los actos cuya revisión se solicita han sido el producto de la indebida aplicación del ordenamiento jurídico tributario y de los criterios jurisprudenciales imperantes (SSTS de 30 de abril de 2004 y 17 de mayo de 2006; Resolución TEAC 9 de junio de 2009) que interpretan el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), y que determinan que la base imponible del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en los supuestos de adquisición de inmuebles a través de las acciones de la sociedad titular de los mismos, estará constituida por la parte proporcional del valor

de los inmuebles que corresponda al porcentaje total de participación que pase a tener la entidad adquirente en el momento de la obtención del control. En aplicación de esta doctrina, considera el actor que la Dirección General de Tributos debía liquidar por el conjunto de la operación y, por tanto, por el 100% del inmueble, que era el 100% del activo de la sociedad, en lugar de liquidar sólo por el 50%, como hizo.

**CUARTO.-** El 31 de marzo de 2010, la Dirección General de Tributos informa acerca de la solicitud de revisión de oficio instada. Niega legitimación activa al actor para impugnar los actos cuya revisión solicita, por no ser parte en la relación jurídico-tributaria entre la Administración y el obligado tributario, posición que corresponde a la mercantil, de la que es accionista, pero cuya representación no le ha sido otorgada.

Niega, además, que exista la causa de nulidad alegada, dado que no se ha aportado al expediente una sentencia penal que declare la existencia de delito o falta.

**QUINTO.-** Con fecha 3 de mayo de 2010, el Servicio Jurídico de la Consejería consultante emite informe en el que, aunque admite la argumentación de la Dirección General de Tributos acerca de la falta de legitimación del actor para impugnar los actos, considera que ésta derivaría de su condición de interesado y que su calificación como tal en el procedimiento de revisión podría ser discutible.

En cuanto a la causa de nulidad invocada por el actor, se reitera lo indicado por la Dirección General de Tributos acerca de la ausencia en el expediente de declaración de existencia de delito o falta realizada por los órganos de la jurisdicción penal.

**SEXTO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se requiere a la Dirección General de Tributos para que proceda a dar nueva audiencia al actor respecto del expediente completo o se indiquen las razones para no hacerlo. Del mismo modo, se requiere a los órganos preinformantes que se pronuncien acerca de la pretensión subsidiaria de declaración de lesividad de los actos impugnados.

**SÉPTIMO.-** El 14 de junio de 2010 emite informe la Dirección General de Tributos expresando que no se ha dado acceso al actor a la totalidad del expediente atendida su falta de legitimación activa y la especial reserva que exigen los datos contenidos en el expediente. Se afirma, asimismo, que la actuación de la Dirección General de Tributos en los procedimientos de gestión tributaria y sancionador de los que derivan los actos impugnados se ha ajustado al ordenamiento.

**OCTAVO.-** El 28 de junio, el Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda se remite a lo indicado por la Dirección General de Tributos, considerando procedente la no concesión de un nuevo trámite de audiencia.

**NOVENO.-** Con fecha 16 de julio de 2010, la Dirección de los Servicios Jurídicos emite su informe. Estima que es difícil negar la condición de interesado al socio de una mercantil para poder impugnar actos tributarios y sancionadores impuestos a dicha sociedad, dado que tales actos pueden afectar a los derechos e intereses legítimos del socio. No obstante, considera razonable el criterio de la Dirección General Tributos de negar el acceso del interesado a determinados documentos del expediente, a la luz del carácter reservado de los mismos.

En relación con la causa de nulidad invocada, se manifiesta que ante la ausencia en el expediente de resolución penal firme que declare la existencia de una infracción penal, no puede considerarse que se dé dicho motivo. En relación con la declaración de lesividad subsidiariamente pretendida, la Dirección de los Servicios Jurídicos excusa pronunciarse, ante la falta de razonamiento jurídico por parte del interesado que le dé sustento o que la desvirtúe por parte de la Dirección General de Tributos.

**DÉCIMO.-** Remitido el expediente al Consejo Jurídico mediante escrito recibido el 22 de julio de 2010, y estando pendiente de la emisión del presente Dictamen, el x. solicita audiencia ante este Órgano Consultivo, a lo que se accede por Resolución del Presidente del Consejo Jurídico de la Región de Murcia de 27 de octubre siguiente, en virtud de lo establecido en los artículos 31.1, letra a) LPAC y 48 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este órgano, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril).

**UNDÉCIMO.-** Obtenida vista del expediente el 10 de noviembre de 2010, el interesado formula alegaciones el 26 de noviembre siguiente, señalando que lo que pretende con su acción no es sólo que se dejen sin efecto los actos impugnados, sino que se proceda a practicar las liquidaciones y las sanciones que correspondan de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Vuelve a insistir en los argumentos ya expuestos con ocasión del primer trámite de audiencia concedido relativos a la incorrecta aplicación de los criterios interpretativos del artículo 108 LMV en la determinación de la base imponible del tributo, a la existencia de una única operación de compra y no dos, a la existencia de delito fiscal y a la relevancia del presente procedimiento de revisión de oficio para las investigaciones penales.

Asimismo, señala que la calificación de los hechos denunciados como leves en el procedimiento sancionador es errónea, pues debieron calificarse como graves, al existir ocultación y un premeditado ánimo defraudador.

En relación con la declaración de lesividad pretendida señala que ésta deriva de haberse recaudado sólo la mitad de lo debido y no el total de lo que debería haber abonado la mercantil.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

De conformidad con el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 217.4, segundo párrafo, LGT, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre la revisión de oficio de tres actos administrativos en materia tributaria, cuya declaración de nulidad se pretende.

#### **SEGUNDA.- Legitimación activa.**

La Dirección General de Tributos niega al x. legitimación activa para impugnar los actos tributarios cuya revisión solicita, al estimar que no forma parte de las correspondientes relaciones jurídico tributarias vinculadas a aquéllos, pues el sujeto pasivo de tales actos es la mercantil "--", que no le ha apoderado para actuar en su nombre.

No es discutible que el actor carece de la condición de obligado tributario en los procedimientos de aplicación del tributo e inspección que dieron lugar a los actos objeto de revisión, pero tampoco lo es que sus derechos e intereses legítimos se ven afectados por los referidos actos tributarios, en su calidad de accionista de la empresa, condición ésta que, si bien no le atribuye las responsabilidades tributarias que corresponden a la persona jurídica y a sus administradores, sí que le otorga un plus de interés sobre el que pueda ostentar un tercero ajeno a la mercantil o el mero denunciante a que se refiere el artículo 114 LGT, el cual carece de legitimación para recurrir o impugnar los actos derivados de los procedimientos iniciados a raíz de la denuncia.

Como decimos, el x, titular de casi el 10% del capital social de la mercantil liquidada y sancionada, no es un mero denunciante al que mueva un simple interés en el cumplimiento de la

legalidad, que también invoca, sino que ostenta otro adicional nacido de las consecuencias que para su patrimonio pueden derivarse de los actos impugnados y de la, según presume, falta de regularización fiscal de la empresa. Este interés, insuficiente para otorgarle la condición de parte o interesado necesario en la relación tributaria nacida de la aplicación del tributo y del procedimiento inspector, sí que le confiere la cualidad de interesado voluntario, lo que le habilita para incoar el procedimiento de revisión de oficio de los actos tributarios que, de un modo u otro, afectan a su esfera jurídica.

Para llegar a tal conclusión ha de partirse no sólo del artículo 31.1, letra a), LPAC, sino también de una interpretación sistemática de la normativa tributaria, que utiliza el genérico término de “interesado” para referirse a quienes pueden promover el procedimiento especial de revisión de oficio (art. 217.2 LGT), por contraste con otros procedimientos especiales de revisión, como el de devolución de ingresos indebidos, para los que se establecen reglas específicas y más restrictivas de legitimación activa (art. 14 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el reglamento general de desarrollo de la LGT, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA)). Por otra parte, el término “interesado”, en tanto que carece de una definición legal genérica para toda la LGT o una específica para los procedimientos especiales de revisión, puede ser aquí interpretado de forma análoga a lo establecido en el artículo 232.1 LGT, cuya descripción de quien está legitimado para interponer reclamación económico-administrativa es perfectamente coherente con la establecida en el artículo 31.1 LPAC, al reconocer tal legitimación no sólo a los obligados tributarios y sujetos infractores, sino también a “cualquier otra persona cuyos intereses legítimos resulten afectados por el acto o la actuación tributaria”.

Ahora bien, si de dicha consideración se desprende la legitimación activa del actor para impugnar los actos en el procedimiento especial de revisión de actos nulos de pleno derecho, no goza de tal habilitación legal para instar su declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, como se razona en nuestro Dictamen 227/2010 (en relación con el régimen de la declaración de lesividad establecido en el artículo 103 LPAC, pero cuyas consideraciones son plenamente trasladables a la declaración de lesividad de los actos tributarios anulables prevista en el artículo 218 LGT, dada la declarada aproximación de regímenes que lleva a cabo la LGT, según destaca su Exposición de Motivos), la legitimación activa para iniciar el procedimiento de lesividad de un acto, como paso previo a la impugnación jurisdiccional, corresponde en exclusiva a la Administración autora del acto, careciendo de ella los particulares, quienes cuentan con las vías ordinarias de impugnación tanto en el ámbito administrativo, a través de los oportunos recursos y reclamación económico-administrativa, como en el judicial, mediante el correspondiente recurso contencioso-administrativo. En cualquier caso, ello no es óbice para que, si la Administración autora del acto cuya lesividad se solicita considera que incurre en cualquier

infracción del ordenamiento jurídico determinante de su anulabilidad, incoe de oficio el procedimiento previsto en el artículo 103 LPAC y 218 LGT para dejarlo sin efecto.

Ha de advertirse, al respecto, que si la acción de nulidad no está sometida a plazo, salvo las limitaciones temporales que deriven del artículo 106 LPAC, no ocurre lo mismo con la declaración de lesividad, la cual sólo podrá acordarse antes del transcurso de cuatro años desde la notificación de los actos que se pretenda dejar sin efecto (art. 218.2 LGT). Comoquiera que tales actos fueron notificados el 13 (las dos liquidaciones) y el 16 (la sanción) de febrero de 2007, el plazo para su declaración de lesividad expira el próximo mes de febrero de 2011.

### **TERCERA.- Del procedimiento. Omisión del trámite de audiencia.**

1. La LGT regula en el Título V la revisión en vía administrativa y, en concreto, el artículo 217 prevé la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria. En desarrollo de dicha ley se aprobó el RGRVA, que regula la revisión de actos nulos de pleno derecho en los artículos 4 y siguientes.

El órgano competente para resolver el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos es la Consejera de Economía y Hacienda, de acuerdo con el artículo 217.5 LGT y con los artículos 16.1,g) y 33.1, b), ambos de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración regional.

2. Omisión del preceptivo trámite de audiencia a un interesado.

Dispone el artículo 217.4 LGT que, en el procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho, se dará audiencia al interesado y serán oídos aquellos a quienes reconoció derechos el acto o cuyos intereses resultaron afectados por el mismo. El artículo 5.3 RGRVA establece, por su parte, que se dará audiencia al interesado y a las restantes personas a las que el acto reconoció derechos o cuyos intereses resultaron afectados por el acto, para que puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes.

Sin embargo, no consta en el expediente que se haya conferido trámite de audiencia a la mercantil "--" al efecto de permitirle alegar cuanto convenga a su derecho, respecto de la acción de nulidad instada por el x. frente a actos tributarios que afectan a los derechos e intereses legítimos de la indicada entidad. La preceptividad de dicha audiencia deriva de su condición de interesada en el procedimiento revisor, reconocida de forma reiterada en el expediente por la Dirección General de Tributos, y que nace de su posición jurídica de obligado tributario respecto a los actos objeto de

revisión, con los eventuales efectos jurídicos, favorables y desfavorables, que de la resolución del procedimiento de nulidad podrían derivarse para la empresa.

Procede, en consecuencia, completar los actos de instrucción del presente procedimiento, confiriendo el trámite de audiencia omitido, tras lo cual habrá de actuarse conforme a lo establecido en el artículo 5.4 RGRVA y proceder a dictar nueva propuesta de resolución que habrá de ser remitida al Consejo Jurídico para Dictamen sobre el fondo del asunto.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Procede completar la instrucción del procedimiento, confiriendo trámite de audiencia a la mercantil "--", conforme a lo indicado en la Consideración Tercera, 2 del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 14-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 24/01/2011

**Extracto doctrina**

1. Los hechos permiten establecer la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el fallecimiento de la paciente, en tanto el corte de suministro de energía durante 42 minutos no fue debido a una causa de fuerza mayor (que pudiera implicar la ruptura del nexo causal), sino a la actuación de la contratista de la Administración durante la realización de las obras del aparcamiento del centro hospitalario, sin que existiera, en su defecto, fuentes de energía autónoma en el centro hospitalario que permitieran el funcionamiento de los equipos del arco vascular, que estaban siendo utilizados en ese momento con la paciente.

2. La relación de causalidad no ha de entenderse en sentido absoluto, es decir, como un nexo directo y exclusivo, sino en sentido relativo, de forma que la aparición de una pluralidad de causas en la generación del daño, entre ellas, en todo caso, la obligada relación con el funcionamiento del servicio público, permite apreciar una concurrencia de culpas con la consiguiente distribución equitativa de la indemnización derivada de la lesión sufrida.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 16 de noviembre de 2006, x, en representación de x, según la escritura de poder que acompaña, y como mandatario verbal de x, y, z, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por el fallecimiento de x, hija y hermana, respectivamente, de los reclamantes, como consecuencia del irregular funcionamiento del servicio público prestado.

Según relata, estos hechos determinaron la interposición de una denuncia por la que se incoaron Diligencias Previas (núm. 1326/2004) en el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Murcia. En este proceso penal el Médico Forense emitió informe que resume del siguiente modo lo ocurrido:

*“Aproximadamente a las 21 horas del 5/2/04, x. sufre un trastorno caracterizado por la pérdida brusca de conciencia, convulsiones tónico clónicas generalizadas y vómitos del que es atendida en primera instancia por el 061 que procede a trasladarla al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca donde, tras anamnesis, exploración y pruebas*

complementarias (TAC cerebral), es diagnosticada de hemorragia subaracnoidea e ingresada a cargo del Servicio de Neurocirugía.

El día 6/2/04 ingresa en el Servicio de Neurocirugía, donde proceden a instaurar tratamiento de la mencionada HSA a fin de estabilizarla para posteriormente realizar la/las exploraciones complementarias necesarias para el diagnóstico causal de dicha HSA. Es diagnosticada de aneurisma de arteria cerebral media izquierda el día 9/2/04 mediante angiografía cerebral.

Durante los días 9 y 10 los Servicios de Radiología Intervencionista y Neurocirugía consideran la posibilidad de tratamiento endovascular del aneurisma como alternativa al posible tratamiento quirúrgico, asimismo hablan con el enfermo y la familia, explicándole los riesgos del tratamiento endovascular. Aceptado el mencionado tratamiento por familiares y enfermo, éste se realiza el día 11/02/04.

Bajo anestesia general, microcateterizaron selectivamente el aneurisma. Embolización mediante un primer COIL, comprobaron angiográficamente la buena colocación del mismo y colocaron un segundo COIL, que no se adaptó bien a la morfología del aneurisma por lo que fue retirado. En ese momento ocurrió un fallo en la imagen del equipo de angiografía, por lo que retiraron definitivamente dicho COIL y esperaron que reiniciase el equipo. Reiniciado el equipo deciden colocar un segundo COIL de diferente tamaño al retirado pero el control angiográfico previo mostró extravasación de contraste a nivel del aneurisma, lo que indicaba resangrado del mismo. Cuando se disponían a colocar el COIL para controlar el resangrado y cerrar el aneurisma, se produjo un corte en el suministro eléctrico de todo el Hospital que los dejó sin imagen en los equipos de RX. Se reconectó el suministro autónomo del Hospital, pero este no es suficiente para que funcionen los equipos de RX.

Dado el largo tiempo que están sin suministro eléctrico y una vez restaurado éste, deciden realizar un TAC craneal para averiguar el alcance de la hemorragia y dejan el caso en manos de los neurocirujanos para la posible evacuación del hematoma y el cierre del aneurisma por vía quirúrgica.

Los neurocirujanos dado el estado de la paciente deciden no intervenir e ingresarla en la UCI. En esta unidad permanece estable durante las 24 horas, el día 12/02/04 tras la realización de un TAC cerebral de control descubren un incremento del edema perilesional, infarto de la arteria cerebral media izquierda, que colabora con el aumento del edema y de la presión intracraneal (...)

*En los días sucesivos el deterioro es progresivo debido a complicaciones secundarias (...) hasta que el día 18/02/04 se diagnostica muerte encefálica”.*

Los reclamantes destacan la siguiente conclusión del Médico Forense (folio 49): *“El corte de suministro eléctrico influyó de manera determinante en el resultado de muerte de la paciente. Asimismo, a mi juicio, debería ser inadmisibles que no esté garantizado el suministro eléctrico necesario para el funcionamiento de los diferentes aparatos y/o equipos en los quirófanos de los distintos servicios de un hospital, y por razones más que obvias, para el funcionamiento de los equipos de RX en un quirófano de radiología intervencionista, en el caso concreto que nos ocupa...”.*

Refieren que este proceso fue sobreesido provisionalmente por Auto de 27 de junio de 2006, con expresa reserva de acciones civiles. A partir de ese momento, abandonaron la vía penal ante el hecho de que nadie les iba a devolver a la hija y hermana fallecida y era inimaginable cualquier tipo de intencionalidad en su fallecimiento, tachando la actuación de los profesionales sanitarios de negligente, por lo que iniciaron el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Seguidamente, desarrollan las imputaciones al Servicio Murciano de Salud desglosadas en los siguientes apartados:

1. Corte de suministro eléctrico producido en el momento en el que se estaba procediendo a la intervención de embolización aneurismática a la paciente.

Expresan que dicho hecho es aceptado y reconocido en la hoja de la intervención (folio 82):

*“(...) cuando se va a decidir la colocación de un segundo COIL se aprecia una pequeña extravasación de contraste. En ese momento se produce un corte de luz general del hospital, que nos deja sin servicio de los equipos de RX, incluidos los angiográficos y los scanner durante más de ¾ de hora, lo que nos deja sin posibilidad de decidir la actuación ulterior: taponar con nuevo COIL ¿ intervención quirúrgica durante esa hora (...).”.*

De ahí que los reclamantes sostengan que el corte en el suministro eléctrico se produjo en el momento en que la paciente estaba siendo intervenida de embolización aneurismática, durando más de tres cuartos de hora.

2. Obligación del Hospital Virgen de la Arrixaca de disponer de fuentes autónomas de energía en las salas o quirófanos, que garanticen el suministro de los equipos imprescindibles para llevar a cabo este tipo de intervenciones: los llamados en este caso arco vascular (Rx angiográfico y scanner).

Pese a que el Hospital informó al Juzgado correspondiente que la legislación aplicable no exigía disponer de estas fuentes autónomas en salas como en la que se intervino a la paciente, los reclamantes consideran que dicha exigencia es absolutamente básica y de sentido común, derivada de la diligencia mínima que pueda exigirse a los agentes de la Administración que prestan su servicio en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, con independencia de cualquier exigencia reglamentaria, como reconoce el Médico Forense:

*“Independientemente de que la legislación vigente durante la construcción del HUVVA y/o la legislación actual exijan o no la conexión del arco vascular a una fuente de energía propia e independiente de la principal, que garantice la continuidad de su funcionamiento en caso de un corte de suministro, ésta sería más que recomendable y a mi juicio exigible, ya que la función del referido arco vascular en el caso que nos ocupa, no es ser mero apoyo diagnóstico o terapéutico para otras especialidades, sino que son los ojos del neurorradiólogo que está interviniendo en una zona con numerosas estructuras de importancia vital y por tanto, sin el concurso de éste, sería imposible hoy día plantearse realizar una embolización aneurismática”.*

Con independencia de lo expresado, sostienen que también resulta exigible desde el punto de vista normativo, a tenor de lo dispuesto en el Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento Electrónico de Baja Tensión y su Instrucción Técnica Complementaria ITC-BT 38, aplicable a los quirófanos y salas de intervención.

De lo expuesto, los interesados derivan otras responsabilidades:

*“1.- Alguna responsabilidad debe tener también el equipo médico que decide realizar la embolización aneurismática en un lugar que no dispone de los servicios necesarios para llevar a cabo esa intervención con seguridad.*

*2.- Y alguna responsabilidad debería exigírsele por parte de la Administración a la que me dirijo a los responsables del área en cuestión, y al personal médico que siguen realizando al día de hoy ese tipo de intervenciones en las mismas condiciones de ausencia de fuentes propias de abastecimiento del arco vascular poniendo en peligro la vida de los pacientes”.*

A la vista de las imputaciones realizadas, los reclamantes consideran la indubitada existencia de nexo causal entre la falta de alimentación eléctrica del arco vascular durante aproximadamente una hora en el transcurso de la embolización aneurismática y la muerte de la paciente, según reconoce el Médico Forense, al señalar que el corte de suministro fue determinante en el resultado de muerte de aquélla, puesto que:

- El corte del suministro eléctrico interfirió en el desarrollo normal del procedimiento que se estaba realizando.
- Imposibilitó la aplicación de cualquier técnica terapéutica que minimizara la pequeña hemorragia, objetivada justo antes del corte de electricidad, y que evitara los efectos secundarios que llevaron al *exitus* de la paciente.

En la valoración del daño moral de sus familiares por el fallecimiento de la paciente (de 25 años de edad), el escrito de reclamación destaca su condición de hija y hermana mayor, que desempeñaba una importante labor en el seno de su familia, puesto que su progenitora padecía desde hacía más de diez años una enfermedad psiquiátrica (se aporta la resolución reconociendo su grado de minusvalía del 66%), desglosando la cantidad indemnizatoria solicitada de 380.000 euros en las siguientes partidas:

- Para el padre: 100.000 euros como indemnización básica y 10.000 euros más por aplicación del factor corrector de perjuicios económicos.

- Para la madre: 100.000 euros como indemnización básica, 10.000 euros más por aplicación del factor corrector de perjuicios económicos y 50.000 euros más por aplicación del factor corrector "discapacidad psíquica acusada de la perjudicada".

- Para cada uno de los hermanos menores: 50.000 euros como indemnización básica, más 5.000 euros por aplicación del factor corrector de perjuicios económicos.

Finalmente, interesan que se tramite la presente reclamación mediante el procedimiento abreviado para evitar que se eternicen los trámites, que permita a los reclamantes recibir la correspondiente compensación a lo sucedido, proponiendo la práctica de prueba, entre ella la documental aportada con el escrito de reclamación, que obra en los folios 40 a 118 del expediente.

**SEGUNDO.-** Con fecha 27 de febrero de 2007, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de admisión a trámite, la cual fue notificada a las partes

Al mismo tiempo se solicitó copia de la historia clínica e informes de los servicios correspondientes del Hospital Virgen de la Arrixaca.

**TERCERO.-** Desde el Hospital Virgen de la Arrixaca se remitió copia de la historia clínica de la paciente (folios 130 a 230), así como los siguientes informes médicos:

1. Informe suscrito por varios profesionales del centro hospitalario evacuado con ocasión de las Diligencias Previas núm. 1326/2004, fechado el 20 de junio de 2005 (folios 217 a 219), que concluye:

*“1. La paciente ingresa de urgencia en nuestro hospital por un cuadro de hemorragia subaracnoidea extensa y con pronóstico muy grave.*

*2. Se decide y acepta tratamiento endovascular intervencionista.*

*3. Dicha terapéutica de embolización vía endovascular presenta un porcentaje significativo de riesgos inherentes a la técnica, siendo los más frecuentes la hemorragia y el infarto cerebral.*

*4. Durante el acto intervencionista se objetiva una extravasación de contraste tras la cual se produce un corte de fluido eléctrico.*

*5. La paciente mantiene constantes vitales adecuadas durante la interrupción del suministro eléctrico.*

*6. La angiografía realizada pre y post interrupción del fluido eléctrico presenta una similar situación vascular cerebral a nivel de la lesión.*

*7. El TAC realizado igualmente tras el retorno del suministro eléctrico no condiciona adoptar una actuación quirúrgica inmediata.*

*8. La paciente ingresa en UCI con constantes normales y con PIC en los límites normales.*

*9. El empeoramiento de la PIC en días sucesivos se corresponde en TAC con resangrado en la zona de la lesión inicial e infarto secundario.*

10. *La necropsia informa del hallazgo de aneurisma de la arteria cerebral media con rotura de la misma y hemorragia subaracnoidea e intraparenquimatosa”.*

2. Informe del Jefe de Sección de Neurología, Dr. x, de 21 de junio de 2005 (folios 220 y 221):

*“Paciente con aneurisma cerebral sometida a tratamiento endovascular a cargo del Dr. x, neurorradiólogo intervencionista, mediante embolización con coils. En el curso de dicha embolización se produjo un corte de fluido eléctrico que, al parecer, dejó sin visión, y consecuentemente sin óptimo control al neurorradiólogo. Tras restablecerse el fluido eléctrico y conseguir de nuevo visión, el neurorradiólogo observó que el aneurisma estaba ya parcialmente embolizado; sin embargo, se había producido una extravasación de contraste en la zona cercana al cuello del aneurisma, por lo que fui requerido en consulta como neurocirujano de guardia. También acudió el Dr. x, evaluando el caso entre ambos.*

*La paciente se encontraba anestesiada y por lo tanto no era posible realizar una exploración neurológica suficientemente explícita de la misma. Sin embargo, sus constantes hemodinámicas estaban dentro de la normalidad. Decidimos realizar una TAC craneal para comprobar el alcance de la extravasación descrita. En la TAC apareció material de contraste (consecuente con una hemorragia producida en el momento del procedimiento neurorradiológico en el cuello del aneurisma) que ocupaba parte de la cisura de Silvio (frontotemporal), sin efecto masa, sobre el cerebro ni desviación de la línea media. Tampoco había sangre intraventricular y el tamaño de esos ventrículos cerebrales era completamente normal.*

*Cuando sangra de inmediato un aneurisma, máxime tras un procedimiento endovascular, se puede organizar un coágulo de sangre lo suficientemente voluminoso que obligue a operar de urgencia y evacuar dicho coágulo para evitar una compresión fatal de áreas fundamentales del troncoencéfalo. No era éste el caso, pues el volumen de sangre extravasado era más que discreto, pudiendo, razonablemente, esperarse una reabsorción espontánea de esa sangre. Al mismo tiempo, el cerebro suele responder ante las hemorragias con una hinchazón del mismo, el edema cerebral, que lo hace muy friable (muy vulnerable a la manipulación quirúrgica), e impide la necesaria retracción imprescindible para acceder quirúrgicamente, y sin lesionar el tejido cerebral, a la base del cerebro donde suelen situarse los aneurismas. Por todo ello, la política que se ha llevado desde hace casi 30 años en nuestro servicio es "enfriar" el sangrado del aneurisma: mantener las mejores condiciones hemodinámicas del paciente hasta que transcurren aproximadamente dos semanas desde la hemorragia y operando el aneurisma en tales condiciones*

que el cerebro permite una vez disminuido el edema (y también pasada la fase de "espasmo" vascular que suele suceder a la hemorragia subaracnoidea) ser retraído con seguridad y poder acceder al cuello del aneurisma para cliparlo. Operar fuera de esas condiciones conlleva una altísima morbilidad y mortalidad. Digamos que solo debe realizarse una intervención de ese tipo si existen criterios de riesgo inminente de compresión de centros vitales del cerebro que amenacen de forma apremiante la vida del paciente (tal como un voluminoso coágulo o hematoma del que ya hemos hablado), lo que en este caso no existía. En tales condiciones acordamos, tanto el Dr. X. como yo mismo, que lo más prudente era una actitud conservadora, transfiriendo a la paciente a la UCI para observar su evolución inmediata, solicitando que, en caso de deterioro neurológico o hemodinámico de la enferma, se me avisase de nuevo para reevaluar actitud a seguir, por ejemplo, si hubiese crecido ostensiblemente el volumen de la sangre extravasada hasta convertirse en un genuino hematoma que produjese efecto masa compresivo sobre el cerebro.

Sin embargo, no fui requerido en ningún otro momento hasta finalizar mi horario de guardia de ese día.

En los días sucesivos la paciente fue asistida, tanto por los intensivistas de la UCI como por otros compañeros del servicio de Neurocirugía, quienes tampoco juzgaron oportuno el momento para proceder, con suficientes garantías de éxito, a una intervención ciertamente muy arriesgada.

Desgraciadamente la evolución de la paciente no tendió a la mejoría, muy probablemente por afectación de la microcirculación cerebral, esto es, por la pérdida de la autorregulación intrínseca de los vasos que irrigan el cerebro, desembocando en un proceso intratable de edema cerebral que a su vez agrava esa autorregulación hasta un punto irreversible, produciéndose el óbito de la paciente pocos días después.

Es preciso, como corolario, considerar ciertos puntos en relación al tema que nos ocupa; en primer lugar, tras una hemorragia subaracnoidea, entre el 10 y el 15% de los pacientes mueren antes de poder llegar a recibir ninguna atención médica. De los que sobreviven, otro 10% fallece a los pocos días, siendo la mortalidad global a los 30 días de la hemorragia de hasta un 60%. De entre los que sobreviven a ese segundo grupo, la mitad padece una grave incapacidad neurológica y, finalmente, entre los que llegan a superar con "éxito" una intervención quirúrgica, el 60% nunca vuelve a estar en las mismas condiciones que antes del padecimiento (Mark S. Greenberg, *Handbook of Neurosurgery*. p.815. Lakeland. Florida, 4ªed. 1997). Todo ello nos da una clara idea de la enorme gravedad de la enfermedad que estamos comentando".

**CUARTO.-** Desde el Hospital Virgen de la Arrixaca también se remite informe del Director de Gestión y Servicios Generales, 21 de mayo de 2007, que viene a reiterar lo manifestado en el proceso judicial (folios 222 al 229), señalando como causa de la interrupción del suministro de energía eléctrica un accidente involuntario producido por una pala excavadora propiedad de la UTE --, adjudicataria de las obras de construcción del aparcamiento subterráneo del referido centro sanitario, que supuso el seccionamiento del cable de alta tensión que da servicio al Hospital de la Arrixaca. Este hecho supuso una interrupción generalizada del suministro eléctrico en todo el Hospital, activándose automáticamente las fuentes propias de energía que dan servicio a aquellas zonas, instalaciones y áreas exigidas reglamentariamente, entre las que no se encuentran los equipos de radiología (arco vascular, equipos de hemodinámica, etc.) debido a la no exigencia reglamentaria en el momento de la construcción de los edificios del recinto hospitalario, conforme a la Instrucción Técnica Complementaria BT 025, que regula las prescripciones particulares para los locales de pública concurrencia, en desarrollo del RD 2413/1973, de 20 de septiembre, por el que se regula el Reglamento Electrónico de Baja Tensión, entonces aplicable.

En relación con la sala donde se realizada la intervención, se señala por el referido Director:

*“Los Quirófanos y Salas de Radiología Vascular del Hospital de la Arrixaca disponen de los equipos de seguridad que exige la Instrucción Técnica Complementaria BT 025 sobre instalaciones en locales de pública concurrencia en vigor en el momento de la construcción de las referidas áreas.*

*Por tanto, disponen de Alumbrados Especiales (emergencia, señalización y reemplazamiento) y Fuentes Propias de Energía que dan servicio al alumbrado antes indicado y a los enchufes del panel de aislamiento.*

*(...) Por tanto, el día de la fecha del incidente se activaron de forma automática todos los equipos y dispositivos conectados a los enchufes a los que da servicio el equipo electrónico y que permiten a los profesionales controlar en todo momento las constantes vitales del paciente intervenido (monitores, respiradores, alumbrados, etc.).*

*Las fuentes propias de energía dan servicio a receptores de pequeña y mediana potencia, y los equipos de radiología son de elevada potencia, con consumos energéticos grandes y con puntas de consumo de intensidad muy altas para el disparo de los rayos x, o el proceso de escopia (disparos continuos de rayos x), no estando indicada, por lo tanto no exigida, su conexión en el*

*reglamento electrotécnico para baja tensión o sus instrucciones técnicas complementarias, que es la norma que regula todas las instalaciones eléctricas en baja tensión*

*Sí está conectado a la fuente propia de energía, grupo electrógeno, el resto de elementos de la sala (alumbrados, panel de aislamiento, enchufes de dicho panel, etc.), y las fuentes propias de energía (bloques de alumbrado autónomo, alumbrado a través de batería, etc.) funcionan de forma automática, garantizando la continuidad del servicio.*

*Las Fuentes Propia de Energía de la sala de Radiología Vascolar donde se practicó la intervención programada a la paciente mencionada en el oficio judicial objeto de contestación, funcionaron correctamente, tal y como se viene indicando de forma reiterada en este escrito y en el anterior.*

*No obstante, el arco vascular con el que se llevan a cabo las técnicas de esta Especialidad no dispone de Fuente Propia de Energía para la continuidad de su funcionamiento en caso de interrupción del suministro eléctrico por no ser reglamentariamente exigible, tal y como establece el reglamento electrotécnico para baja tensión y sus instrucciones técnicas complementarias, dado que no se trata de un equipo que garantice y contribuya a mantener las constantes vitales de los pacientes, sino que se trata de un equipo de Radiología de apoyo diagnóstico y terapéutico a otras Especialidades (en el caso que nos ocupa a Neurocirugía), por lo que se proyectó y ejecutó la sala de acuerdo con lo preceptuado en el Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión en vigor en el momento en que se construyó la misma y que data del año 1973, con modificaciones en el 1985”.*

Finalmente, dicha Dirección extrae la siguiente conclusión:

*“Por tanto, a juicio del que suscribe y apoyando los argumento en el informe médico que se acompaña, existen dudas más que razonables para concluir que el fallecimiento de la paciente el día 18 de febrero de 2004 se produce como consecuencia de que un arco vascular estuviera sin fluido eléctrico durante unos 30 minutos el día 11 del mismo mes, dado el carácter no esencial para la vida de la paciente del equipo, así como de la situación de estabilidad hemodinámica en la que la misma se encontraba durante toda la intervención y todo ello unido al hecho de que entre ambas fechas (11 y 18 de febrero) existieron múltiples oportunidades para llevar a cabo las intervenciones médicas necesarias (quirúrgicas o no) para taponar (embolizar) el aneurisma”.*

**QUINTO.-** Por el órgano instructor se solicitó informe al Jefe de Mantenimiento del Hospital Virgen de la Arrixaca sobre los siguientes extremos:

1. Si era previsible este tipo de accidentes causados por una máquina excavadora.

2. En caso afirmativo, qué medidas debieron adoptarse para evitarlos y si en este supuesto fueron adoptadas.

Dichas cuestiones fueron contestadas por el Coordinador de Ingeniería del citado centro hospitalario de la siguiente manera:

*“1.- El técnico que suscribe considera que sí puede ser previsible este tipo de accidente, causado por una máquina excavadora, que en la realización de excavación y movimiento de tierras pueda interferir con alguna instalación o infraestructura que discurra por el lugar, e interrumpa su normal funcionamiento.*

*2.- Se desconocen las medidas que se adoptaron, y las que pudiera marcar el preceptivo Estudio de Seguridad, o que indicara el Coordinador de Seguridad de la obra, o la Dirección Facultativa, pues dichas obras se encontraban en el interior del vallado perimetral que definía la obra, sin acceso desde el Hospital, así como que la supervisión de dichas obras correspondió a la Oficina Técnica dependiente de la Secretaría General Técnica del Servicio Murciano de Salud.*

*No obstante, el técnico que suscribe considera que tanto en el Proyecto Básico y de Ejecución, redactado por la Dirección Facultativa de Arquitectura, como en el Estudio de Seguridad, deberían estar reflejadas las servidumbres de paso de instalaciones e infraestructuras de la zona objeto de trabajo, debiendo adoptar, una vez conocidas estas servidumbres, las medidas de organización y trabajo de forma que no interfirieran con las mismas”.*

**SEXTO.-** Mediante oficio de 31 de julio de 2007, se solicitó la copia testimoniada de las Diligencias Previas núm. 1326/2004 al Juzgado de Instrucción núm. 7 de Murcia, que constan en los folios 240 a 547 del expediente.

**SÉPTIMO.-** Recabado de forma reiterada el informe de la Oficina Técnica del Servicio Murciano de Salud por ser la encargada de la supervisión de las obras del aparcamiento, es evacuado por la Jefa de Servicio de Obras y Contratación el 10 de octubre de 2007, mediante comunicación interior, en la que expresa lo siguiente:

*“La cláusula 16.A) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA DEL APARCAMIENTO DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO “VIRGEN DE LA ARRIXACA” Y POSTERIOR EXPLOTACIÓN DEL MISMO establece en su primer párrafo que el adjudicatario presentará el Proyecto de Ejecución en el plazo máximo de un mes a contar desde la finalización del contrato. Por tanto, la -- fue la encargada de elaborar dicho Proyecto, que, además, y de conformidad con lo previsto en los artículos 124 TRLCAP y 5 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, debía incorporar el estudio de seguridad y salud.*

*En este sentido el Informe de Supervisión de la Dirección General de Patrimonio, de 24 de noviembre de 2003, establecía que el proyecto consta de los documentos reglamentarios bien redactados, en los que se justifican, describen y representan las obras con el detalle suficiente.*

*- Asimismo, la Dirección facultativa de las obras fue designada por el adjudicatario, tal y como consigna la cláusula citada del Pliego: “La Dirección facultativa de las obras, instalaciones y servicios comprendidos en el proyecto aprobado corresponderá al técnico titulado competente que designe la persona física o jurídica que resulte adjudicataria”.*

*- Por tanto, la UTE fue la encargada de la designación de arquitecto, arquitecto técnico y coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, y en su caso, los Ingenieros que legalmente fuesen exigibles, siendo éstos los responsables de la seguridad de la obra, cada uno de acuerdo a sus atribuciones profesionales.*

*- Por otro lado, el Pliego recoge como obligación del contratista la de responder directamente de todos los daños que pudieran producirse al Servicio Murciano de Salud -Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca-o a terceros como consecuencia de la obra, salvo en caso de fuerza mayor o de que el mismo haya sido ocasionado como consecuencia inmediata y directa de una orden de la dirección del Hospital”.*

**OCTAVO.-** Con fecha 10 de enero de 2008 el reclamante presenta escrito por el que solicita certificación del acto administrativo producido por silencio administrativo, siendo expedida el 16 de enero de 2008 (folio 555).

**NOVENO.-** Frente a la desestimación presunta de la reclamación, los interesados interponen recurso contencioso administrativo (Procedimiento Ordinario 63/2008), según Providencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la

Región de Murcia, de 26 de marzo de 2008, por la que se solicita la remisión del expediente administrativo y el emplazamiento de los interesados, lo que consta cumplimentado en los folios 653 a 664.

**DÉCIMO.-** Por la Inspección Médica se emite informe el 2 de abril de 2009 (folios 666 a 699) en el que se concluye:

*“Si la falta de suministro eléctrico no fue causa directa de la muerte de x, sí lo fue de forma indirecta al impedir adoptar decisiones y actuaciones que hubieran paliado la complicación que surgió, y que estaba dentro de lo posible, actuando esta (por omisión de segunda actuación como causa inexcusable del fallecimiento) y por tanto puede concluirse que el corte de suministro eléctrico influyó de manera determinante en el resultado de muerte.*

*Aunque para nosotros queda expresamente claro la obligatoriedad de implantar un sistema complementario de suministro eléctrico para los equipos del arco vascular, que harían (como dice el médico forense) de ojos y manos en una intervención a cielo cerrado sobre el cerebro de una persona; si a pesar de todo quedan dudas, son muchísimos los autores, que como hemos demostrado anteriormente, opinan que estas salas deben estar equipadas con idénticas medidas de seguridad que un quirófano. Es obligación de los Directivos de los hospitales (al igual que ocurre con el personal facultativo sanitario) estar al día de las últimas tendencias que se comunican a través de publicaciones científicas o congresos, reuniones, jornadas, etc., que tratan de homologar las buenas prácticas en cuanto a seguridad del paciente a través de las experiencias de otros profesionales, hospitales, etc. En este sentido, cuando se estima que un médico no ha aplicado la lex artis (es decir, no ha empleado todos los medios a su alcance o que tiene protocolizado la comunidad científica para realizar un determinado diagnóstico, tratamiento, aplicación de una técnica...) no precisamos que esté reflejado en una ley o norma legal, nos basta con que lo opinen así los más abanderados de su profesión. Es por ello que estimamos que al igual que ocurre en otros hospitales, este debió tener implantado tal medida de seguridad y la paciente aún sufriendo una patología grave, al menos hubiera tenido la oportunidad de haber sido sometida a tratamiento, cosa que no ocurrió por no existir luz que mantenga los equipos del arco vascular. Opinamos como el médico forense, al afirmar que aunque no puede decirse que existiera de forma directa una relación causa efecto entre el corte de luz y el fallecimiento de la paciente, sí puede afirmarse que la no adopción de medidas elementales de seguridad impidió el adecuado tratamiento de x, restándole así una oportunidad que hubiera podido tener. Quien ha cometido un error y no lo corrige, comete otro error mayor.*

## CONCLUSIÓN

*Concluimos que la actuación de los servicios sanitarios públicos no fue correcta. El hospital tiene obligación de adoptar medidas de seguridad en aquellos lugares que pueda suponer un riesgo grave para los pacientes y en este caso no se tomaron, a pesar de estar meridianamente claro en la legislación vigente y de haberlo interpretado así la mayoría de la sociedad científica. Este hecho eliminó la oportunidad que hubiera tenido la afectada de practicarle el tratamiento adecuado”.*

**UNDÉCIMO.-** Por la compañía de seguros x. se remitió dictamen médico colegiado (folios 704 a 713), obteniendo las siguientes conclusiones:

*“1. Todas las actuaciones médicas y terapéuticas realizadas a esta paciente han sido correctas.*

*2. La paciente sufrió una perforación aneurismática durante el procedimiento de embolización, que fue previa al corte de suministro eléctrico.*

*3. Tras recuperarse el suministro eléctrico, se comprobó angiográficamente la ausencia de hemorragia activa y la adecuada perfusión de las arterias de la cerebral media.*

*4. La paciente sufrió de forma diferida un reesangrado aneurismático y un hematoma cerebral con evolución a infarto de arteria cerebral media que determinó su muerte.*

*5. No hay posibilidad de demostrar fehacientemente una relación causal directa entre el corte del suministro eléctrico y el resangrado del aneurisma de la paciente.*

*6. Por todo lo anterior no encontramos justificada esta reclamación”.*

**DUODÉCIMO.-** Por el órgano instructor se requirió al Servicio de Neurocirugía del Hospital Virgen de la Arrixaca aclaración sobre las siguientes cuestiones:

*“1.- ¿Cuál fue el motivo por el que no se colocó a la paciente el segundo coil una vez que se reestableció el servicio eléctrico?*

*2.- ¿Qué incidencia pudieron tener los 40 o 45 minutos de falta de luz en el desenlace final?*

3.- *La no colocación del segundo coil, ¿pudo influir en el fallecimiento de la paciente?*

Dichas cuestiones fueron contestadas por el Jefe de Sección de Neurocirugía del Hospital Universitario del modo siguiente (folio 718):

*“1ª) Ignoro la razón última de porqué no se colocó el segundo coil, ya que esta decisión es entera y exclusivamente responsabilidad del neurorradiólogo intervencionista; no obstante, intuyo que la situación producida por el apagón eléctrico que al perecer se produjo, unido a que, también al parecer tuvo lugar una extravasación de contraste (todo ello según consta en el expediente en cuestión) hizo que el neurorradiólogo considerase de mayor riesgo el introducir un segundo coil con quizás mayor traumatismo sobre una arteria ya lesionada parcialmente y, también previsiblemente, afecta del lógico vasoespasmo que usualmente se produce en las hemorragias de estas características.*

*2ª) Sin duda, durante los 40 o 45 minutos de falta de fluído eléctrico, para el neurorradiólogo fue totalmente imposible evaluar adecuadamente y, por consiguiente, quizás poder tomar la decisión más correcta para controlar de la mejor manera posible la situación producida por la primera extravasación de contraste/sangre fuera del aneurisma. Es también lógico afirmar que el estado clínico de una paciente en tales circunstancias, cuyo control ha quedado interrumpido por la falta de corriente eléctrica, pudo hacer que el neurorradiólogo optase por no seguir interviniendo quizás con riesgo, aun mayor, para la propia paciente.*

*3ª) Quizás la no colocación del segundo coil pudo contribuir al no haber logrado una obliteración total del aneurisma con un solo coil, a que se produjese una ulterior hemorragia masiva que causase el fallecimiento de la paciente”.*

**DECIMOTERCERO.-** Mediante escrito de 14 de octubre de 2009 (folio 720), el letrado actuante, a la vista de los informes médicos que avalan las imputaciones de la reclamación presentada, propone la terminación convencional del procedimiento, alcanzando un acuerdo indemnizatorio, conforme a lo previsto en el artículo 8 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

**DECIMOCUARTO.-** Tras dicha petición, la instructora solicita de la correduría de seguros un informe valorativo sobre el porcentaje de pérdida de oportunidad que pudo suponer el corte de suministro eléctrico respecto a la paciente, teniendo en cuenta el estado previo y su patología.

Por x. se remitió dictamen de valoración estimatorio del daño corporal en el presente caso (folios 725 y 726):

*“Lesiones Agudas/Comentarios.*

*Se trata de aplicar la pérdida de oportunidad en el presente caso. Fallecimiento después de interrupción de suministro en Cirugía Endovascular de Aneurisma Aórtico en que ocurrió una perforación del aneurisma por el Coil endovascular. Se acredita que tras el corte de suministro se decide no reintervenir. Ingresa en la UCI y fallece tras nuevo sangrado. Usaremos el cálculo de P.O. aplicable (las estadísticas responden de la época de los hechos) el más beneficioso, 28 %*

*Observaciones*

*Podemos medir la P. O. aplicable como:*

*La pérdida de posibilidades de sobrevivir entre el tto. conservador (54 %) v la Cirugía endovascular (76.3 %) como si la re-hemorragia, hubiera sido el cuadro inicial.*

*La pérdida de oportunidades de no resangrar entre la abstención quirúrgica frente a una hemorragia in situ (resangra el 30 %; luego el 70 % no) y la cirugía (resangra el 2 % luego el 98 % no) aplicando a esa diferencia (28 %) la supervivencia final frente al resangrado (70 %) = 19.60%.*

*Usaremos el cálculo de P.O. aplicable (las estadísticas responden de la época de los hechos) el más beneficioso 28%”.*

Por tanto, la pérdida de posibilidad en el presente caso es valorada por la correduría en un porcentaje del 28%, aplicando dicho porcentaje para determinar la indemnización al conjunto de los reclamantes, resultando la cantidad 40.330,48 euros conforme a las cuantías señaladas en el baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico.

**DECIMOQUINTO.-** Otorgado un trámite de audiencia a todos los interesados, incluido a la contratista del aparcamiento subterráneo del centro hospitalario, los reclamantes presentan escrito

de alegaciones en el que se cuestionan básicamente los criterios de valoración de la corredería de seguros.

Se sostiene que los presupuestos médicos del informe son distintos a los que realmente ocurrieron en el caso que nos ocupa, citando a este respecto:

1. No se trata de un aneurisma aórtico, sino de un microaneurisma en la bifurcación de la arteria cerebral media izquierda.

2. No existió la perforación del aneurisma por el coil endovascular.

3. Se parte de una premisa que no se corresponde con la realidad, pues el momento inicial se pospone al momento en el que se restauró el suministro eléctrico y la paciente ya presentaba una re-hemorragia, obviando la circunstancia de que precisamente para evitar esa re-hemorragia se estaba llevando a cabo con absoluta normalidad la intervención de cirugía endovascular en el preciso momento en que dejaron de funcionar los aparatos, y esa fue la única y exclusiva causa por la que la “pequeña extravasación de contraste” no pudo ser controlada durante casi una hora, por lo que no se pudo ocluir por completo el aneurisma y por la que se produjo la re-hemorragia, que finalmente acabó con la vida de la paciente.

Por ello, se afirma por la parte reclamante que la re-hemorragia no fue la premisa inicial sino el resultado, y como señalan el Médico Forense y la Inspección Sanitaria “el corte de suministro eléctrico influyó de manera determinante en el resultado de muerte”, por lo que la pérdida de oportunidad de sobrevivir en relación con la causa de su muerte fue del 100 %, o del 98 %, que se indica en el informe como el porcentaje de re-hemorragia tras la cirugía endovascular, que era la técnica que se estaba aplicando.

En definitiva, los interesados sostienen que lo que al fallar el suministro eléctrico era una “pequeña extravasación de contraste” que iba a ser solucionada con la implantación del segundo coil, se convirtió, tras casi una hora de apagón eléctrico, en una hemorragia importante, con efecto masa y unas condiciones clínicas que desaconsejaron la realización de cualquier intervención y que determinaron el fallecimiento de la paciente.

Por último, la parte reclamante acompaña el escrito de formalización de la demanda en el Procedimiento Ordinario núm. 63/2008, al que se remiten de forma íntegra, elevando el *quantum*

indemnizatorio a la cantidad de 444.220 euros, al incorporar la actualización de las cantidades reclamadas en vía administrativa.

**DECIMOSEXTO.-** Por el representante de la Ute -- se presentan alegaciones en las que niega cualquier tipo de responsabilidad, ya que la avería que se produjo fue de forma fortuita y urgentemente se dio aviso a la compañía suministradora, procediendo de forma inmediata a su reparación.

Sostiene que los medios de seguridad dispuestos cumplían, en todo momento, con las disposiciones reglamentarias en materia de seguridad y salud laboral y se estaban ejecutando conforme al proyecto elaborado.

Por último, considera que no existe nexo causal entre el corte de energía eléctrica y el fallecimiento de la paciente, puesto que el lugar donde se produjo el siniestro tendría que haber contado con un grupo electrógeno de emergencia, que se activara en el supuesto de un corte de suministro eléctrico.

**DECIMOSÉPTIMO.-** Las alegaciones de los reclamantes sobre los criterios valorativos fueron objeto de estudio y examen por la correduría de seguros x, que emitió el siguiente informe en ejercicio de sus funciones de asesoramiento técnico al Servicio Murciano de Salud:

*“APARTADO 3º - a) “El hecho de que exista este informe que pretende determinar el cuanto indemnizatorio...implica que esa instrucción tiene ya acreditados todos los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad patrimonial...”:*

*La valoración del daño corporal cumple con una de las funciones de asesoramiento técnico existentes en la relación contractual entre x. y el Servicio Murciano de Salud. El objeto del informe de valoración es que dicho servicio pueda tener un conocimiento anticipado de la posible cuantía de la reclamación, por ello, su contenido no incluye estudio del nexo causal entre los hechos y el daño alegado, y en este sentido no aporta ningún argumento en contra o a favor de la estimación de la reclamación.*

*APARTADO 3º - b) Presupuestos fácticos del contenido del informe:*

1.- "Se trataba... NO DE UN "ANEURISMA AÓRTICO" (como se refiere este informe), sino de UN MICRO ANEURISMA EN LA BIFURCACIÓN DE LA ARTERIA CEREBRAL MEDIA IZQUIERDA".

2.- "... NO EXISTIÓ LA "PERFORACIÓN DEL ANEURISMA POR EL COIL ENDOVASCULAR que se refiere en el informe".

Estas puntualizaciones tienen relación con el apartado Lesiones agudas/Comentarios del dictamen de valoración. A este respecto hay que indicar una ERRATA introducida en el informe cuando dice: FALLECIMIENTO después de interrupción de suministro en cirugía endovascular de aneurisma aórtico en el que ocurrió una perforación del aneurisma por el COIL endovascular.

- Se trata de una errata porque, según se puede comprobar, toda la bibliografía estudiada (incluida en el apartado de Observaciones Técnico Aseguradoras), está referida a los aneurismas intracraneales (intracranial Aneurysms) y sus complicaciones hemorrágicas (subarachnoid haemorrhage), y la cirugía endovascular.

- En cuanto al origen de la hemorragia, la bibliografía no hace diferenciación entre su origen, sino sobre su efecto sobre el pronóstico del tratamiento, que a todos los efectos es la finalidad de este informe.

APARTADO 3º-c) Falsedad de premisa y conclusiones:

En este apartado de las alegaciones se dice: "SE PARTE DE UNA FORMA FALAZ DE UNA PREMISA QUE NO CORRESPONDE CON LA REALIZADA, por lo que ni la fundamentación científica con la que pretenden sustentar las conclusiones, ni las conclusiones mismas resultan lógicamente aplicables al caso que nos ocupa".

- Los hechos de los que se parten es la siguiente secuencia de acontecimientos reflejados por los informes forense y de inspección médica, en concordancia con la historia clínica:

- El día 05.02.04 la paciente sufre una hemorragia subaracnoidea, cuyo origen reside en un aneurisma situado en la bifurcación de la arteria cerebral media.

- La paciente es ingresada para estabilización por parte del servicio de Neurocirugía, para posteriormente optar por el tratamiento endovascular como alternativa para el cierre definitivo del aneurisma.

- El día 11.02.04 se realiza procedimiento de embolización del aneurisma. Se coloca el primer coil, comprobando angiográficamente su buena colocación. Se coloca un segundo coil, que hubo de retirarse por falta de adaptación a la morfología del aneurisma. Al retirar el coil hubo un fallo en la imagen del equipo de angiografía, y reiniciado el mismo se realiza nuevo control angiográfico antes de insertar de nuevo un segundo coil de diferente tamaño. En dicha comprobación se observa un RESANGRADO del aneurisma. Cuando se disponían a colocar el segundo coil para controlar el resangrado y cerrar el aneurisma se produjo el corte del suministro eléctrico.

- De los hechos anteriores, se desprende que no se parte de un supuesto erróneo, falso o falaz, por lo siguiente:

- El momento de valoración no se ha situado en el instante en que se restauró el suministro eléctrico, según se manifiesta en las alegaciones (...) sino en el instante previo a la interrupción del suministro eléctrico, y en ese momento ya se había comprobado angiográficamente la presencia de RESANGRADO. Es decir, EL RESANGRADO ES PREVIO AL CORTE DE SUMINISTRO ELÉCTRICO.

- El resangrado fue una complicación de la intervención que acaeció durante la retirada del segundo coil, retirada motivada por una falta de adaptación de dicho coil a la morfología del aneurisma.

- Fue en la reinsertación de un nuevo segundo coil, de diferente tamaño, donde incidió, en definitiva, el corte de suministro eléctrico.

En conclusión, la premisa de la que se parte en la valoración realizada es una premisa real: EL CORTE DEL SUMINISTRO ELÉCTRICO SUCEDE DESPUÉS DE OBJETIVAR EL RESANGRADO DEL ANEURISMA.

Por último, y en lo que a la valoración se refiere, lo que se pretende es valorar cuál pudo ser la incidencia del corte del suministro eléctrico ante una paciente que había experimentado un resangrado durante la técnica de embolización endovascular.

*De conformidad con lo anterior, y desde el punto de la valoración, se trata, pues, de determinar el pronóstico entre dos opciones: continuar con el procedimiento u optar por el tratamiento conservador, que fue la decisión terapéutica adoptada. En consecuencia, estamos claramente ante una PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD, la derivada de la decisión de no intervenir de nuevo y optar por la estabilización de la paciente, tras descartar la cirugía clásica frente a la derivada de la decisión de proseguir con la embolización”.*

**DECIMOOCTAVO.-** Por parte de los reclamantes se presenta nuevo escrito por su representante legal, en el que se expone lo siguiente (folio 765):

- Que la aseguradora x. se ha puesto en contacto con el despacho del letrado actuante para negociar la transacción extrajudicial de la indemnización que corresponde a los familiares de la paciente.

- Que la transacción no ha sido posible porque la aseguradora sólo ofrece el 50% de las cantidades que por fallecimiento corresponden conforme al baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico, indicando que el 50% restante tendría que ser reclamarlo frente a la contratista causante de la avería, si bien dicha solución se considera inviable por los perjudicados al tener que renunciar al ejercicio de la presente acción de reclamación frente a la Administración regional. No obstante, el letrado actuante señala que ofreció una alternativa a la aseguradora de la Administración, en el sentido de que pague el 100% y luego repita frente a la contratista el porcentaje que corresponda.

- Al rechazar tal oferta, el representante de la aseguradora señaló que ya conocía la propuesta que iba a realizar la instructora del presente procedimiento (el 25% del baremo indicado), si bien los reclamantes confían que tal cuantía no sea cierta, pues *“parecería que la resolución la dicta la compañía aseguradora y no la Administración, que debe carecer de cualquier interés distinto de la objetividad y la justicia”.*

**DECIMONOVENO.-** Otorgado nuevo trámite de audiencia a las partes por la incorporación de nuevos documentos al expediente, los reclamantes presentan escrito de alegaciones, en las que reiteran los argumentos esgrimidos en los escritos de reclamación y de alegaciones.

De otra parte, rechazan de plano las alegaciones de la Ute -- tendentes a excluir su responsabilidad, pues advierten en el presente supuesto una concurrencia de causas principales en la producción del daño: la primera (corte de fluido eléctrico), imputable a los operarios de la

contratista de la Administración, y la segunda (inexistencia de equipos de energía autónomos) atribuible en exclusiva a la Administración.

Asimismo reiteran, en relación al informe de valoración de x, que antes de producirse el corte de suministro eléctrico no había re-hemorragia sino una pequeña extravasación de contraste, por ello la re-hemorragia no fue la premisa inicial sino el resultado; la consecuencia de no haber podido ocluir por completo el aneurisma con el segundo coil que se disponían los médicos a colocar para terminar de taponar completamente el aneurisma. Así pues, la pérdida de oportunidad de sobrevivir de la paciente en relación con la causa de su muerte (la re-hemorragia) fue del 100 % o del 98 % (porcentaje de resangrado en este tipo de intervención), ya que como indica el Médico Forense “el sangrado durante la reparación del aneurisma no incrementa la morbimortalidad si es rápidamente controlado”.

Finalmente, señalan que han transcurrido más de 6 años desde la muerte de la paciente sin que la Administración haya asumido su responsabilidad, pese a la existencia de diversos informes médicos que la reconocen, por lo que solicitan una pronta resolución que reconozca una indemnización justa a los reclamantes.

**VIGÉSIMO.-** La Ute --, representada por x, presenta escrito de alegaciones expresando:

1. Que no existe responsabilidad civil de la contratista en el fallecimiento de la paciente, porque el corte de luz no fue el motivo del fallecimiento, pues el mismo duró 20 minutos, siendo reestablecido rápidamente por x. Además, la falta de cumplimiento por la Administración de la normativa vigente sobre el mantenimiento de luz en el centro hospitalario fue la causa eficiente del daño, que rompe la relación de causalidad que en hipótesis pudiera corresponder a la empresa contratista.

2. No se tiene en cuenta, en relación con la causa del fallecimiento de la paciente, que ésta ingresó en el Hospital con una enfermedad muy grave, que aunque se ha avanzado de forma importante en su curación, ello no quiere decir que en todos los casos se obtenga, como afirma el Médico Forense.

3. El baremo no se puede utilizar por los reclamantes de forma interesada, sino atendiendo a su aplicación legal y jurisprudencial.

4. Los acuerdos que pudieran alcanzar los reclamantes con la aseguradora x. no debe afectarles, al haberse interrumpido el tracto por el comportamiento de terceros.

**VIGÉSIMOPRIMERO.-** La propuesta de resolución, si bien considera que la actuación sanitaria ha sido conforme a la *lex artis*, reconoce que con el corte de suministro de energía se produjo una pérdida de oportunidad para la paciente, que es cuantificada en 40.330,48 euros, conforme al porcentaje indicado por la correduría de seguros (el 28% de las cantidades recogidas en el baremo utilizado), cantidad que debe ser abonada por la contratista en un 80% y el 20% restante por el Servicio Murciano de Salud.

**VIGESIMOSEGUNDO.-** Con fecha 20 de mayo de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 RRP.

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

1. Conforme al artículo 4.1 RRP, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inicia de oficio o por reclamación de los interesados. En el presente caso, se acredita la legitimación activa de los padres y hermanas de la paciente fallecida (artículo 31 LPAC), cuya relación de parentesco se documenta en el expediente, obrando copias del libro de familia (folios 101 a 105), de los certificados de matrimonio de los padres y de nacimiento de las hermanas (folios 111 a 113), así como del Registro de Actos de Última Voluntad, que justifica la condición de herederos *abintestado* de los progenitores respecto a la finada. No obstante, no se documenta en vía administrativa la representación del letrado actuante respecto a x, habiendo reconocido que actúa como mandatario verbal de ésta; respecto a los hermanas, menores de edad cuando se presentó la

reclamación de responsabilidad patrimonial, su representación legal corresponde a los padres conforme al artículo 162 del Código Civil.

En cuanto a la legitimación pasiva, ha quedado acreditada en el expediente la correspondiente a la Administración regional, en su condición de titular del servicio público sanitario regional del que depende el Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia, donde se intervenía a la paciente en el momento de producirse la avería del suministro de energía eléctrica, así como la de la empresa contratista del aparcamiento subterráneo del citado Centro Sanitario (UTE --), una de cuyas palas excavadoras seccionó un cable de alta tensión que le da servicio, interrumpiendo el suministro eléctrico en todo el Hospital, según reconoce el Director de Gestión y Servicios Generales (folio 61).

2. Por lo que se refiere a las peculiaridades procedimentales existentes cuando en la causación de los daños alegados ha intervenido un contratista de la Administración reclamada, la doctrina del Consejo Jurídico (Memoria correspondiente al año 2003) establece que la Administración ha de resolver la reclamación presentada dilucidando dos cuestiones:

a) Si el daño alegado es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (artículo 106.2 de la Constitución y 139.1 LPAC).

b) En caso afirmativo, a quién corresponde asumir en última instancia la responsabilidad, si a la Administración o al contratista, pues como se señalaba en nuestro Dictamen 163/2005, citado por la instructora en la propuesta elevada:

*“De conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que estima que la responsabilidad de la Administración es en todo caso directa si los daños son consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (SS, Sala 3ª, de 20 de octubre de 1998, 5 de diciembre de 1997, 11 de febrero de 1997 y 18 de diciembre de 1995), hay que entender que cuando el ordenamiento jurídico establece que la Administración ha de determinar el sujeto responsable de los daños, oído el contratista en el procedimiento, está queriendo decir que, sin perjuicio de la eventual responsabilidad directa de la Administración, en la resolución del procedimiento ha de determinar también si es el contratista el que en última instancia debería hacer frente a la indemnización. En caso afirmativo, si el contratista no satisficiera voluntaria y directamente el pago al perjudicado (que sería lo lógico en aras de la economía de trámites) la Administración vendría obligada a satisfacer el importe de la indemnización al perjudicado (salvo suspensión judicial de la*

*ejecutividad de la resolución), sin perjuicio de que después aquélla se dirigiera por la vía de repetición contra el contratista en ejecución de su propia resolución.*

*Con ello se consigue aunar el carácter directo de la responsabilidad administrativa con la determinación, en el mismo procedimiento de responsabilidad, del sujeto que ha de soportar en definitiva la indemnización, evitando así una posterior e innecesaria vía de regreso”.*

3. La acción de reclamación se presentó el 16 de noviembre de 2006, fuera del plazo del año desde el fallecimiento de la paciente (el 18 de febrero de 2004), si bien ha de tenerse en cuenta que dicho plazo de prescripción quedó interrumpido por las actuaciones penales previas (Diligencias Previas 1326/04), que concluyeron por Auto del Juzgado de Instrucción núm. 7 de Murcia de 27 de junio de 2006, acordándose el sobreseimiento provisional y el archivo de la causa, por lo que la reclamación se ha ejercitado en plazo, conforme a nuestra doctrina (por todos, Dictamen núm. 48/2000).

4. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ha excedido en mucho al previsto en el artículo 13 RRP.

Esta circunstancia ha llevado a los reclamantes a interponer, ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de su reclamación, lo que no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues los reclamantes podrían desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso, convendría que el departamento consultante actuara coordinadamente con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (artículo 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), como también sugerimos en nuestros Dictámenes núm. 72/06 y 102/08, entre otros.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial. Existencia en el caso concreto sometido a consulta.**

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

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

En la presente reclamación no se imputa al Servicio Murciano de Salud una infracción de la *lex artis* de los facultativos intervinientes, sino una omisión de medios, al no disponer en la sala donde se realizaba a la paciente una embolización aneurismática de fuentes de energía autónoma e independiente de los equipos que se estaban utilizando (arco vascular: Rx angiográfico y scanner), puesto que durante la intervención se produjo un corte de suministro eléctrico en todo el centro hospitalario, que dejó sin servicio a tales equipos. Sostienen los reclamantes, además, un incumplimiento de la normativa aplicable, citando a este respecto el Decreto 2.413/1973, ya referido, por el que se aprueba el Reglamento Electrónico para Baja Tensión y su Instrucción Técnica Complementaria MI BT 025, aprobada por Orden de 31 de octubre de 1973, y el posterior Real Decreto 842/2002, que deroga al anteriormente citado, y sus Instrucciones Técnicas BT-28 y 38; dichas disposiciones reglamentarias, en su opinión, contienen la exigencia de disponer de un suministro especial complementario a los equipos de asistencia vital, entre los que se encuentran los llamados del "arco vascular". Con independencia de ello, se destaca que se ha producido en el presente caso el incumplimiento de una diligencia mínima, que denota un funcionamiento anormal del servicio público.

Tampoco excluyen los interesados de sus imputaciones a la contratista del Servicio Murciano de Salud (adjudicataria de la construcción del aparcamiento subterráneo del Hospital Virgen de la Arrixaca), puesto que en el escrito presentado el 9 de abril de 2010 (folios 774 y ss.) atribuyen la causa exclusiva del corte del fluido eléctrico a la impericia o negligencia de los operarios de la UTE --, sosteniendo que sin el corte de suministro de energía no se habría producido el fallecimiento de la paciente, porque los equipos habrían seguido funcionamiento.

El daño reclamado se cuantifica en conjunto en 380.000 euros (que posteriormente los reclamantes incrementan con las actualizaciones en la formalización de la demanda), desglosado en las partidas que se explicitan en el Antecedente Primero.

Frente a ello, la propuesta elevada al Consejo Jurídico, si bien considera que la actuación sanitaria ha sido conforme a la *lex artis*, reconoce que con el corte de suministro se produjo una pérdida de oportunidad para la paciente, que se concreta en un porcentaje del 28%, conforme a la valoración de la correduría de seguros, que se traduce en una indemnización de 40.330,48 euros para el conjunto de los reclamantes.

Con tales posicionamientos de partida, veamos, en primer lugar, los hechos probados en la instrucción del presente procedimiento que se consideran relevantes para su aplicación al supuesto analizado, para analizar seguidamente si concurre el imprescindible nexo causal con el daño alegado, que los reclamantes lo concretan en el fallecimiento de la paciente sometida a una radiología intervencionista.

#### 1. Hechos probados y consideraciones médicas en relación con la patología de la paciente.

No hay controversia sobre los hechos probados en relación con el corte de suministro de energía eléctrica (sí sobre sus consecuencias, cuotas de responsabilidad y cuantía indemnizatoria), destacándose no obstante las siguientes actuaciones y consideraciones médicas en relación con la actuación sanitaria que, sin duda, inciden en los aspectos controvertidos:

a) La paciente, de 25 años de edad, es trasladada al Hospital Virgen de la Arrixaca el 5 de febrero de 2004 por un trastorno con pérdida brusca de conciencia, convulsiones tónico-clónicas generalizadas y vómitos, tras la exploración y realización de pruebas complementarias (TAC craneal) es diagnosticada de una Hemorragia Subaracnoidea Aneurismática (HSA) extensa, siendo ingresada en el Servicio de Neurocirugía.

Esta enfermedad es potencialmente curable, si bien la morbimortalidad considerada globalmente es elevada, falleciendo alrededor del 30% de los pacientes que llegan vivos al Hospital, siendo también significativa en el 50% de los supervivientes. En el 80-90% de los casos la HSA es producida por la rotura de un Aneurisma Intracerebral con el paso de sangre hacia el espacio subaracnoideo, en ocasiones acompañada con inundación del sistema ventricular o de un hematoma intraparenquimatoso (folio 672 del informe de la Inspección Médica).

b) En los días posteriores a su ingreso, tras instaurar tratamiento de la HSA y realizar las exploraciones complementarias necesarias en las que se confirma la existencia de aneurisma en la bifurcación de la arteria cerebral media izquierda, los Servicios de Radiología Intervencionista y Neurocirugía, en sesión clínica conjunta, consideran la posibilidad de tratamiento endovascular del aneurisma, como alternativa al quirúrgico. La paciente y sus familiares son informados de las alternativas terapéuticas y de los riesgos propios de la patología y de ambas técnicas, y firman los documentos de consentimiento informado de anestesia y embolización vascular con los riesgos personales específicos de hemorragia/infarto cerebral (5% de riesgo), y mala evolución por hemorragia central con 20% de riesgo (folios 77, 294 y 670).

c) La técnica de embolización del aneurisma por vía endovascular se realizó el 11 de febrero de 2004 bajo anestesia general, explicando el Servicio de Radiodiagnóstico que llevó a cabo dicha intervención lo acontecido durante la misma (folios 578 y 579):

*“Se microcateteriza selectivamente el aneurisma. Se emboliza con un COIL MICRUS 3 D de 3 mm. de diámetro. Tras control angiográfico que demuestra una buena colocación del primer COIL se introduce un segundo COIL de 2 mm. por 3 cm. (hidrocoil). Este segundo COIL se reitera porque no se adapta bien a la morfología del aneurisma. En estos momentos se produce un fallo en la imagen del equipo de angiografía, por lo que se retira completamente este COIL y se espera a que se reinicie el equipo. Cuando tenemos imagen se realiza un segundo control angiográfico que muestra aneurisma casi ocluido salvo en la zona del cuello. Cuando se iba a decidir la colocación de un segundo COIL de otro tamaño al anterior retirado, un control angiográfico previo demuestra una extravasación de contraste a nivel de aneurisma, lo que indica resangrado del mismo. Cuando nos disponemos a colocar el COIL para controlar el resangrado y cerrar el aneurisma, se produce un corte global del suministro eléctrico en todo el Hospital que nos deja sin imagen en los equipos de RX y aunque se reconecta el suministro autónomo del Hospital, este no sirve para que funcionen los aparatos de RX. Dado el largo tiempo que estamos sin control de lo que está pasando, ni del grado de hemorragia que se haya podido producir, cuando se reinicia el suministro eléctrico decidimos trasladar a la paciente al scanner para comprobar el grado de hemorragia. También hablamos con los neurocirujanos, que ya habían sido avisados cuando se produjo el apagón, dejando el caso en sus manos para la posible evacuación del hematoma y el cierre completo del aneurisma por vía quirúrgica”.*

En la valoración del Médico Forense sobre esta intervención (informe de 22 de febrero de 2005), obrante en el folio 51 (Diligencias Previa 1326/04), se destacan los siguientes aspectos de esta vertiente de la *praxis* médica:

- Que la paciente se encontraba en condiciones clínicas para realizar la intervención.
- Que existieron problemas técnicos, tales como el tamaño no adecuado de una de las prótesis y la no oclusión total del aneurisma, así como efectos secundarios (resangrado).
- Que la paciente pudo haber tenido opciones de salvar la vida, de no haber mediado el corte de suministro eléctrico, ya que el sangrado durante la reparación de un aneurisma no incrementa la morbimortalidad si es rápidamente controlado.

Sobre el tiempo que duró el corte del suministro de energía eléctrica, aunque existe alguna discrepancia, la Inspección Médica lo evalúa entre 40 y 45 minutos (42 minutos aproximadamente), afectando al arco vascular, como se ha indicado, pero no a los aparatos de soporte vital, por lo que la paciente permaneció estable en este tiempo en coma farmacológico, manteniéndose las constantes vitales.

d) Respecto a la actuación posterior de no intervenir quirúrgicamente a la paciente por parte de los neurocirujanos, siendo ingresada en la UCI, es detallada por el Dr. x. (Antecedente Tercero), sin que esta decisión haya sido considerada como contraria a la *lex artis* por el Médico Forense o la Inspección Médica.

La evolución posterior de la paciente ha sido descrita por la Inspección Médica, que señala que su deterioro fue progresivo debido a complicaciones secundarias, falleciendo el 18 de febrero de 2004 (folio 671). En el examen de la necropsia (folios 95 y 96) se recoge el siguiente diagnóstico final: microneurisma de la arteria cerebral media con rotura y hemorragia secundaria (subaracnoidea e intraparenquimatosas).

2. Sobre el funcionamiento del servicio público y la relación de causalidad con el daño alegado.

Son totalmente concluyentes las consideraciones médicas que afirman que el corte de suministro eléctrico en el centro hospitalario influyó de manera determinante en el resultado de muerte, al impedir adoptar decisiones y actuaciones que hubieran paliado la complicación que surgió, que estaba dentro de lo posible (por omisión de la segunda actuación), según valora la Inspección Médica (folio 698), así como el Médico Forense (folio 49): *“La muerte súbita o muerte secundaria a las complicaciones de una hemorragia aneurismática espontánea y/o debida a*

*complicaciones de la técnica endovascular es una complicación que entra dentro de lo posible. Ahora bien, a mi juicio el corte de suministro eléctrico interfirió en el desarrollo normal del procedimiento que se estaba realizando, así como en las posibles técnicas terapéuticas a aplicar una vez objetivada dicha hemorragia, que podrían haber minimizado dicha hemorragia y por tanto los efectos secundarios que llevaron al exitus de la paciente. Por lo que cabe concluir que el corte de suministro eléctrico influyó de manera determinante en el resultado de muerte de la paciente”.*

Lo anterior permite establecer la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el fallecimiento de la paciente, en tanto el corte de suministro de energía durante 42 minutos no fue debido a una causa de fuerza mayor (que pudiera implicar la ruptura del nexo causal), sino a la actuación de la contratista de la Administración durante la realización de las obras del aparcamiento del centro hospitalario, sin que existiera, en su defecto, fuentes de energía autónoma en el centro hospitalario que permitieran el funcionamiento de los equipos del arco vascular, que estaban siendo utilizados en ese momento con la paciente.

Alcanzado este punto, resultando clara la intervención de la contratista en la causa que origina la interrupción del suministro eléctrico para los equipos de intervención radiológica, cabría preguntarse si la normativa también exigía a la Administración sanitaria que dispusiera, como medida de seguridad, de alumbrado de reemplazamiento para tales equipos en la sala de radiología donde se estaba realizando (cuya acreditación en el presente procedimiento permitiría atribuir una cuota de responsabilidad a la Administración independientemente de la que corresponda a la contratista) o, por el contrario, no era exigible reglamentariamente tal alumbrado de reemplazamiento, como sostiene el Director de Gestión y Servicios Generales del Hospital Virgen de la Arrixaca, quien afirma *“una vez producida la interrupción eléctrica general se activaron las fuentes de energía propia y que dan servicio a las salas de radiología vascular y que son baterías de acumuladores de panel de aislamiento (...) por tanto, en el día del incidente se activaron de forma automática todos los equipos y dispositivos conectados a los enchufes y que permiten a los profesionales controlar en todo momento las constantes vitales del paciente intervenido (monitores, respiradores, alumbrado, etc.)”*. Sin embargo, sostiene respecto a los equipos del arco vascular con los que se llevan a cabo las técnicas de esta especialidad, que no son exigibles reglamentariamente fuentes propias de energía para la continuidad de su funcionamiento, en el caso de interrupción de suministro eléctrico.

Por tanto, tratándose de una cuestión controvertida que ha de ser abordada por este Consejo Jurídico, se considera como punto de partida el informe de la Inspección Médica (folios 694 y siguientes), que centra de forma adecuada tal cuestión, destacando los siguientes aspectos:

1. Aun cuando no se cite expresamente en la normativa la obligatoriedad de la existencia de suministro complementario de energía eléctrica en la sala de radiología intervencionista para todos los equipos que se encuentran en la misma, de una interpretación finalista de los reglamentos aplicables que seguidamente se exponen, así como de la opinión de sociedades científicas, se deriva la necesidad de su implantación sobre todo a partir de la vigencia del Real Decreto 842/2002.

2. El Hospital Virgen de la Arrixaca fue objeto de reforma parcial durante los años 1995 a 2001, siendo de aplicación en aquel momento el Real Decreto 2413/1973 y la Instrucción Técnica Complementaria MI BT 025, que regula las prescripciones legales para los locales de pública concurrencia.

Según la citada Instrucción, entre los locales de pública concurrencia se incluyen los establecimientos sanitarios, que deberán contar con alumbrado de reemplazamiento en quirófanos, salas de cura y unidades de vigilancia intensiva (apartado 2.5.3), para permitir la continuación normal del alumbrado total durante un mínimo de dos horas alimentado por fuentes propias de energía.

La cuestión estriba en si la sala de radiología vascular en la que se realizan las intervenciones tanto diagnósticas como terapéuticas, donde se encuentra el arco vascular, puede ser considerada un quirófano o una sala de cura para que fuera exigible tal alumbrado de acuerdo con dicha normativa. No tiene dudas a este respecto la Inspección Médica que, tras analizar el concepto de quirófano, el alcance de la radiología intervencionista (empleo de procedimientos quirúrgicos mínimamente invasivos guiados por técnicas de imagen), el protocolo hospitalario del Consorcio Hospitalario de Valencia y la opinión de los autores consultados, concluye que las salas de radiología son quirófanos a todos los efectos, debiendo disponer, por consiguiente, de alumbrado de reemplazamiento previsto en la citada normativa.

Asimismo, resulta de interés tener en cuenta la opinión del Médico Forense, expresada en el informe de 22 de febrero de 2006, en el sentido de que, con independencia de lo establecido en la legislación vigente en el momento de la construcción del Hospital, la garantía de la continuidad del suministro en estos casos es más que recomendable (incluso exigible), ya que la función del arco vascular en el caso que nos ocupa no es un mero apoyo diagnóstico o terapéutico para otras especialidades, sino que *“son los ojos del neurorradiólogo que está interviniendo en una zona con*

*numerosas estructuras de importancia vital y por tanto, sin el concurso de éste, sería imposible hoy día plantearse realizar una embolización aneurismática” (folio 52).*

3. Con la normativa en vigor cuando se produjeron los hechos, el RD 842/2002, que deroga la anterior, no cabe duda de su exigencia (se alude a salas de intervención) según la Inspección Médica, en atención a los siguientes preceptos reglamentarios:

- El artículo 2.3 del citado Real Decreto especifica que será de aplicación a las instalaciones existentes a su entrada en vigor, cuando su estado, situación o características impliquen un riesgo grave para las personas, a juicio del órgano competente de la Comunidad Autónoma.

- La Instrucción Técnica Complementaria BT-38 de este Reglamento recoge los requisitos particulares para la instalación eléctrica en quirófanos y salas de intervención, estableciendo el apartado 2.2 que *“además del suministro complementario de reserva requerido en la ITC BT-20 será obligatorio disponer de un suministro especial complementario, por ejemplo con baterías, para hacer frente a las necesidades de lámpara de quirófano o sala de intervención y equipos de asistencia vital, debiendo entrar en servicio automáticamente en menos de 0,5 segundos (corte breve) y con una autonomía no inferior a 2 horas (...). Todo el sistema de protección deberá funcionar con idéntica fiabilidad tanto si la alimentación es realizada por el suministro normal como por el complementario”.*

Además, tras una consulta específica al Ministerio competente en materia de energía sobre la interpretación de la referida Instrucción a la hora de acotar su aplicación a quirófanos y salas de intervención, la Inspección Médica reproduce su respuesta en el folio 693, destacándose que *“la sala de intervención es un término que se ha utilizado en la ITC B-38 para cubrir estancias o locales sanitarios que no corresponden exactamente al concepto de quirófano pero son afines al mismo. Intervención equivale a operación quirúrgica. Lo esencial para identificar las salas es que estén presentes los mismos riesgos que los de un quirófano, fundamentalmente:*

*- fallos que pongan en peligro los equipos o su funcionalidad, cuando de ello dependa la seguridad del paciente o del personal implicado.*

*- Riesgos de incendio o explosión.*

*- O utilización de receptores invasivos”.*

Por último, la Inspección Médica hace referencia a las opiniones científicas que apoyan tal exigencia, citando también a la prensa especializada y casos concretos de Hospitales en los que funcionaron los equipos referidos en tales circunstancias (por ejemplo, Valle de Hebrón de Barcelona).

Concluye la Inspección Médica que *“a todas luces la sala de radiología intervencionista debe tener las mismas medidas de seguridad y protección que la legislación vigente establece para los quirófanos y salas de intervención”*.

De lo anterior se deriva que el funcionamiento del servicio público, por la omisión de medidas de seguridad que permitieran paliar los efectos del corte de suministro durante una intervención de tales características, no se ajustó al estándar de rendimiento que debería ofrecer para evitar las situaciones de riesgo de lesión a los usuarios del servicio derivadas de la acción de terceros y para reparar los efectos dañosos.

En consecuencia, por omisión de tales medidas, la Administración sanitaria también ha incidido en la producción del daño, si bien habrá de determinarse posteriormente en qué medida y con qué cuota de responsabilidad.

En suma, en el presente caso se ha acreditado la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, así como su antijudicialidad (artículo 141.1 LPAC).

#### **CUARTA.- Concurrencia de culpas.**

Es evidente en el presente supuesto que en el fallecimiento de la paciente concurrieron varias causas, anteriores, contemporáneas o posteriores al día de la intervención radiológica. En este caso surge el fenómeno denominado concausa o concurrencia de causas, que viene siendo admitido, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo atendiendo a las circunstancias de cada caso, llegando a admitir que la exclusividad del nexo causal no es un requisito imprescindible para que la Administración pueda ser declarada culpable, de modo que, pese a la interferencia de la conducta de la víctima o de un tercero, la relación de causalidad permanece [entre otras muchas, la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala Tercera el día 14 de octubre de 2004, en la que se afirma lo siguiente: *“La jurisprudencia ciertamente ha venido refiriéndose de modo general al carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad*

*administrativa y el daño o lesión que debe de concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas mas no queda excluido que la expresada relación causal -especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos, como hemos declarado en Sentencia de 18 de julio de 2002- pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad (Sentencias de 8 de enero de 1967, de 27 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986, 22 de julio de 1988, 25 de enero de 1997 y 26 de abril de 1997, entre otras), y que, entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, aquéllas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél (Sentencia de 25 de enero de 1997) por lo que no son admisibles, en consecuencia, concepciones restrictivas que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (Sentencia de 5 de junio de 1997)"].*

En definitiva, la relación de causalidad no ha de entenderse en sentido absoluto, es decir, como un nexo directo y exclusivo, sino en sentido relativo, de forma que la aparición de una pluralidad de causas en la generación del daño, entre ellas, en todo caso, la obligada relación con el funcionamiento del servicio público, permite apreciar una concurrencia de culpas con la consiguiente distribución equitativa de la indemnización derivada de la lesión sufrida. Ahora bien, para ello es menester que las causas concurrentes tengan un efecto condicionante del resultado dañoso, pues no procede la responsabilidad cuando la conducta de la víctima o un tercero es decisiva o determinante del hecho dañoso, en cuanto origen o causa eficiente e idónea del resultado teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario,*

*además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”.*

Aplicada la anterior doctrina al caso que nos ocupa, se advierten en la producción del daño la concurrencia de tres concausas idóneas que incidieron en el fallecimiento de la paciente en opinión de este Órgano Consultivo, si bien no con la misma relevancia e intensidad como se expondrá más adelante:

1. Una previa, la patología que sufría la paciente (hemorragia subaracnoidea debido a un aneurisma en la bifurcación de la arteria cerebral media izquierda), que es calificada de grave por el Médico Forense (Conclusión 2ª de su informe en el folio 52), así como por la Inspección Médica, que señala a este respecto que *“la patología que presentaba la paciente está considerada de elevada gravedad, con alto porcentaje de morbimortalidad tras el tratamiento y con alto porcentaje de complicaciones”.*

En igual sentido el Dr. x, Jefe de Sección de Neurocirugía, que expone los porcentajes de morbimortalidad (folios 220 y 221).

2. Una segunda causa, que se produjo durante la intervención, es atribuible a la contratista de la Administración, consistente en el corte de suministro de energía eléctrica en todo el centro hospitalario por una sección del cable de alta tensión producida por una máquina excavadora durante la realización de las obras del aparcamiento.

Este tipo de incidentes es previsible y evitable, según el Coordinador de Ingeniería del Centro Hospitalario (folio 234). Previsible porque la realización de excavación y movimientos de tierra puede interferir en alguna instalación e infraestructura que discurra por el lugar; evitable porque tanto en el Proyecto Básico y de Ejecución, como en el Estudio de Seguridad, deberían haber quedado reflejadas las servidumbres de paso de instalaciones e infraestructuras, debiendo adoptar, una vez conocidas estas servidumbres, las medidas de organización y trabajo de forma que no interfieran con las mismas.

El Servicio de Obras y Contratación del Servicio Murciano de Salud (Antecedente Séptimo) destaca la responsabilidad de la empresa contratista en estos hechos, en tanto la UTE -- fue la encargada de la designación del arquitecto, arquitecto técnico y coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, siendo éstos los responsables de la seguridad de la misma, cada uno de acuerdo a sus atribuciones profesionales. A mayor abundamiento, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que rige la concesión de la obra pública del aparcamiento del Hospital Virgen de la Arrixaca y posterior explotación del mismo, establece como obligación de la contratista la de responder directamente de todos los daños que pudieran producirse al Servicio Murciano de Salud o a terceros como consecuencia de la obra, salvo en el caso de fuerza mayor o de que el mismo haya sido ocasionado como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Dirección del Hospital citado; sin que esto último haya sido alegado por la contratista, que se limita a sostener la ruptura del nexo causal y la atribución de la responsabilidad a la Administración sanitaria por la omisión de las medidas de alumbrado ya indicadas en los equipos del arco vascular, como si su actuación -que ocasionó el corte de suministro de electricidad- no fuera la causa principal y relevante, con independencia de las medidas de seguridad que haya de cumplir la Administración en su defecto.

También ha señalado este Consejo Jurídico (por todos Dictamen núm. 163/2005, ya citado) como una peculiaridad de la responsabilidad de los contratistas de la Administración que, a diferencia de lo que sucede con las autoridades, funcionarios y demás agentes públicos, que responden sólo en caso de dolo, culpa o negligencia graves (artículo 145.2 LPAC), los primeros responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP (vigente en el momento de producirse los hechos), que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución.

En el Dictamen precitado se decía también: *“Ello es coherente, además, con la moderna jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, como es sabido, ha venido a objetivar la responsabilidad por daños en el supuesto de que el sujeto productor de los mismos los haya causado en el ejercicio de una actividad empresarial, entendiendo suficiente para generar tal responsabilidad el riesgo inherente a dicha actividad cuando objetivamente sea susceptible de generar esos daños, cual es el caso de la actividad técnica de los contratistas de la Administración”*.

Así pues, la actuación de la contratista, que originó el corte del suministro eléctrico, puede ser calificada de negligente, porque las obras se estaban realizando en un recinto hospitalario, lo cual exigía una aplicación estricta de las medidas de seguridad para no afectar al funcionamiento de las instalaciones sanitarias, incidiendo dicho corte de suministro de forma determinante en el transcurso de la intervención, según describe el Médico Forense: *“cuando se disponían a colocar el COIL para controlar el resangrado y cerrar el aneurisma, se produjo un corte en el suministro eléctrico de todo el Hospital que los dejó sin imagen en los equipos de RX”*.

El mismo facultativo que intervenía a la paciente escribe a mano lo siguiente en la historia clínica sobre los efectos inmediatos del corte de suministro en la intervención (folio 298):

*“Se realiza un segundo control angiográfico que demuestra aneurisma casi ocluido salvo la zona del cuello. Cuando se iba a decidir la colocación de un segundo coil, se aprecia una pequeña extravasación de contraste. En ese momento se produce un corte de luz general del Hospital, que nos deja sin servicio a los equipos de RX, incluidos los angiográficos y los scanner durante más de ¾ hora, lo que nos deja sin posibilidad de decidir la actuación ulterior, taponar con nuevo COIL o intervención quirúrgica durante esa hora (...)”*.

Conviene destacar, según señala el informe de 28 de enero de 2005 de la Sección de Neurorradiología (folio 439), que la colocación del segundo coil tenía como finalidad controlar el resangrado y cerrar el aneurisma, si bien por el corte global de suministro eléctrico en todo el Hospital no se pudo realizar, como ya se ha indicado, falleciendo la paciente por una hemorragia masiva (folio 718).

De ahí que tanto el Médico Forense, como la Inspección Médica, concluyeran que el corte de suministro eléctrico influyó de manera determinante en el resultado de muerte, al impedir adoptar decisiones y actuaciones que hubieran podido paliar la complicación que surgió, lo que igualmente reconoce el Dr. x, ante una pregunta expresa de la instructora sobre la incidencia de la falta de luz en el resultado final (folios 716, 717 y 718), contestando que *“durante los 40 o 45 minutos de falta de fluido eléctrico para el neurorradiólogo fue totalmente imposible evaluar adecuadamente y poder tomar la decisión correcta para controlar de la mejor manera la primera extravasación de sangre fuera del aneurisma”*.

3. Una tercera causa, derivada de la anterior, y atribuible a la Administración sanitaria, es la ausencia de un sistema complementario de suministro eléctrico para los equipos del arco vascular, considerando la Inspección Médica que el centro sanitario, al igual que ocurre en otros Hospitales,

debería haber tenido implantada tal medida de seguridad (pueden producirse cortes de suministro por causas de fuerza mayor), como se ha expuesto en la Consideración anterior de acuerdo con la normativa descrita, cuya omisión en el presente caso impidió el adecuado tratamiento de la paciente, restándole la oportunidad que hubiera podido tener. Por lo tanto, como se ha indicado con anterioridad, el funcionamiento del servicio público no se ajustó al estándar de rendimiento que debe ofrecer para evitar las situaciones de riesgo de lesión a los usuarios del servicio derivadas de la acción de terceros.

#### **QUINTA.- Cuantía de la indemnización.**

Por último, resta por examinar lo relativo a la indemnización que sea preciso reconocer a favor de los familiares por los perjuicios derivados de la muerte de la paciente. La propuesta de resolución valora la pérdida de oportunidad en el presente caso en un 28%, que aplica sobre las cantidades anteriormente indicadas, sobre la base de los criterios contenidos en el Dictamen estimatorio de la correduría de seguros, que seguidamente serán analizados, y que son cuestionadas por los reclamantes, que argumentan además (aspecto, por cierto, no controvertido por la instrucción) que la aseguradora les había ofrecido el 50% de las cantidades resultantes del baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico, siempre y cuando renunciaran al ejercicio de acción frente a la Administración y a su aseguradora, sin perjuicio de que la cantidad restante pudiera reclamarse a la contratista.

La parte reclamante, si bien toma como referencia global el baremo, no lo hace por los grupos en que éste clasifica a los perjudicados, ni por sus cuantías indemnizatorias en función de los citados grupos, sino en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, según expresa, pero que no documenta, salvo la relativa a la minusvalía de la madre de la paciente. A este respecto, la contratista manifiesta, no sin cierta razón, que los reclamantes utilizan el baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico en la parte que les conviene, desechando lo restante.

El Consejo Jurídico, aceptando el citado sistema de valoración de daños por accidentes de tráfico con valor orientativo (por todos, nuestro Dictamen núm. 69/04), con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo -correspondiendo al año 2004 sin perjuicio de la actualización ulterior, al amparo de lo establecido en el artículo 141.3 LPAC-, establece como punto de partida las cantidades que seguidamente se exponen, conforme a lo establecido en la Resolución de 9 de marzo de 2004 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones por la que se da publicidad a las cuantías de indemnizaciones por muerte que resultan de aplicar durante 2004 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico

(a diferencia de la correduría de seguros, que aplica las correspondientes al año 2003). A dichas cantidades habrán de aplicarse la cuota correspondiente a cada concausa que ha incidido en el fallecimiento de la paciente, conforme a lo señalado en la Consideración anterior.

1. Cantidades básicas a las que se aplicarán posteriormente las cuotas de responsabilidad:

- Padres con convivencia con la víctima sin cónyuge ni hijos: 82.754, 872 euros. Se incrementan con los factores de corrección del 10% y en el caso de la madre, por la discapacidad psíquica acreditada, se añade el factor corrector del 50 % (máximo previsto). Por esta partida resulta la cantidad de:

Padre:  $41.377,436 + 4.137,743$  euros = 45.515,179 euros.

Madre:  $41.377,436 + 24.826,461$  = 66.203,897 euros.

2 Hermanas menores de 18 años con convivencia: 30.092,678 (15.046,339 cada una), más el factor de corrección del 10% (3.009,267 euros) = 33.101,945 euros.

Total: 144.821,021 euros.

2. Criterios para aplicar las cuotas de responsabilidad de cada concausa que incidió en el fallecimiento de la paciente.

La propuesta de resolución, recogiendo los criterios valorativos de la correduría de seguros, aplica a las cantidades anteriores un porcentaje del 28% (pérdida de oportunidad de no resangrar en el presente caso) para determinar la cuantía indemnizatoria, tomando como punto de partida la re-hemorragia como si fuera el cuadro inicial, según se explica en el Antecedente Decimocuarto

Frente a tal forma de cálculo que es asumida por la instrucción, los reclamantes argumentan que se trata de un cálculo interesado y falaz, puesto que la re-hemorragia no fue la premisa inicial sino precisamente el resultado: la consecuencia de no haber podido ocluir por completo el aneurisma con el segundo coil que se disponían los médicos a colocar para taponarlo completamente, cuando ya se encontraba casi ocluido, teniendo en cuenta, según refieren, que el corte de fluido fue un factor determinante en el resultado de muerte como destaca el Médico Forense.

La valoración de la pérdida de oportunidad de sobrevivir la paciente por el corte de suministro eléctrico es un tema complejo y de cierta dificultad técnica, partiendo de la consideración de que la medicina no es una ciencia exacta, si bien este Órgano Consultivo considera que para su determinación y el consiguiente reflejo en la cuantía indemnizatoria a abonar a los reclamantes han de tenerse en cuenta las siguientes premisas, que se desprenden de los informes médicos obrantes en el expediente:

- a) La patología de la paciente era grave, señalando el Inspector Médico que fallecen alrededor del 30% de los pacientes que llegan vivos al Hospital (folio 672).
- b) El corte de suministro eléctrico influyó de manera determinante en el resultado de muerte, según reconocen tanto el Médico Forense, como la Inspección Médica, al impedir aplicarle el tratamiento adecuado, eliminando dicha oportunidad.
- c) Para el Médico Forense la evolución nefasta fue debida a la suma de los efectos secundarios de los sangrados anteriores y otro posterior hasta el *exitus* de la paciente (folio 52). El Dr. x. reconoce, a preguntas de la instructora (folio 718), que la colocación del segundo coil hubiera podido contribuir a una obliteración total del aneurisma, evitando en tal caso que se produjese una ulterior hemorragia masiva que causase el fallecimiento de la paciente.

Por lo tanto, este Consejo Jurídico va a considerar las posibilidades de supervivencia de la paciente de las que se ha visto privada, que se sitúan en un 70%, según la Inspección Médica (el 30% de los pacientes que llegan vivos al Hospital, fallecen), coincidiendo este porcentaje con el que expresa la correduría de seguros como supervivencia final frente al resangrado (el 70%). Téngase en cuenta a este respecto que en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo la pérdida de oportunidad se define como la privación de determinadas expectativas de curación, reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiese producido igualmente. Constituye un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicándolos medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones sanitarias (Sentencia de 7 de julio de 2008).

Por lo tanto, el 30% expresado es atribuible a la patología de la paciente, correspondiendo a la Administración y a la contratista el 70% restante de las cantidades expresadas en el apartado 1, más la actualización correspondiente.

En la cuota atribuible a la Administración y a la contratista, ha de valorarse la contribución de cada parte al daño; en el caso de la contratista se debió a una actuación negligente expresada en la Consideración anterior, que constituye la causa relevante del daño, el corte de suministro de energía de un centro hospitalario, sin la cual no se hubiera producido el daño, mientras que la atribuible a la Administración se deriva de ésta, por omisión, al no interpretar correctamente los reglamentos electrónicos de baja tensión con la disposición de unas medidas de seguridad en los equipos del arco vascular que permitieran la continuidad de los mismos como ya se ha expresado, funcionando, no obstante, los restantes exigidos por la reglamentación técnica (monitores, respiradores, alumbrados, etc.), que permitieron controlar en todo momento las constantes vitales a la paciente.

En consecuencia, ambas concausas no pueden situarse en un mismo plano de incidencia, debiendo valorarse de forma más intensa la atribuible a la contratista, que causó el fallo en el suministro eléctrico, además de corresponderle la responsabilidad por los daños a terceros en la ejecución de las obras, así como la designación de los facultativos responsables de las mismas y la elaboración del Proyecto. No obstante lo anterior, este Consejo Jurídico considera insuficiente la cuota de responsabilidad asignada por la instructora a la Administración (20%), pudiendo ser elevada esta última al 30%, teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos por el Coordinador de Ingeniería del Hospital Virgen de la Arrixaca, acerca de que sí era previsible este tipo de accidentes, y sobre todo por el Médico Forense y la Inspección Médica (Antecedente Décimo), sobre la obligación de la Administración de adoptar medidas de seguridad en aquellos lugares en los que pueda existir un riesgo grave para los pacientes.

### 3. Cuantías indemnizatorias resultantes.

De la aplicación de los referidos porcentajes, resultarían las siguientes cuantías a indemnizar a los afectados:

Padre: 31.860.625 euros.

Madre: 46.342,727 euros.

Hermanas: 23.171,361 euros.

Total: 101.374,71 euros.

Dicha cuantía habrá de ser actualizada en el momento de dictar resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

De la cantidad resultante de dicha actualización corresponde el 70% a la contratista y el 30% restante a la Administración.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto estima la reclamación de responsabilidad patrimonial.

**SEGUNDA.**- No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger las concausas referidas en la Consideración Cuarta, que han incidido en la producción del daño.

**TERCERA.**- La cuantía indemnizatoria puede ser determinada en la forma y con los porcentajes expresados en la Consideración Quinta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 15-2011**

**Asunto** Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Regional para la Habitabilidad y Accesibilidad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 31/01/2011

**Extracto doctrina**

La Consejería proponente pudiera plantearse la conveniencia u oportunidad de la aprobación, en este momento, del Reglamento proyectado, siendo posible acompasar los tiempos de su elaboración a los de la nueva Ley de Habitabilidad y Accesibilidad actualmente en tramitación. Y ello porque la Comisión ya se ha constituido (página 76 del expediente) y su funcionamiento puede regirse de forma suficiente por lo establecido en la normativa común sobre órganos colegiados, pudiendo incluso la Comisión dotarse a sí misma de sus propias normas de funcionamiento al amparo de lo previsto en el artículo 22.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 23 de noviembre de 2009, la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio elabora un primer borrador de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Regional para la Habitabilidad y Accesibilidad.

Entre los antecedentes de esta iniciativa normativa consta una Resolución de la Defensoría del Pueblo de la Región de Murcia, de 16 de julio de 2009, en la que se efectúa el siguiente recordatorio de deber legal a la Dirección General de Vivienda y Arquitectura (sic):

*“La constitución y cumplimiento de funciones de la Comisión Regional para la Habitabilidad y Accesibilidad es una exigencia que no debe ser dilatada por más tiempo, pues la Ley 5/1995, de 7 de abril, de normas sobre condiciones de habitabilidad en edificios a minusválidos y de promoción de accesibilidad general a las viviendas (sic), por la que se creó hace más de catorce años, y el régimen jurídico de general aplicación a los órganos consultivos permite su funcionamiento, sin necesidad de esperar a un desarrollo reglamentario”.*

Dicha resolución responde a una queja presentada por un particular ante el Defensor del Pueblo de la Región de Murcia en la que expone las dificultades de gestión de determinados

expedientes autorizatorios, que derivan de la falta de constitución y desempeño de sus funciones por dicha Comisión, que tiene atribuida legalmente las de informe preceptivo y vinculante en determinados supuestos.

En diciembre de 2009, la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio comunica al Defensor del Pueblo de la Región de Murcia que se encuentra en tramitación un Reglamento de funcionamiento de la indicada Comisión y que *“se ha redactado el Anteproyecto de una nueva Ley de Habitabilidad y Accesibilidad en el que se prevé directamente la composición y funcionamiento de la Comisión de Habitabilidad y Accesibilidad”*.

**SEGUNDO.-** Consta en el expediente que entre los meses de noviembre de 2009 y marzo de 2010, se confiere trámite de audiencia a las siguientes entidades y organismos:

- Asociación de Promotores Inmobiliarios de la Región de Murcia.
- Sindicatos: Unión General de Trabajadores y Comisiones Obreras.
- Comité de Entidades de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) de la Región de Murcia.
- Organización Nacional de Ciegos de España (ONCE).
- Federación de Municipios de la Región de Murcia.
- Instituto Murciano de Acción Social.
- Colegios Oficiales: de Arquitectos de la Región de Murcia; de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria; y de Aparejadores, Arquitectos Técnicos e Ingenieros de la Edificación de la Región de Murcia.
- Federación de Asociaciones de Vecinos, Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia (FAVRM).
- Federación de Asociaciones Murcianas de Personas con Discapacidad Física y/u Orgánica.
- Federación de Asociaciones de Disminuidos Psíquicos de Murcia.
- Federación Murciana de Asociaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (THADER).
- Federación Regional de Empresarios de la Construcción.

De los consultados, formulan alegaciones los siguientes: ONCE, CERMI, THADER y, por conducto de la Federación de Municipios de la Región de Murcia, los Ayuntamientos de Yecla y de San Javier.

**TERCERO.-** El 2 de marzo de 2010 se constituye provisionalmente la Comisión Regional para la Habitabilidad y la Accesibilidad, siéndole sometido un borrador del futuro Decreto.

**CUARTO.-** Con fecha 4 de marzo, se elabora un nuevo borrador del texto, el segundo.

**QUINTO.-** El 29 de marzo, la Dirección General de Territorio y Vivienda emite los siguientes informes y memorias:

- Informe jurídico que, tras relatar el proceso de elaboración seguido hasta ese momento y describir el contenido del texto normativo, muestra su parecer favorable al mismo, considerando que se ajusta a las previsiones legales, cuyo desarrollo aborda mediante la concreción de la organización y funcionamiento de la Comisión.

- Informe sobre el impacto por razón de género.

- Memoria económica, según la cual la aprobación del futuro Decreto no generará gasto adicional alguno, toda vez que los miembros de la Comisión no perciben dietas o retribuciones y que el apoyo técnico y administrativo que el órgano recibe de la Dirección General de Territorio y Vivienda se cubre con los créditos presupuestarios ya existentes.

**SEXTO.-** El 30 de marzo, el Director General de Territorio y Vivienda eleva al Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio memoria-propuesta para la tramitación y ulterior aprobación del texto como Decreto del Consejo de Gobierno.

**SÉPTIMO.-** El 30 de septiembre, el Servicio Jurídico de la Consejería promotora del futuro Decreto lo informa, recordando las reservas que ya en su día planteó tal unidad al efecto vinculante que la Ley confería a algunos de los informes que debe emitir la Comisión, si bien considera que siendo tal la previsión legal no debe discutirse ahora, procediendo únicamente su cumplimiento.

**OCTAVO.-** El 4 de octubre, emite informe el Vicesecretario de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.

**NOVENO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 12 de noviembre, en sentido favorable al texto, sin efectuar observación ni sugerencia alguna a su contenido.

En tal estado de tramitación y tras incorporar un texto definitivo y autorizado (mediante diligencia del Secretario General de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio) del Proyecto de Decreto, así como el preceptivo índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 19 de noviembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo, toda vez que tiene por objeto un Proyecto de Decreto por el que se desarrolla una Ley de la Asamblea Regional, la 5/1995, de 7 de abril, de Condiciones de Habitabilidad en Edificios de Viviendas y de Promoción de la Accesibilidad General, lo que permite incardinar la consulta en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.- Competencia material y habilitación reglamentaria.**

En ejercicio de las competencias estatutarias en materia de urbanismo y vivienda (artículo 10. Uno, 2), así como en la defensa de los consumidores y usuarios (artículo 11.7), la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia aprobó la Ley 5/1995, una de cuyas medidas es la creación, como órgano colegiado consultivo, de la Comisión Regional para la Habitabilidad y Accesibilidad, como instrumento de integración de las distintas sensibilidades presentes en estas materias y con vocación de elemento coordinador entre ellas y las Administraciones Públicas.

Las líneas maestras del régimen de dicho órgano son definidas por los artículos 33 y 34 de la indicada Ley, que lo configuran como órgano superior de carácter consultivo en materia de habitabilidad y accesibilidad, adscrito a la Consejería competente en materia de arquitectura, vivienda, urbanismo y transportes, cuyo titular ostentará la presidencia del órgano, y del que formarán parte, en el número y forma que se establezca reglamentariamente, representantes de las Consejerías, Corporaciones Locales, corporaciones públicas cuya actividad esté directamente relacionada con la habitabilidad y accesibilidad, representantes de asociaciones de personas con limitaciones y de asociaciones de consumidores.

El artículo 34 de la Ley de creación le asigna las siguientes funciones, “sin perjuicio de las que reglamentariamente se determinen”:

a) Emisión de los informes establecidos en la indicada Ley.

La misma Ley 5/1995 establece el carácter preceptivo y vinculante de los informes que ha de evacuar la Comisión en los proyectos de reforma, rehabilitación o restauración de edificios contemplados en los artículos 12 a 15, ambos inclusive, todos ellos relativos a la autorización de excepciones a los requisitos ordinarios de accesibilidad previstos en los indicados preceptos y que determina la incardinación del informe de la Comisión en el procedimiento municipal de concesión de licencias sujetas a la legislación urbanística. Además, la Disposición adicional segunda de la Ley prevé el informe preceptivo y no vinculante de la Comisión como requisito para la inaplicación de las exigencias impuestas por la Ley, cuando la adecuación a las mismas de los espacios, edificios e inmuebles declarados bienes de interés cultural o incluidos en los catálogos municipales de inmuebles de valor histórico-artístico conlleven un incumplimiento de la normativa específica reguladora de estos bienes histórico-artísticos.

b) Valoración y análisis del grado de cumplimiento de las previsiones contenidas en la normativa de desarrollo de la Ley 5/1995.

c) Formular propuestas y sugerencias sobre sus posibles modificaciones.

d) Evacuar cuantos informes sobre las materias contenidas en la Ley 5/1995 y en su normativa de desarrollo les sean solicitados por los organismos públicos competentes en materia de habitabilidad y accesibilidad.

Asimismo, la Disposición adicional primera de la Ley 5/1995 autoriza al Consejo de Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación de esta Ley.

Acreditada la habilitación legal al Consejo de Gobierno, tanto la genérica para el desarrollo de la Ley como la específica para el establecimiento del régimen reglamentario funcional y orgánico de la Comisión Regional para la Habitabilidad y Accesibilidad, y correspondiendo a aquél la potestad reglamentaria originaria en el ámbito de la Administración regional (art. 32.1 del Estatuto de Autonomía), el Consejo de Gobierno puede dictar la norma sometida a consulta, la cual habrá de adoptar la forma de Decreto, conforme a lo establecido en el artículo 25.2 de la Ley 7/2004, de

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

**TERCERA.- Procedimiento de elaboración y conformación del expediente.**

A la vista del expediente remitido, puede afirmarse que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto de Decreto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, siendo destacable la amplia audiencia otorgada durante el procedimiento de elaboración (Antecedente Segundo), cuyas observaciones, sin embargo, no han sido objeto de valoración, lo que ha de merecer el reproche de este Consejo Jurídico. Al no incorporarse al expediente un informe del centro directivo encargado de la elaboración y redacción del Proyecto en el que se sopesen las observaciones y sugerencias formuladas en el trámite de audiencia y en los informes emitidos, indicando las que se aceptaban y las que, por el contrario, no lo eran, con expresión en este caso de los motivos de tal rechazo, se dificulta la tarea de análisis de este Consejo sobre los diferentes borradores, a fin de determinar las variaciones que cada uno de ellos introduce respecto del precedente y poder así conocer la *ratio* del texto resultante.

Se advierte, también, la omisión del preceptivo extracto de secretaría, exigido por el artículo 46.2, letra b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

**CUARTA.- Contenido del Proyecto normativo.**

El Proyecto sometido a consulta consta de una norma aprobatoria dividida en una parte expositiva innominada, un único artículo, una Disposición final y un Anexo donde se ubica el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Regional de Habitabilidad y Accesibilidad. Este Reglamento, a su vez, consta de un Preámbulo, 26 artículos divididos en tres Títulos (I, “De la naturaleza y régimen jurídico de la Comisión Regional de Habitabilidad y Accesibilidad”; II, “De los miembros de la Comisión Regional de Habitabilidad y Accesibilidad”; y III, “De los órganos de la Comisión”, subdividido a su vez en dos Capítulos: “Primero. De los órganos unipersonales” y “Segundo. Del Pleno”).

El Proyecto, por tanto, se limita a la regulación de aspectos estrictamente organizativos internos, como la composición del órgano y sus reglas de funcionamiento, omitiendo hacer uso de

la habilitación normativa conferida por el artículo 34 de la Ley de creación, que permitiría al futuro Decreto incidir en el elenco funcional del órgano, mediante la asignación de nuevas atribuciones.

**QUINTA.- De la oportunidad de la regulación proyectada.**

Transcurridos más de quince años desde la entrada en vigor de la Ley de creación de la Comisión Regional de Habitabilidad y Accesibilidad, sin haberse constituido el órgano, salvo para intervenir en el procedimiento de elaboración de la norma proyectada, se pretende ahora establecer su reglamento como respuesta al recordatorio del Defensor del Pueblo de la Región de Murcia del deber legal que incumbe a la Consejería consultante de proceder a la constitución y al cumplimiento efectivo de las funciones de la Comisión.

Sin embargo, del expediente (informe jurídico de la Dirección General de Territorio y Vivienda) se desprende que la Consejería está elaborando, de forma simultánea a la tramitación del Proyecto que constituye el objeto del presente Dictamen, una nueva Ley de Habitabilidad y Accesibilidad, cuyo Anteproyecto ya habría sido redactado (página 82 del expediente), y en el que *“se prevé directamente la composición y funcionamiento de la Comisión Regional de Habitabilidad y Accesibilidad”*.

Ningún obstáculo legal se advierte para que la proyectada norma reglamentaria, dictada en ejecución de la actual legislación habilitante, anticipe su vigencia a la de la Ley ahora en tramitación, pero lo cierto es que esta última sí hace dudar de la oportunidad de aquella por diversas razones:

a) Aunque cabe presumir que el Proyecto de Decreto se ha elaborado teniendo a la vista la nueva regulación legal que se pretende aprobar, lo cierto es que el texto de esta última puede variar sustancialmente durante la tramitación administrativa y parlamentaria de la iniciativa legislativa, por lo que las previsiones reglamentarias podrían quedar rápidamente desfasadas una vez vigente la norma legal.

b) La anunciada previsión en la nueva Ley de disposiciones relativas a la composición y al funcionamiento de la Comisión podrían hacer inútil la regulación reglamentaria, si el grado de detalle de la futura Ley desciende al propio del reglamento, lo que se desconoce, dado que no se ha adjuntado al expediente remitido a este Órgano Consultivo el texto del citado Anteproyecto.

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que la Consejería proponente pudiera plantearse la conveniencia u oportunidad de la aprobación, en este momento, del Reglamento proyectado, siendo posible acompasar los tiempos de su elaboración a los de la nueva Ley de Habitabilidad y Accesibilidad actualmente en tramitación. Y ello porque la Comisión ya se ha constituido (página 76 del expediente) y su funcionamiento puede regirse de forma suficiente por lo establecido en la normativa común sobre órganos colegiados, pudiendo incluso la Comisión dotarse a sí misma de sus propias normas de funcionamiento al amparo de lo previsto en el artículo 22.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Cabe recordar, al respecto, que el deber legal cuyo cumplimiento intima el Defensor del Pueblo y que se encuentra en el origen de la iniciativa normativa, es el de que la Comisión cumpla con las funciones que tiene legalmente atribuidas, lo que hasta el momento no se ha verificado al considerar la Consejería consultante que era necesario contar previamente con el reglamento orgánico.

Lo anterior no debe interpretarse, no obstante, como una declaración de innecesariedad del reglamento, toda vez que la propia Ley de creación del órgano remite al ulterior desarrollo normativo la concreción de elementos sustanciales del órgano como el número de sus miembros y su composición, por lo que éste habrá de aprobarse, si bien no parece ser ahora el mejor momento para hacerlo, dada la presumiblemente pronta entrada en vigor de un nuevo régimen legal.

#### **SEXTA.- Observaciones al texto.**

##### I. De técnica normativa.

- El Proyecto contiene dos partes expositivas, una innominada, correspondiente a la norma aprobatoria y otra, denominada preámbulo, que antecede a la parte dispositiva del Reglamento orgánico. Ambas exposiciones de motivos redundan en los mismos extremos, por lo que procede suprimir una de ellas, quizás la del reglamento, la cual además, no debería nominarse, de conformidad con la directriz 11 de las de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, aplicables en el ámbito regional en defecto de directrices propias.

Además, dicha parte expositiva debería hacer mención expresa a las competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta la disposición (directrices 12 y 14).

- De conformidad con la directriz 47, no deberá considerarse ni denominarse anexo el reglamento que se aprueba mediante la disposición, aunque aparezca en el mismo lugar del anexo.

En consecuencia, se sugiere una redacción del artículo único de la disposición aprobatoria similar a la siguiente: “Se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Regional de Habitabilidad y Accesibilidad, cuyo texto se inserta a continuación”.

- La primera cita de una norma debe ser completa, con expresión de su número, fecha y denominación oficial (directriz 80), lo que no se cumple en el artículo 4 del Proyecto, al citar el Decreto 1/2006, de 13 de enero, por el que se regula la creación del registro de Organizaciones de Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, el establecimiento de las normas por las que ha de regirse el mismo, así como la representación y participación de las Organizaciones de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

- El artículo 4 debería ajustar sus normas de división interna a lo establecido en la directriz 31 de las de técnica normativa citadas.

- De conformidad con la directriz 24 de las de técnica normativa, los Capítulos sólo se dividirán en secciones cuando sean muy extensos y con partes claramente diferenciadas, características, especialmente la primera, ausentes en el Capítulo I del Título III del Proyecto.

## II. Observaciones al texto del Reglamento.

### - Artículo 2. Régimen jurídico.

El precepto sujeta el régimen jurídico de la Comisión a lo establecido en la Ley de creación y en el propio Decreto de desarrollo de aquélla, lo que es correcto. No lo es, sin embargo, que un reglamento pretenda regular la eficacia de normas de rango superior, estableciendo su aplicación meramente supletoria, como pretende el Proyecto respecto de la regulación que sobre órganos colegiados se contiene en la Ley 7/2004 y en la LPAC. La aplicación directa o supletoria de tales leyes dependerá de lo en ellas establecido acerca de su ámbito de aplicación y de las normas de relación interordinamental, pero no de lo que establezca un Decreto, disposición inhábil en virtud del principio de jerarquía normativa para condicionar los efectos de la Ley, máxime si, como ocurre en el supuesto sometido a consulta, la Ley objeto de desarrollo no contiene una habilitación expresa al reglamento para fijar el régimen jurídico general del órgano, sino tan sólo para regular su composición y funciones.

Ante el silencio de la Ley 5/1995, la norma que delimita las fuentes del régimen jurídico de la Comisión es el artículo 23.3 de la Ley 7/2004, en cuya virtud, aquél ha de sujetarse a lo establecido en la norma de creación de la Comisión (lo es la Ley 5/1995, no el Proyecto objeto de consulta) y en la propia Ley 7/2004. También será de aplicación la LPAC, a cuya regulación de los órganos colegiados (Capítulo II del Título II) remite expresamente la Ley 7/2004, salvo en aquello que resulte contrario a las peculiaridades organizativas establecidas por las dos primeras leyes.

El Proyecto ha de adecuarse a dicho régimen legal, no pudiendo establecer la eficacia meramente supletoria de la indicada normativa de rango superior. Debe, en consecuencia, suprimirse el término “supletoriamente”. Esta observación tiene carácter esencial.

- Artículo 5. Derechos (de los miembros de la Comisión)

Los derechos enumerados en el precepto son en buena medida coincidentes con los que establece el artículo 24 LPAC, aunque no idénticos. Por ello se sugiere comenzar el precepto con una expresión similar a la siguiente: “Sin perjuicio de las atribuciones y derechos que el artículo 24 LPAC reconoce a los miembros de los órganos colegiados, los de la Comisión ..., gozarán de los siguientes:”

- Artículo 7. De la pérdida de la condición de miembro de la Comisión.

a) El apartado 1 establece una duración de dos años para el mandato de aquellos miembros que no lo sean en representación de la Administración, de donde surge inmediatamente la duda acerca de la duración del mandato de quienes sí lo sean. Aquellos que ocupan un puesto en la Comisión en atención a su posición institucional, como titulares de un cargo que conlleva la pertenencia al órgano colegiado, permanecen en éste mientras ostenten tal cargo. Sería el caso del Presidente y del Vicepresidente y así lo disponen expresamente los artículos 12 y 13.2 del Proyecto, de forma coherente con lo establecido en el artículo 7.1, letra b). Existen otros miembros, sin embargo, que son designados por la Administración (lo que, en sentido lato, permite considerarlos como miembros en representación de la Administración) y que no tienen fijado un período de duración de su mandato, como ocurre con los representantes de las Direcciones Generales de Vivienda y de Personas con Discapacidad, y el miembro designado por el Instituto de Vivienda y Suelo. En estos casos, debería indicarse cuándo expirará su mandato o si el vocal seguirá ostentándolo hasta que la autoridad que lo designó señale a otro en su lugar.

b) La ubicación sistemática del precepto y los términos genéricos en que se expresa pueden llevar a interpretar que las causas de cese enumeradas son de aplicación a todos los miembros de la Comisión, cuando no es así, pues existiendo miembros natos de la Comisión (aquellos que lo son en consideración a la titularidad del cargo público que ocupan), éstos sólo cesarán cuando lo hagan en el indicado cargo.

Por ello, si se pretende regular todas las causas de cese de los miembros en un único precepto como el ahora objeto de consideración, es necesario precisar las normas específicas de cese de cada miembro, en la medida en que constituyan excepciones a ese régimen de cese pretendidamente general. Se sugiere, por tanto, trasladar aquí las previsiones de los artículos 12 y 13.2 del Proyecto, refundidas, en relación a la extinción del mandato del Presidente y del Vicepresidente de la Comisión, suprimiendo tales artículos.

Del mismo modo, además de la renuncia, las restantes causas de cese de los vocales no natos (las del artículo 7, excepto la letra b) parece que pueden ser plenamente aplicables al Secretario de la Comisión, el cual, además, cesará por decisión del Presidente, pudiendo trasladarse aquí la previsión contenida en el artículo 16 y suprimir éste.

- Artículo 8. De la remoción de los miembros de la Comisión.

a) El apartado 1 contempla la remoción de los miembros sólo en el supuesto de incumplimiento reiterado de su función, omitiendo el supuesto contemplado en el artículo 7.2 del Proyecto, como causa de cese, de incumplimiento grave.

b) En el apartado 2, quizás fuera más preciso hablar de sesiones consecutivas, mejor que “sesiones continuadas”.

- Artículo 9. Órganos de la Comisión.

Existiendo un único órgano de carácter colegiado (el Pleno), la referencia a los órganos de tal carácter de la Comisión debería consignarse en singular.

- Artículos 10 y 11. El Presidente.

Ambos preceptos regulan una misma realidad (el contenido funcional del cargo de Presidente del órgano colegiado), por lo que admitirían su refundición en un único artículo.

- Artículo 14. Atribuciones del Secretario.

En la enumeración de funciones del Secretario se advierte que se han omitido algunas de las que típicamente se atribuyen a la Secretaría de un órgano. Así, debería corresponderle la de citar a los miembros de la Comisión, acto que hay que distinguir de aquel que tiene por objeto convocar la sesión. En efecto, la intervención del Secretario se limita a transcribir en el acto formal de la convocatoria las indicaciones recibidas del Presidente, quien asumiría con exclusividad la responsabilidad que pudiera derivarse al respecto. Sin embargo, esta decisión presidencial reflejada en la convocatoria de la sesión debe ponerse en conocimiento de cada uno de los miembros y esta atribución corresponde directamente al Secretario. Otras que también se han omitido son las contempladas en el artículo 25.3, letra c) LPAC y la preparación del despacho de los asuntos. Debería, pues, modificarse el precepto para señalar que, con carácter general, le corresponderán las funciones propias de los secretarios de órganos colegiados y, en particular, las enumeradas en el Proyecto.

- Artículo 15. Sustitución (del Secretario).

Prevé el precepto que el Secretario habrá de ser sustituido “por otro funcionario de igual categoría”. El término “categoría” no tiene aquí un significado preciso, pues tratándose de personal funcionario, éste no se clasifica en categorías profesionales, como ocurre con los empleados públicos ligados a la Administración por una relación laboral, sino en Cuerpos y Escalas. El término “categoría”, referido a un funcionario público, se identifica con un grado o escalón de progreso en la carrera profesional de cada empleado público (artículos 16 y 17 y Disposición adicional décima del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril), por lo que no parece que sea este el concepto a que se quiere aludir, dado que ninguna relación existe entre grado o categoría e idoneidad para el desempeño, por sustitución, de las funciones de Secretario de la Comisión.

Antes bien, parece que la intención del redactor de la norma es que el Secretario sea sustituido por otro funcionario que reúna los requisitos exigidos para ser nombrado como tal, establecidos en el artículo 4 del Proyecto, y que se contraen a prestar servicios en la Consejería proponente y poseer titulación superior. Debería, en consecuencia, modificarse la redacción del precepto en tales términos.

- Artículos 19 y 20. Sesiones ordinarias y extraordinarias.

a) El artículo 19.1 prevé una periodicidad semestral para la convocatoria de las sesiones ordinarias del Pleno de la Comisión. Considera el Consejo Jurídico que el número de sesiones del Pleno, ya sean éstas ordinarias o extraordinarias, debe hacer posible que el órgano cumpla con las funciones que tiene atribuidas sin generar un retraso excesivo en la tramitación de los procedimientos en los que su informe se inserta como preceptivo y, las más de las veces, vinculante. Ciertamente es que, en tales casos, el órgano competente para la tramitación del procedimiento podrá acordar la suspensión del plazo para resolver y notificar la resolución, al amparo del artículo 42.5, letra c) LPAC, pero no ha de olvidarse que tal posibilidad no está exenta de límites (la suspensión no podrá exceder de tres meses), y que una tardanza excesiva en la emisión del informe sería contraria a principios rectores de la actuación administrativa como los de agilidad de los procedimientos y servicio a los ciudadanos (artículos 3 y 4 de la Ley 7/2004). Esta preocupación ya fue expresada por el Ayuntamiento de Yecla (folio 56 del expediente) con ocasión del trámite de audiencia concedido a la Federación de Municipios de la Región de Murcia, al señalar que *“se debería estudiar la convocatoria de sesiones atendiendo a los plazos que establecen la Ley de Procedimiento Administrativo y la Ley del Suelo de la Región de Murcia para la concesión de licencias urbanísticas”*. También en la sesión de constitución del órgano, el representante del Colegio de Arquitectos incidió en el mismo aspecto, obteniendo como contestación del Vicepresidente de la Comisión que, para evitar la excesiva demora en la emisión de los informes, pueden celebrarse todas las sesiones extraordinarias *“que sean precisas, en cualquier momento, si existen proyectos que informar en tanto no se celebra una sesión ordinaria”* (folio 75 del expediente).

Sin embargo, el Proyecto no refleja de forma expresa la solución apuntada por el Vicepresidente, pues la convocatoria de las sesiones extraordinarias depende únicamente de la iniciativa del Presidente o de la solicitud de dos tercios de los miembros de la Comisión. Considera el Consejo Jurídico que, atendido el principio de cooperación con las restantes Administraciones Públicas, debería contemplarse de manera explícita la convocatoria de sesión extraordinaria cuando la pendencia de un asunto ante el órgano consultivo pudiera llegar a imposibilitar al Ayuntamiento tramitador cumplir con su obligación de resolver expresamente en plazo el procedimiento en que se inserta el informe de la Comisión.

b) De la convocatoria de las sesiones.

Al tratar sobre las atribuciones del Secretario de la Comisión (artículo 14 del Proyecto), ya se diferenciaba en este Dictamen entre la decisión de convocar, función que acertadamente se

residencia en el Presidente de la Comisión (art. 11, letra c) del Proyecto), y las diversas actuaciones que son necesarias para que ese acto meramente intelectual del Presidente se materialice y sea efectivo, como la redacción de la convocatoria y las citaciones a los restantes miembros del órgano, cuyo sujeto activo de ordinario resulta ser el Secretario, reproduciendo así el esquema típico y común dibujado por la LPAC, en cuya virtud, corresponde al Secretario “efectuar la convocatoria de las sesiones del órgano por orden de su Presidente, así como las citaciones a los miembros del mismo” (art. 25.3, letra b).

Los artículos 19 y 20 del Proyecto distorsionan este común reparto de roles, al señalar, con escasa precisión técnica, que la convocatoria la realizará el Presidente o, en su caso, el Vicepresidente, por orden del Presidente, incluyendo el orden del día de la reunión y acompañada de la documentación correspondiente, menciones estas últimas al orden del día y a la documentación que parecen atribuir a tales órganos unipersonales una tarea de mera gestión administrativa, como es la de cursar las citaciones a las convocatorias, impropia de su condición.

Se sugiere, en consecuencia, que se redacte de nuevo el apartado correspondiente de ambos preceptos, atribuyendo al Presidente, o al Vicepresidente por delegación de aquél (el artículo 13 del Proyecto dispone que este miembro ejercerá las funciones que expresamente le delegue el Presidente), la función de acordar o decidir la convocatoria de las sesiones, correspondiendo al Secretario efectuar las actuaciones necesarias para su materialización y las citaciones a los restantes miembros del órgano.

c) Aprobación de actas.

Dispone el artículo 20.2 del Proyecto que a la convocatoria de la sesión extraordinaria no se acompañará el acta de la sesión ordinaria anterior, que será aprobada, junto con la correspondiente a la sesión extraordinaria, en la siguiente sesión ordinaria. Se aparta dicha disposición del régimen de aprobación de actas establecido en el artículo 27.5 LPAC, en cuya virtud el acta de cada sesión se aprobará en la misma o en la siguiente sesión.

El expediente no ofrece justificación para esta medida que resulta contraria no sólo a la literalidad de la norma reguladora del régimen común de los órganos colegiados, sino también a la finalidad que la inspira. En efecto, la aprobación del acta constituye una actividad de control por parte del órgano colegiado sobre el acta, que es la documentación acreditativa de las deliberaciones habidas durante la sesión y de los acuerdos adoptados. La elaboración de este documento, que por razones de eficacia se encarga a una sola persona (el Secretario), quien la

confecciona conforme a su criterio personal, es sometida a la consideración del resto de los miembros del órgano para contrastar que el acta se adecua a lo realmente ocurrido durante la sesión. Por ello, y para evitar que transcurra un excesivo lapso temporal entre la sesión y dicha actuación de control, lo que podría dificultar el recuerdo de los detalles de la reunión, es por lo que se establece la regla de la inmediatez en la aprobación del acta.

Es evidente que la periodicidad semestral de las sesiones ordinarias (art. 19.1 del Proyecto) casa mal con la aconsejable inmediatez de la aprobación de las actas. Además, si, como cabe inferir de la regulación propuesta, no se aprobará acta alguna durante las sesiones extraordinarias, podrían acumularse varias actas pendientes de aprobación en una sola sesión ordinaria, lo que dificultará aún más la actividad de control del Pleno sobre la actuación del Secretario.

Procede, en consecuencia, ajustar el régimen de aprobación de actas a lo establecido en el artículo 27.5 LPAC, para lo cual bastará con suprimir el último inciso del artículo 20.2 del Proyecto, operando entonces la previsión de su artículo 26.3, en cuya virtud, el acta de cada sesión se aprobará al comienzo de la siguiente.

- Artículo 25. Votos particulares.

El apartado 4 debe suprimirse, pues en él, de forma redundante con el artículo 11, letra h) del Proyecto, se reconoce el voto de calidad del Presidente y, además, se incardina tal previsión en un precepto dedicado a un extremo con el que no guarda relación.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** La Comunidad Autónoma ostenta competencia material para dictar la disposición sometida a Dictamen, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno mediante Decreto.

**SEGUNDA.-** Revisten carácter esencial las observaciones formuladas a los artículos 2, en relación con la regulación de la aplicación meramente supletoria de las Leyes 7/2004 y LPAC, y 20.2, sobre el momento de aprobación de las actas de las sesiones.

**TERCERA**.- El resto de observaciones, de incorporarse al texto, contribuirían a su mejoría técnica y a una más adecuada inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 16-2011**

**Asunto** Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, de la obra denominada "Biblioteca Municipal en el Barrio del Parral".

**Consultante** Ayuntamiento de Totana

**Fecha** 31/01/2011

**Extracto doctrina**

No son procedentes los pronunciamientos contenidos en la propuesta de resolución dictaminada respecto a incautar (en el sentido equivalente a su pérdida) la fianza definitiva (apartado segundo) y establecer (apartado tercero) el deber del contratista de indemnizar los perjuicios derivados de la pérdida de la subvención concedida para la obra, pues éstos aún no se han acreditado. A cambio, procede que el acuerdo a dictar disponga la iniciación de un procedimiento para determinar la eventual producción de daños y perjuicios causados al Ayuntamiento por la declarada resolución del contrato y, seguidamente, y como medida cautelar para preservar la eventual resolución favorable del mismo, la retención provisional de la garantía prestada.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 27 de mayo de 2009 se formaliza contrato administrativo entre el Ayuntamiento de Totana y "--." para la ejecución de las obras de construcción de la Biblioteca Municipal en el Barrio del Parral, por un precio de 601.589 euros y un plazo de ejecución de seis meses desde la fecha del acta de comprobación del replanteo.

**SEGUNDO.-** Los informes del Interventor y de la Secretaria del Ayuntamiento que más adelante se reseñarán aluden a una serie de actuaciones que no se han remitido a este Consejo Jurídico: que el 9 de julio de 2010 el director de la obra informa que desde mayo pasado la contratista no ha presentado ninguna certificación, quedando por ejecutar 87.217,06 euros, suscitando la duda en el Arquitecto Técnico Municipal de que se puedan cumplir los plazos de ejecución; también indican tales informes que el 15 de julio siguiente la Junta de Gobierno Local acordó la iniciación de un procedimiento de resolución del contrato, el cual debe considerarse caducado, y que el 6 de agosto siguiente la empresa presentó escrito en el que alegaba que el retraso se debía a problemas de liquidez y solicitaba una prórroga del plazo hasta el 30 de septiembre de 2010. Tales hechos no son negados por la contratista en su posterior escrito de alegaciones.

También indican dichos informes que la obra se financia con cargo a una subvención del Ministerio de Administraciones Públicas condicionada a que la obra se termine el 31 de diciembre de 2010.

**TERCERO.-** Obra en el expediente un documento de la contratista, denominado *“planning actualizado a 3 de octubre de 2010”*, en el que se recoge la previsión de ejecutar las obras que restan en el mes de octubre y hasta el 20 de noviembre de 2010, fecha de finalización de las mismas, y otro documento suyo, denominado *“control de certificaciones”*, en el que se recogen certificaciones de obra de los meses de junio de 2009 a mayo de 2010, consignando que falta por ejecutar obra por importe de 87.217,06 euros.

**CUARTO.-** El 27 de octubre de 2010 el Arquitecto Municipal director de las obras informa que el pasado 4 de octubre la empresa presentó nueva programación de las obras, y que a día de hoy ha incumplido las tareas programadas para el mes de octubre prácticamente en su totalidad, habiendo ejecutado sólo pequeñas obras de albañilería.

**QUINTO.-** El 10 de noviembre de 2010, la empresa presenta un escrito en el que expone que, debido a la difícil situación económica del país y a la deuda de 222.605,84 euros que el Ayuntamiento mantiene con ella, solicita ceder el contrato de referencia a empresa capacitada para continuar las obras (sin mayor especificación), lo que procede porque ya se ha ejecutado más del 20% del total del contrato.

**SEXTO.-** El 11 de noviembre de 2010, el Interventor y la Secretaria del Ayuntamiento emiten sendos informes en los que, tras exponer las actuaciones reseñadas en los Antecedentes Segundo a Cuarto, estiman, en síntesis, que no procede autorizar la pretendida cesión del contrato, sino la iniciación de un procedimiento de resolución del mismo por incumplimiento del contratista de sus plazos de ejecución, con incautación de la fianza definitiva para que responda de los perjuicios al Ayuntamiento debidos a la posible devolución de la subvención otorgada por el Estado para la financiación de la obra, y por el importe de las mejoras en las obras no ejecutadas por el contratista, así como para declarar su deber de indemnizar tales daños y perjuicios.

**SÉPTIMO.-** El mismo día, la Junta de Gobierno Local aprueba una propuesta para *“declarar inicialmente la resolución”* (sic., debe entenderse, iniciar un procedimiento para declarar la resolución) del contrato de referencia, por incumplimiento del contratista de los plazos del contrato, incautar la fianza definitiva para que responda de los perjuicios debidos a la posible devolución de la subvención otorgada por el Estado para la financiación de la obra y por las mejoras en las no ejecutadas por el contratista, y para declarar su deber de indemnizar tales daños y perjuicios.

Además, en la misma se expresa que no procede la solicitada autorización para ceder el contrato, vistos los embargos conocidos que pesan sobre la contratista. Finalmente, la referida propuesta acuerda otorgar un trámite de audiencia y vista del expediente a los interesados por un plazo de diez días.

**OCTAVO.-** El 26 de noviembre de 2010, la contratista presenta escrito oponiéndose a la resolución contractual, alegando, en síntesis, que lo procedente es autorizar la solicitada cesión del contrato, pues se cumplen todos los requisitos legales para ello, y tiene la finalidad de asegurar la ejecución de las obras con sujeción al contrato formalizado, no siendo aceptables las razones aducidas por el Ayuntamiento para denegar la cesión del contrato, pues la existencia de los embargos a los créditos de la contratista es una cuestión ajena a la cesión del contrato a un tercero y a su ejecución por éste.

**NOVENO.-** El 25 de noviembre de 2010, la Junta de Gobierno Local acuerda “*elevar a definitiva*” (sic., debe entenderse, declarar) la resolución del contrato de referencia y hacer efectiva la incautación de la fianza definitiva.

**DÉCIMO.-** El 7 de diciembre de 2010 la entidad avalista presenta escrito en el que, en síntesis, alega que el plazo para terminar las obras finaliza el 31 de diciembre de 2010, por lo que la contratista aún no ha incumplido el plazo final del contrato; que la causa del retraso en la ejecución es la falta de liquidez de la contratista debida a los retrasos en el pago de certificaciones y deudas que el Ayuntamiento mantiene con aquella, y que el rechazo municipal a la autorización de la cesión del contrato no tiene fundamento legal.

**UNDÉCIMO.-** El 30 de diciembre de 2010, la Junta de Gobierno Local acuerda revocar su acuerdo de 25 de noviembre anterior, desestimar las alegaciones de los interesados en oposición a la pretendida resolución del contrato, no ejecutar la fianza hasta tanto se determine si procede o no la resolución del contrato y remitir el expediente al Consejo Jurídico de la Región de Murcia para la emisión de su correspondiente Dictamen, notificando todo ello a los interesados.

**DUODÉCIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, remitiendo las actuaciones realizadas, conforme con lo expresado en los previos Antecedentes, adjuntando asimismo diversa documentación del expediente de contratación de las obras.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, por versar sobre una propuesta de resolución de un contrato administrativo a la que ha formulado su oposición el contratista, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 195.3, a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y 12.7 de la Ley regional 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

### **SEGUNDA.- Cuestiones formales y de procedimiento.**

I. Se advierte que el órgano consultante no ha compulsado ni foliado el expediente remitido, ni ha adjuntado los preceptivos índice y extracto del mismo, requeridos en caso de consulta a este Consejo Jurídico por el artículo 46 del reglamento de este órgano consultivo, aprobado por Decreto regional 15/1998, de 2 de abril.

Asimismo, del Antecedente Segundo se deduce que no se han remitido la totalidad de los antecedentes del caso, aunque los interesados no hayan objetado la realidad de las actuaciones allí reseñadas; por ello, y por las consideraciones que se expresarán seguidamente, no se considera imprescindible su requerimiento al órgano consultante, atendido también el plazo de caducidad del presente procedimiento, según se dirá seguidamente.

II. El examen de las actuaciones remitidas permite afirmar que se han seguido los trámites sustanciales establecidos en la LCSP y normativa de desarrollo para este tipo de procedimientos.

III. Conforme con lo establecido en reiterados Dictámenes de este Consejo (nº 90 y 213/2009, entre otros), el presente procedimiento está sujeto a un plazo de caducidad de tres meses, plazo que no consta suspendido a virtud de acuerdo del instructor en tal sentido, fundado en la solicitud del preceptivo y determinante Dictamen de este Consejo Jurídico (ex art. 42.5, c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, vid. Dictamen de este Consejo nº 40/2010, entre otros). Por ello, iniciado el procedimiento el 11 de noviembre de 2010 (Antecedente Séptimo), deberá dictarse y notificarse su resolución antes del 11 de febrero de 2011, so pena de quedar incurso en la indicada caducidad y, en tal caso, tener que proceder a su declaración, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar uno nuevo con el mismo objeto.

**TERCERA.- Imprudencia de autorizar la solicitada cesión del contrato. Procedencia de resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista de los plazos de ejecución.**

Conforme se desprende de los Antecedentes, el Ayuntamiento consultante pretende declarar la resolución del contrato administrativo de referencia con fundamento en el incumplimiento del contratista de sus plazos de ejecución. Los informes emitidos por el director de las obras (el de 9/7/10, citado en el Antecedente Segundo, y el de 27/10/10, citado en el Cuarto) y la propia documentación presentada por la contratista (Antecedente Tercero) revelan que resta una parte de obras por ejecutar y que, vistas las fechas, no podrán ser ejecutadas en el plazo que debe considerarse como final del contrato. Sobre éste surgen dudas, pues se plantea si a tal efecto debe considerarse la fecha del 31/12/10 (por ser la establecida por el financiador de la obra, el Ministerio de Administraciones Públicas, como tope para poder tener derecho a percibir la correspondiente subvención, como parecen apuntar los órganos municipales preinformantes, pero sin que el órgano de contratación municipal hubiera dictado acto alguno de prórroga del plazo del contrato hasta tal fecha, que es lo decisivo al respecto) o el 20/10/10, fecha prevista por la propia contratista en el documento reseñado en el Antecedente Tercero, al que el Ayuntamiento parece haber dado una tácita anuencia o tolerancia.

En cualquier caso, los interesados no cuestionan el hecho de que la contratista no podía ejecutar la totalidad de las obras en cualquiera de tales plazos (cumplido hoy también el primero indicado), sino que se oponen a la resolución contractual por dos motivos distintos, que se analizan separadamente:

A) Por haber solicitado la preceptiva autorización al órgano de contratación para la cesión del contrato a un tercero, y habérsela denegado aquél improcedentemente, cuando tal cesión tenía por finalidad posibilitar el cumplimiento del contrato en plazo.

A tal efecto debe decirse primeramente que con el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de iniciación del procedimiento resolutorio, dictado el día siguiente a la presentación de tal solicitud (Antecedente Séptimo), el Ayuntamiento estaba denegando implícitamente tal autorización, cuya improcedencia se indicaba expresamente en los fundamentos de dicho acuerdo. Y aunque los motivos allí expresados no fueran, como señala la contratista, admisibles para justificar tal denegación (porque las deudas de la contratista no tienen por qué influir en la capacidad y solvencia de un potencial cesionario del contrato para proseguir con su correcta ejecución), sí es correcta tal decisión, por dos motivos:

a) Por el expresado por la Junta de Gobierno en el posterior acuerdo de 30 de diciembre de 2010, en el sentido de que la solicitud de autorización de la cesión carecía de un elemento tan esencial en su contenido como era la designación de una concreta empresa cesionaria (y la subsiguiente acreditación de que reunía los requisitos de solvencia y capacidad necesarios para la ejecución del contrato), requisito esencial para otorgar la autorización a la vista de lo establecido en el artículo 209 LCSP. Es decir, porque, en contra de lo afirmado por la contratista, tal solicitud genérica de autorización de cesión del contrato, sin referirla a una empresa concreta, y en los términos indicados, no reunía los requisitos legales para ser estimada.

b) Porque si, como reconoce la contratista, el fin de la cesión era posibilitar la ejecución del contrato en el plazo previsto, tal finalidad no podía ser cumplida. A la vista del último informe emitido por la dirección de las obras se deduce que, aun si la contratista hubiera propuesto una concreta empresa para la cesión, hubiera acreditado su solvencia y capacidad para la ejecución, se hubiera otorgado la autorización para la cesión, formalizado la misma y prestado el cesionario la nueva garantía (art. 90.4 LCSP), en tal momento éste ya no habría podido ejecutar la obra en el plazo previsto; incluso ello ya no parecía posible en el momento en que se presentó la solicitud de autorización (10/11/10), vista la fecha prevista por la contratista para la finalización de las obras, el 20 de ese mes (sólo diez días después), e incluso aunque el plazo final se cifrara en el 31/12/10.

Por tal motivo, en fin, es explicable (aunque no admisible legalmente, según se ha dicho antes) el carácter genérico de la solicitud de cesión presentada por la contratista, pues no parecía fácil encontrar una empresa que, mediante su subrogación en la posición jurídica de la primera, asumiera la obligación de ejecutar las obras pendientes en el exiguo plazo contractual que hubiera restado una vez se formalizase la cesión y prestado la nueva garantía, ya que en el caso de no poder cumplir tal obligación, la cesionaria habría devenido en responsable plena del incumplimiento contractual producido, con sus correspondientes perjuicios económicos.

B) Porque el incumplimiento de los plazos de ejecución se debe a la falta de liquidez de la contratista, motivada por las deudas que mantiene con ella el Ayuntamiento.

Esta alegación, formulada directamente por la entidad avalista e indirectamente por la contratista en el escrito de solicitud de autorización para la cesión del contrato, carece de virtualidad para enervar el incumplimiento culpable del contratista de su obligación de ejecutar el contrato en el plazo establecido. En primer lugar, la interesada no acredita su afirmación, pero, aun en el caso de existir tales deudas y que se debieran a retrasos en el pago de certificaciones del contrato, es sabido que, conforme con la normativa de contratación administrativa, el mero incumplimiento de pago de la Administración no legitima al contratista para incumplir sin más sus

obligaciones contractuales. Éste, a lo sumo, dispone del mecanismo previsto en el artículo 200.5 LCSP para detener el transcurso del plazo contractual mediante la suspensión del contrato, previo aviso a la Administración efectuado con un mes de antelación a aquélla, en los supuestos de demora de más de cuatro meses en el pago de certificaciones. En el supuesto que nos ocupa, ni se ha acreditado tal demora ni, en cualquier caso, consta que se formulara el preceptivo preaviso (Dictámenes nº 12/2011, de este Consejo Jurídico, y 656/09, de 16 de septiembre, del Consejo Jurídico Consultivo valenciano).

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 206, e) LCSP, procede resolver el contrato de referencia por incumplimiento culpable del contratista de sus plazos de ejecución.

#### **CUARTA.- Efectos de la resolución del contrato.**

El artículo 208.4 LCSP establece que *“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiere constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”*. Y el artículo 88, c) de dicha ley establece que la garantía responderá *“de la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido”*.

A tal efecto, debe indicarse primeramente que en el pliego de condiciones del contrato no se ha establecido nada específico sobre la eventual producción de daños y perjuicios a los que anudar la incautación de la garantía, aunque no parece que hubiera habido obstáculo para que en aquél se hubiera previsto una indemnización objetivada por los daños y perjuicios inherentes al retraso en la utilización de la obra debido a una eventual resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, indemnización que podría haberse cifrado en el importe de la garantía prestada (dado que se trataría de daños de difícil determinación y cuantificación a posteriori de la adjudicación del contrato), lo que hubiera habilitado la incautación de aquélla en el mismo momento de declarar la resolución contractual.

A partir de lo anterior, y visto el tenor del primero de los indicados preceptos, no parece posible acordar, como pretende la propuesta de resolución dictaminada, una inmediata incautación y pérdida de la garantía prestada por el contratista, para responder así de unos daños y perjuicios, la pérdida (total o parcial) de la subvención otorgada por el Estado para la financiación de la obra en cuestión, que en este momento aún no se ha acreditado que se hayan producido. Será en el

posterior procedimiento de determinación de daños y perjuicios donde podrá declararse, en su caso, el perjuicio que por tal motivo se hubiere producido al Ayuntamiento. Ahora bien, ello no implica necesariamente que deba acordarse ya la devolución de la garantía, pues cabe acordar su retención provisional, como medida cautelar habilitada por el artículo 72 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), supletoriamente aplicable.

De lo anterior se concluye que no son procedentes los pronunciamientos contenidos en la propuesta de resolución dictaminada respecto a incautar (en el sentido equivalente a su pérdida) la fianza definitiva (apartado segundo) y establecer (apartado tercero) el deber del contratista de indemnizar los perjuicios derivados de la pérdida de la subvención concedida para la obra, pues éstos aún no se han acreditado. A cambio, procede que el acuerdo a dictar disponga la iniciación de un procedimiento para determinar la eventual producción de daños y perjuicios causados al Ayuntamiento por la declarada resolución del contrato y, seguidamente, y como medida cautelar para preservar la eventual resolución favorable del mismo, la retención provisional de la garantía prestada. A tal efecto deberá tenerse en cuenta que dicho procedimiento estará sujeto a un plazo de caducidad de tres meses, ex artículo 44.2 LPAC.

Por otra parte, se advierte que en el referido apartado tercero de la propuesta de resolución se incluye también como daño indemnizable al Ayuntamiento el importe de las mejoras ofrecidas por el contratista y “no recibidas” (sic., debe entenderse las no ejecutadas o las ejecutadas y que no sean de recibo). Sin embargo, y a los efectos del mencionado procedimiento indemnizatorio, no puede aceptarse que las mejoras dejadas de realizar tras declarar la resolución del contrato deban ser abonadas por el contratista, pues ello constituiría un enriquecimiento injusto para la Administración, ya que la resolución contractual implica la inexigibilidad de ejecutar tales mejoras.

Además de lo señalado, y conforme con lo previsto en el artículo 222 LCSP, procederá iniciar asimismo un procedimiento para la liquidación del contrato, pudiendo entonces compensarse los saldos resultantes de éste y del indicado procedimiento indemnizatorio, en su caso.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El plazo máximo para la resolución y notificación del procedimiento objeto de Dictamen vence el 11 de febrero de 2011, en los términos expresados en su Consideración Segunda, III.

**SEGUNDA.**- Procede declarar la resolución del contrato de referencia, por incumplimiento culpable del contratista de sus plazos de ejecución, en los términos expresados en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**TERCERA.**- En cuanto a los efectos de la resolución contractual, habrá de acordarse la retención provisional de la garantía y la iniciación de procedimiento para determinar la existencia de daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento, conforme con lo expresado en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

**CUARTA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución se informa favorablemente en lo que se refiere a la pretendida resolución del contrato, debiendo ajustarse el resto de pronunciamientos a lo expresado en el presente Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 17-2011**

**Asunto** Resolución de contrato formalizado con la mercantil - - , por la constitución de un derecho de superficie con destino a la construcción de un colegio en el municipio de Totana.

**Consultante** Ayuntamiento de Totana

**Fecha** 31/01/2011

**Extracto doctrina**

Esta situación de importante retraso en la ejecución de la obra constituye ipso iure un incumplimiento, pues, como ha venido sosteniendo el Consejo de Estado, el contrato administrativo de obras tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo en el que el tiempo constituye una condición esencial, de modo que el simple vencimiento de los plazos, sin que la prestación de la contratista esté realizada, supone de por sí un incumplimiento de las obligaciones impuestas a la misma, en cuanto que se refieren a la ejecución en plazo y conforme al Proyecto aprobado de las obras objeto del vínculo contractual administrativo (Dictamen 4.533/1996).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 5 de febrero de 2007 se suscribe por x, en representación del Ayuntamiento de Totana, y por el representante de la mercantil Globalis -- el contrato administrativo especial para la constitución de un derecho de superficie en la parcela, de propiedad municipal, núm. DE-1 del Plan Parcial “La Báscula”, con destino a la construcción y posterior explotación de un colegio concertado.

Previamente, por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Totana de 18 de julio de 2006, se había convocado un concurso para la adjudicación por procedimiento abierto y tramitación urgente, con arreglo al Pliego de Condiciones Técnicas, Jurídicas y Económicas (PCAP) que rige la contratación, acordando el precitado órgano municipal la adjudicación a la mercantil --, en su sesión de 26 de septiembre de 2006.

En la cláusula tercera del contrato formalizado se establece:

*“Las obras de construcción del edificio se ejecutarán conforme al anteproyecto y memoria valorada de construcción, equipamiento y mobiliario redactado y presentado por el contratista en el*

*plazo máximo de dos meses a contar desde la firma del presente contrato, que será aprobado por el Ayuntamiento.*

*La ejecución de las obras de construcción, equipamiento y mobiliario del edificio durará un máximo de doce meses contados desde la aprobación del anteproyecto”.*

En la cláusula cuarta (Obligaciones de la contratista) se establece que el plazo de ejecución de las obras de construcción del colegio será de doce meses contados desde la firma del contrato, así como que la licencia de obras deberá ser presentada en el plazo de un mes contado desde la firma del mismo, siendo otorgada dicha licencia el 24 de abril de 2007, según se infiere de los acuerdos municipales.

Respecto a las causas de resolución (cláusula octava del contrato), se remite a las generales establecidas en el TRLCAP (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en aquel momento), así como a las específicamente previstas en la cláusula 19 PCAP.

**SEGUNDO.-** El 7 de febrero de 2008 se acuerda por la Junta de Gobierno Local iniciar el procedimiento de resolución contractual por incumplimiento del plazo por parte de la contratista y la incautación de la fianza por importe de 51.407.65 euros, así como otorgar un plazo de audiencia a la contratista y avalista, siendo resuelto por el mismo órgano el 29 de mayo de 2008, tras inadmitir por extemporáneas las alegaciones presentadas por la contratista.

Interpuesto por -- recurso contencioso administrativo contra la desestimación expresa del recurso potestativo de reposición, es resuelto por la Sentencia de 30 de octubre de 2009 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 5 de Murcia, en el sentido de estimar el recurso de la citada mercantil, pues advierte que el procedimiento de resolución se encuentra incurso en caducidad, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo expresada, entre otras, por la Sentencia de la Sala 3ª, de 13 de marzo de 2008, al no haber acordado el Ayuntamiento la suspensión del plazo para resolver durante la sustanciación del embargo preventivo de la concesión del derecho de superficie a la contratista por parte de --, comunicado al Ayuntamiento de Totana por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Cartagena (juicio cambiario 769/2007), que finalmente fue alzado por el citado Juzgado el 23 de mayo de 2008.

**TERCERO.-** Previo informe de la Secretaria General de la Corporación Municipal, la Junta de Gobierno Local, en su sesión de 3 de junio de 2010, adopta el acuerdo de iniciación de un nuevo procedimiento de resolución contractual por incumplimiento del plazo para finalizar la obra

(cláusula octava, en relación con la cuarta, del contrato), conforme a la cláusula 19, c) PCAP y artículo 111 TRLCAP, siendo notificado a la contratista, presentando escrito de alegaciones, en su representación, x, quien manifiesta, como único motivo de oposición, que la actuación municipal obedece a la voluntad de otorgar la concesión a otra empresa (--, citada anteriormente) según infiere del folio 79 del expediente, incurriendo por ello el órgano de contratación en desviación de poder (artículo 53.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC en lo sucesivo).

**CUARTO.-** Por la oposición de la contratista a la resolución contractual, el 19 de julio de de 2010 (registro de entrada) se recaba el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, adoptando el Acuerdo núm. 7/2010, de 3 de agosto, con el siguiente contenido:

*“1. Las alegaciones presentadas por la contratista el 23 de junio de 2010 (registro de entrada de la Comunidad Autónoma en Cartagena) no han sido objeto de consideración por el órgano que instruye, faltando también la propuesta que ha de ser elevada a este Órgano Consultivo después del trámite de audiencia otorgado, de acuerdo con lo exigido en el artículo 46 del Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.*

*2. No existe un informe del arquitecto municipal designado como supervisor de las obras en el acuerdo de adjudicación de 26 de septiembre de 2006, sobre el incumplimiento de los plazos establecidos como causa de resolución contractual, que convendría que se extendiera a las causas del retraso y a si las obras llegaron a iniciarse y, en su caso, el estado de las mismas.*

*En otro orden de ideas, puesto que conforme a la doctrina jurisprudencial citada en la Sentencia núm. 648, de 30 de octubre de 2009 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 5 de Murcia, que se remite en el expediente por estimar un recurso contencioso administrativo de la contratista, declarando la caducidad del procedimiento anterior tramitado por el Ayuntamiento, ha de tenerse en cuenta que el transcurso del plazo de los tres meses desde la iniciación del presente procedimiento de resolución contractual (3 de junio) produce la caducidad del mismo (3 de septiembre), sin que conste que se haya acordado la suspensión del plazo de acuerdo con la posibilidad indicada por la Sentencia, conforme a lo previsto en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siempre y cuando se adopte dentro del plazo indicado y se notifique a la mercantil interesada”.*

No consta que se adoptara posterior acuerdo municipal de suspensión del procedimiento, durante el plazo que restaba para la resolución de éste, que finalizaba el 3 de septiembre de 2010.

**QUINTO.-** Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de octubre de 2010, se inicia un nuevo procedimiento de resolución contractual, que es notificado a los interesados, presentando la contratista un recurso potestativo de reposición el 5 de noviembre siguiente (registro de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en Cartagena), que es el indicado en la notificación practicada por la Secretaría General del Ayuntamiento, en el que se ponen de manifiesto tres motivos de oposición:

1º) Confusión en la notificación practicada puesto que, por un lado, se otorga un plazo para la presentación de alegaciones y, por otro, se otorga un recurso potestativo de reposición sin mayor aclaración. No obstante, considera que se trata de un acto trámite, no cualificado, excluido de la posibilidad de un recurso independiente.

2º) Imposibilidad de coexistencia de dos procedimientos sobre el mismo objeto, y la procedencia de declarar la finalización y el archivo del presente expediente, hasta tanto se resuelva el iniciado el 3 de junio de 2010.

3º) Expresa oposición a la resolución del contrato y ausencia de justificación de la misma, por las razones indicadas anteriormente.

**SEXTO.-** La Secretaria General del Ayuntamiento de Totana emite informe el 11 de noviembre de 2010 sobre los motivos alegados por la contratista, estimando que concurren los defectos formales en la notificación practicada y en la coexistencia de dos procedimientos de resolución contractual, considerando que procede declarar la caducidad del incoado el 3 de junio de 2010, por haber transcurrido tres meses desde su iniciación sin haberse adoptado resolución expresa, y la incoación de uno nuevo, en el que se le otorgue un plazo de audiencia a la contratista para la presentación de alegaciones.

**SÉPTIMO.-** El 11 de noviembre de 2010 se adopta por la Junta de Gobierno Local, a propuesta del Concejal de Hacienda y Contratación, la declaración de caducidad del procedimiento de resolución contractual iniciado el 3 de junio de 2010 y la nulidad del acuerdo del órgano de contratación de 7 de octubre siguiente, al haberse notificado incorrectamente que procedía contra el mismo un recurso potestativo de reposición, pues es un acto trámite frente al que cabe la posibilidad de presentar alegaciones.

Al mismo tiempo, en ese mismo acuerdo se ordena la iniciación de un nuevo procedimiento de resolución contractual, por incumplimiento del plazo previsto para la ejecución de la obra, dando audiencia a la contratista para la presentación de alegaciones.

**OCTAVO.-** El 17 de diciembre de 2010 (acuse de recibo), x, en representación de la contratista, presenta escrito de alegaciones en el que reitera los argumentos ya esgrimidos en los escritos anteriores.

**NOVENO.-** Mediante informe de 30 de diciembre de 2010, la Secretaria General del Ayuntamiento de Totana analiza las alegaciones presentadas por la contratista, dejando claro que la resolución del contrato se lleva a cabo por el incumplimiento de los plazos de ejecución establecidos para el cumplimiento de su objeto, que nada tiene que ver con el alegato de la contratista sobre la intención municipal de adjudicar el derecho de superficie a otra empresa con la que ha negociado, cuando aún no se ha iniciado ninguna licitación, según refiere.

**DÉCIMO.-** Consta el informe del Arquitecto Municipal de 7 de octubre de 2010, en el que se expresa que la contratista ha incumplido manifiestamente los plazos previstos para la construcción de un colegio en el Plan Parcial “La Báscula”.

**UNDÉCIMO.-** La Junta de Gobierno Local, a propuesta del Concejal Delegado de Hacienda y Contratación, en su sesión de 30 de diciembre de 2010, acuerda desestimar las alegaciones en base a la propuesta transcrita en el acuerdo adoptado.

**DUODÉCIMO.-** El 11 de enero de 2011 (registro de entrada), el Alcalde del Ayuntamiento de Totana remite las nuevas actuaciones adoptadas, tras el Acuerdo de este Órgano Consultivo núm. 7/2010, ya citado, señalando en el oficio de remisión que la propuesta del Concejal de Hacienda y Contratación ha sido ratificada por la Junta de Gobierno Local.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

En presencia de un procedimiento de resolución contractual al que se opone la contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo

Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 59.3 TRLCAP, por lo que el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

**SEGUNDA.- Normativa de aplicación y caracterización del contrato.**

1. Dentro de las prerrogativas que ostenta el órgano contratante (Junta de Gobierno Local) se encuentra la de acordar su resolución y determinar los efectos de ésta (artículo 59 TRLCAP), lo que sustenta el presente procedimiento, siendo la normativa de aplicación el citado Texto Refundido y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), de conformidad con lo dispuesto en la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público:

*“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.*

2. El presente contrato, que tiene por objeto la constitución del derecho de superficie en la parcela núm. DE-1 del Plan Parcial “La Báscula”, con destino a la construcción y posterior explotación de un colegio concertado, se caracteriza en la documentación formalizada como contrato administrativo especial, al amparo de lo dispuesto en el artículo 8 TRLCAP, recogiendo el PCAP las causas específicas de resolución (cláusula 19), además de remitirse a las generales de resolución de los contratos previstas por el citado Texto Refundido (artículo 111).

La constitución del derecho de superficie sobre terrenos propiedad de las Administraciones Públicas se encuentra regulada en el artículo 201 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, al que se remite igualmente el PCAP (cláusula 23, sobre legislación aplicable).

**TERCERA.- Cuestiones procedimentales.**

El procedimiento ha de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 109 RCAP, quedando pendiente de cumplimentar el último trámite, que es la emisión del presente Dictamen, al haber formulado oposición la contratista.

A la vista de las vicisitudes descritas en los Antecedentes, no puede afirmarse que se haya actuado con diligencia en las cuestiones procedimentales, si se tiene en cuenta que han caducado

otros procedimientos incoados con anterioridad tendentes a la resolución del presente contrato, por haber transcurrido el plazo máximo legal para su resolución y notificación (tres meses), conforme a lo previsto en el artículo 44.2 LPAC y a la doctrina expresada por este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, el núm. 181/2009).

En efecto, llama singularmente la atención que, tras la Sentencia de 30 de octubre de 2009 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 5 de Murcia, en la que se estimaba el recurso interpuesto por la contratista al encontrarse incurso en caducidad el procedimiento incoado el 7 de febrero de 2008, el órgano que instruye no haya adoptado las medidas tendentes a agilizar los nuevos procedimientos o a su suspensión, como sugirió la citada Sentencia, conforme a lo previsto en el artículo 42 LPAC, o como ha recomendado este Órgano Consultivo, en su Acuerdo núm. 7/2010, en el que se advertía, en relación con el procedimiento incoado el 3 de junio de 2010, que no constaba entre las actuaciones que se hubiera acordado la suspensión del plazo por el tiempo que media entre la petición de nuestro Dictamen y su recepción, cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 42.5.c) LPAC.

Tal actuación contumaz ha persistido en el tiempo, pues el procedimiento de resolución contractual incoado el 11 de noviembre de 2010 por la Junta de Gobierno Local, sobre el que versa el presente Dictamen (que tuvo entrada en el registro de este Consejo Jurídico el 11 de enero) también podría caducar, si no se resuelve y se notifica dentro de los tres meses desde su incoación, sin que tampoco conste adoptada la suspensión del plazo por el órgano competente en los términos ya expresados. De lo anterior se deriva que el órgano de contratación dispone hasta el 11 de febrero de 2011 para resolver y notificar la presente resolución contractual.

Por las incidencias descritas, conviene aclarar que la declaración de caducidad del procedimiento anterior no obsta a que el mismo órgano inicie un nuevo procedimiento de resolución contractual, como se indicaba en nuestro Dictamen 99/2009, puesto que *“la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción”* (artículo 92.3 LPAC); si bien, también se indicaba en la Memoria de este Órgano Consultivo correspondiente al año 2009 (con cita al Dictamen 177/2009), que las sucesivas declaraciones de caducidad son reflejo de una actuación administrativa alejada de los principios de celeridad y eficacia que deben regir aquélla; pese a ello, también se dejaba constancia en la Memoria que *“No constituye impedimento para declarar la caducidad que la Administración consultante ya dejara caducar un primer procedimiento de resolución contractual. Y no existe obstáculo para la incoación de un nuevo procedimiento resolutorio porque la o las sucesivas declaraciones de caducidad (...) no produce por sí sola la prescripción de las acciones de la Administración (artículo 92.3 LPAC), es decir, la caducidad no*

*conlleva el desapoderamiento de la Administración contratante para ejercer las potestades que la Ley le confiere en defensa del interés público, a cuyo satisfacción se dirige el contrato. De modo similar, la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador (sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 12 de junio de 2003, dictada con ocasión de un recurso de casación en interés de ley), según la cual, “La declaración de caducidad y archivo de actuaciones establecidas para procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras, artículo 44.2 LPAC, no extingue la acción de la Administración para ejercitar las potestades aludidas en ese precepto, siéndole plenamente aplicable el artículo 92.3 de la misma Ley”.*

Además, se realizan las siguientes observaciones:

1. Resulta conforme a la LPAC que se estimaran las alegaciones de la contratista contenidas en el recurso de reposición interpuesto, indebidamente otorgado en la notificación del acuerdo de iniciación de 7 de octubre de 2010, puesto que procedía dictar resolución declarando la caducidad y el consiguiente archivo del procedimiento iniciado anteriormente (el 3 de junio de 2010), existiendo en ese momento una duplicidad de procedimientos abiertos, cuando los artículos 42.1 y 44.2 LPAC requieren que se dicte resolución declarando tal circunstancia, sin que, por otra parte, exista obstáculo para que se realicen ambas actuaciones (declaración de caducidad e incoación de un nuevo procedimiento) en la misma resolución, como se hizo en el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local el 11 de noviembre de 2010. No obstante, conviene matizar algún aspecto en relación con este último acuerdo, porque puede inducir a confusión algún término empleado, como la declaración de nulidad del acuerdo de 7 de octubre anterior por defectos en la notificación, si se tiene en cuenta que dicho acuerdo no deja de ser un acto de mero trámite (la nulidad procede respecto a los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa) y el defecto de notificación alegado sólo afectaría a su eficacia. Por consiguiente, ha de entenderse que al estimar las alegaciones de la contratista se ha dejado sin efecto el acuerdo de incoación anterior, teniendo en cuenta que las Administraciones Públicas pueden revocar, en cualquier momento, sus actos de gravamen o desfavorables, conforme a lo previsto en el artículo 105 LPAC. En consecuencia, al referirse al contenido del citado acuerdo de iniciación, la resolución que se adopte habrá de tener en cuenta las anteriores puntualizaciones.

2. Debería recogerse expresamente, conforme a las previsiones del artículo 66 LPAC, que se incorporan al presente procedimiento las actuaciones e informes evacuados con anterioridad (en los procedimientos caducados), entre ellos las alegaciones de la contratista y el informe del técnico municipal.

3. No consta el trámite de audiencia a la avalista en el nuevo procedimiento incoado el 11 de noviembre de 2010, aunque sí las audiencias otorgadas en los procedimientos anteriores, sin que haya presentado alegaciones.

**CUARTA.- La resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista. Procedencia y efectos.**

I. Sobre la causa de resolución esgrimida por el Ayuntamiento.

La causa de resolución en la que se ampara el Ayuntamiento es la prevista en la cláusula 19, apartado c) PCAP (“el incumplimiento del plazo para finalizar la construcción”), que incorpora expresamente el contrato formalizado (cláusula octava), así como la consignada en el artículo 111, e) TRLCAP (“la demora en el cumplimiento de los plazos por parte de la contratista”), aunque esta última no se concreta en el acuerdo municipal, pues sólo se contiene una remisión genérica al artículo 111 precitado. Esta causa está íntimamente ligada a la obligación que incumbe a la contratista de cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para su realización (art. 95.1 TRLCAP).

En efecto, la contratista incurre en mora cuando, llegado el *dies ad quem* del plazo de ejecución del contrato, la obra no ha sido realizada, sin que sea precisa una intimación previa por parte de la Administración (artículo 95.2 TRLCAP).

En el supuesto sometido a consulta, el contrato formalizado establecía que el plazo de ejecución de las obras de construcción del colegio será de doce meses contados desde la firma del contrato (cláusula cuarta), si bien la cláusula anterior (tercera) del mismo contrato también establece la aprobación del anteproyecto como *dies a quo* para el cómputo del plazo de doce meses, si bien debía presentarse por la contratista en el plazo de dos meses desde la firma del contrato. En este punto se suscita cierta contradicción en los datos obrantes en el expediente, pues mientras el informe del técnico municipal, de 7 de octubre de 2010, hace referencia a que no existe proyecto aprobado en el Ayuntamiento para la construcción de un colegio en el Plan Parcial “La Báscula” (en todo caso, supondría también un incumplimiento de una obligación asumida por la contratista), el acuerdo de 3 de junio de 2010 de la Junta de Gobierno Local contiene, entre sus consideraciones jurídicas, que la licencia fue otorgada el 24 de abril de 2007, lo que presupone en tal caso la presentación del proyecto, salvo que se otorgara respecto a obras menores que no requerirían del mismo.

En todo caso, de una interpretación conjunta e integradora de las cláusulas del contrato y del PCAP al que se remite, resulta que el plazo máximo para la ejecución del proyecto de obras se establece en 12 meses contado desde la firma del contrato, conforme a la cláusula cuarta, 7 del contrato y 1 PCAP, sin que la contratista señale a este respecto ninguna duda sobre el plazo de ejecución de la construcción.

Pues bien, en el presente caso se han incumplido ampliamente los plazos previstos (el contrato se suscribió el 5 de febrero de 2007), sin que se haya realizado la construcción, conforme señala el arquitecto municipal en su informe de 7 de octubre de 2010. También la Secretaria General de la Corporación Municipal, en el informe de 11 de noviembre de 2010, expresa que “*no se ha hecho sobre la parcela el más mínimo movimiento de tierras*”.

Esta situación de importante retraso en la ejecución de la obra constituye *ipso iure* un incumplimiento, pues, como ha venido sosteniendo el Consejo de Estado, el contrato administrativo de obras tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo en el que el tiempo constituye una condición esencial, de modo que el simple vencimiento de los plazos, sin que la prestación de la contratista esté realizada, supone de por sí un incumplimiento de las obligaciones impuestas a la misma, en cuanto que se refieren a la ejecución en plazo y conforme al Proyecto aprobado de las obras objeto del vínculo contractual administrativo (Dictamen 4.533/1996). En el presente caso se ha incumplido el plazo para la ejecución del contrato por parte de la contratista, lo que ha determinado la concurrencia de otra causa de resolución, íntimamente ligada al retraso en la ejecución de las obras y en cierto modo consecuencia del mismo, como es el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, ex artículo 111, letra g) TRLCAP, entre las cuales se cuenta, como esencialísima, la ejecución de la prestación que constituye su objeto. Conforme a la cláusula tercera del contrato, el canon a satisfacer por la contratista por la constitución del derecho de superficie consistía en la construcción y equipamiento a su costa en la parcela de propiedad municipal de un edificio con un mínimo de dos plantas y superficie mínima de 300 m<sup>2</sup> por planta, totalmente equipado y destinado a uso de biblioteca, despachos y aulas. Tal prestación se ha incumplido, de acuerdo con el informe del técnico municipal.

## II. Incumplimiento culpable.

Siendo manifiesto el incumplimiento del plazo de ejecución del contrato, resta por determinar si éste es imputable a la contratista, lo que constituiría un incumplimiento culpable y, en consecuencia, determinaría la incautación de la garantía definitiva constituida (artículo 113.4 TRLCAP), como propone el Ayuntamiento.

La contratista no esgrime ninguna justificación para el incumplimiento del plazo convenido, limitándose a señalar que el Ayuntamiento ya se ha comprometido a otorgar el derecho de superficie en la parcela de propiedad municipal a otra empresa. Sin embargo, no justifica las razones de su incumplimiento, omitiendo cualquier explicación al respecto, sin que tampoco haya hecho uso durante el plazo de ejecución de la posibilidad de solicitar una prórroga prevista en la cláusula quinta del contrato, ni tan siquiera se ha comprometido a su ejecución extemporáneamente.

En ausencia de cualquier justificación a este respecto por la contratista, procede la resolución del contrato por incumplimiento culpable imputable a la misma, con los efectos consiguientes de pérdida de la garantía constituida, de acuerdo con lo establecido en el artículo 113.5 TRLCAP, siendo éste el único efecto recogido en la propuesta elevada, aprobada por la Junta de Gobierno Local el 30 de diciembre de 2010.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución contractual sometida a consulta en cuanto procede la resolución del contrato por causa imputable a la contratista, con incautación de la garantía definitiva prestada por ésta, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta de este Dictamen, siempre y cuando se adopte por el órgano de contratación la resolución y notificación del presente procedimiento antes del 11 de febrero de 2011, conforme a la Consideración Tercera.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 18-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 31/01/2011

**Extracto doctrina**

El Tribunal Supremo en Sentencias de 4 de abril y 3 de octubre de 2000, manifiesta que no se puede pretender una información excesiva al paciente que dificultaría el propio ejercicio de la función médica; sólo para aquellos casos en los que la información hubiera sido verbal se produce la inversión de la carga de la prueba y compete a la Administración acreditar que el paciente tuvo conocimiento del tipo de intervención que le iba a practicar y de sus posibles consecuencias.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 27 de enero de 2009, x. presenta ante el Registro General del Servicio Murciano de Salud (SMS) reclamación patrimonial por los daños derivados de la asistencia sanitaria recibida. Según la interesada, en fecha 3 de noviembre de 2006, en el Hospital Universitario Reina Sofía (HURS), le fue practicada una intervención programada de extirpación de tiroides. La intervención fue realizada por la Dra. x, siendo dada de alta el siguiente día 5 de noviembre de 2006, con indicación de revisión en consulta externa de cirugía en el plazo aproximado de un mes.

Durante el postoperatorio es diagnosticada de una parálisis de la cuerda vocal izquierda que, la reclamante, atribuye a una mala praxis en la cirugía. Siguió tratamiento rehabilitador con logopeda y repetidas visitas al otorrino, a las que aún hoy continuaba asistiendo en el momento de interponer la reclamación.

Dice la interesada que presenta una parálisis de la cuerda vocal irrecuperable, sufriendo una disfonía permanente, por lo que le ha sido reconocida por el Instituto Murciano de Acción Social (IMAS) una minusvalía del 34%.

Valora las secuelas que presenta según detalle que figura a los folios 1 y 2 del expediente, por las que pide una indemnización de 35.482,43 euros.

Finaliza su escrito solicitando la incoación del correspondiente expediente de responsabilidad patrimonial, así como la práctica de prueba consistente en dar por reproducidos los informes que acompaña a su reclamación y la incorporación de su historia clínica, que deberá ser reclamada al HURS.

**SEGUNDO.-** Por Resolución de 10 de febrero de 2009 del Director Gerente del SMS, se admite a trámite la reclamación y se designa instructor del mismo al Servicio Jurídico del citado Ente Público, que procede a:

a) Comunicar al Director General de Asistencia Sanitaria y a la Correduría de Seguros la reclamación, al efecto de que ésta a su vez lo ponga en conocimiento de la Compañía Aseguradora del SMS.

b) Notificar a la interesada la admisión de su reclamación y la designación de instructor. Asimismo se le informa acerca del plazo máximo establecido para la resolución del procedimiento y su notificación, considerando el efecto que pudiera producir el silencio administrativo, de denegación de la solicitud planteada, todo ello en cumplimiento del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

c) Requerir al HURS, copia de la historia clínica de la paciente e informes de los profesionales que la atendieron.

**TERCERO.-** Con fecha 4 de marzo de 2009, el Director Gerente del HURS remite fotocopia compulsada y numerada de la historia clínica de la reclamante, correspondiente a la asistencia que le fue prestada en dicho Hospital, así como informe de la Dra. x, en el que se señala lo que sigue:

*“x, paciente de 43 años, diagnosticada de Bocio Multinodular con nódulo predominante en lóbulo izquierdo y PAAF compatible con Proliferación folicular, motivo por el cual se indicó cirugía.*

*El día 2-11-06, ingresa en el Servicio de Cirugía del Hospital General Universitario Reina Sofía para tratamiento quirúrgico. El día 3-11-06, bajo anestesia general, es intervenida quirúrgicamente (Dra. x), encontrando un tiroides pequeño, nodular y muy duro, realizando tiroidectomía total que fue muy dificultosa debido a la dureza de la glándula tiroidea. Se visualizan ambos nervios recurrentes y las dos glándulas paratiroides derechas, como queda recogido en el*

*protocolo quirúrgico (se adjunta). A la paciente se le retira la intubación oro-traqueal en quirófano sin problemas, ingresando en la Unidad de Reanimación a las 13:25 horas del día 3-11-06 y siendo alta a la planta de hospitalización a las 17 horas del mismo día. Tras una evolución satisfactoria la paciente es dada, de alta al 2º día postoperatorio con cifras de calcio normales, como se puede objetivar en la hoja de evolución y en el informe de alta hospitalaria (se adjuntan ambos documentos).*

*El 12-12-06 es vista en consulta de cirugía (Dra. X), donde se refiere que la paciente presenta disfonía. También se recogen los resultados del informe anatomopatológico así como el estado de la herida quirúrgica. Se cita para nueva valoración a los 2 meses (se adjunta documento). Se le recuerda que la disfonía es un riesgo frecuente en los pacientes sometidos a este tipo de cirugía, como viene reflejado en el documento de consentimiento informado que la paciente firmó previo a la intervención (se adjunta documento). En la siguiente revisión con fecha 06-02-07, la paciente se encuentra asintomática y totalmente recuperada de la disfonía (se adjunta documento). Desde esa fecha no ha vuelto a consultar al Servicio de Cirugía de este Centro.*

*Tras consultar la historia clínica de la paciente, se comprueba, que con fecha 04-04-07, es valorada en consulta de endocrinología. En el informe emitido se refleja que la paciente no presenta complicaciones de la cirugía (se adjunta documento).*

*El 03-09-07, es vista en el servicio de ORL donde se recoge que la paciente fue intervenida de tiroides 1 año antes, presentando disfonía que se recuperó. Consulta por disfonía de nueva aparición, de dos meses de evolución (se adjunta documento)”.*

**CUARTO.-** La instructora remite copia del expediente a la compañía aseguradora, la cual envía dictamen médico elaborado colegiadamente por cuatro facultativos, en el que se alcanzan las siguientes conclusiones:

*“1. La paciente presentaba un BPN de larga fecha, en tratamiento, por el servicio de endocrinología.*

*Tras la realización de una PAAF + para proliferación folicular, es derivada a cirugía de manera correcta.*

2. Antes de la intervención la paciente firmó el documento de CI específico para la cirugía que se iba a realizar en el que se especificaban algunas de las posibles complicaciones del procedimiento entre las que se encontraban aquellas que posteriormente presentó la paciente.

3. La cirugía se lleva acabo en tiempo y forma correctos, de acuerdo con las recomendaciones de la AEC, con disección del NLR y paratiroides, (2 derechas), sin que en el protocolo de intervención se aprecie la existencia de complicaciones.

4. Tras la cirugía presenta una parálisis del la CVI por lesión del NLR izquierdo que es tratada de forma correcta por Logopedia, mejorando clínicamente la disfonía.

5. La lesión de un NRL, es una complicación conocida, descrita en todas las series, siendo su casuística entre un 0,5 y un 5% según las series publicadas.

6. A la vista de la documentación examinada se puede concluir que tras la cirugía la paciente presentó una lesión del nervio recurrente izquierdo actuando los cirujanos en todo momento, de manera correcta”.

**QUINTO.-** Previa solicitud de la instructora, la Inspección Médica emite informe fechado el 29 de diciembre de 2009 que concluye:

“1. Paciente diagnosticada de BMN y tratada por el Servicio de Endocrinología del HURS, es sometida a PAAF que resulta positiva, y remitida a Servicio de Cirugía General, todo ello de forma correcta y adecuada.

2. Por el Servicio de Cirugía General se informa a la paciente de la IQ a realizar consistente en extirpación de la glándula tiroides y de las complicaciones, que aunque con baja incidencia se pudieran presentar.

3. La paciente acepta a través de los documentos de Consentimiento Informado que firma, las posibles complicaciones, entre las que se encuentra la alteración permanente de la voz.

4. Meses después de la Cirugía presenta parálisis de Cuerda Vocal Izq., por lesión del nervio laríngeo recurrente izq., complicación que tiene una incidencia que fluctúa entre el 0 y 14% y de la que fue informada la paciente.

4. *El protocolo quirúrgico se realizó correctamente, de acuerdo con la 'lex artis ad hoc'.*

5. *No hemos encontrado a lo largo del proceso estudiado, funcionamiento anormal del Servicio Murciano de Salud o defectuosa asistencia médica, habiendo estado la misma ajustada a los protocolos vigentes, para el diagnóstico y tratamiento del BMN, que afectaban a la paciente”.*

**SSEXTO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, la aseguradora no comparece ni formula alegación alguna, en tanto que la reclamante presenta escrito de fecha 15 de marzo de 2010, en el que manifiesta que aún reconociendo que la disfonía es un riesgo de la intervención a la que fue sometida, en el consentimiento informado no se recogía que lo podía ser con carácter permanente, ni tampoco se le indicó así por la Dra. x, por lo que se reitera en su apreciación de que la secuela que padece es consecuencia de una mala praxis médica.

Seguidamente el órgano instructor emite propuesta de resolución desestimatoria al considerar que no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 16 de abril de 2010, se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

#### **SEGUNDA.- Procedimiento, plazo para reclamar y legitimación.**

Analizada la tramitación del procedimiento, se advierte que se ha seguido en líneas generales lo establecido por el RRP para este tipo de reclamaciones.

Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que el perjudicado deduzca su pretensión ante la Administración. En efecto, según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Añadiendo que en caso de daños a las personas, de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Pues bien, en el que nos ocupa, la paciente, según consta en la historia clínica, el día 11 de diciembre de 2008 (folio 73) aún estaba sometida a tratamiento médico, por lo tanto la reclamación, presentada el día 27 de enero de 2009, ha de entenderse deducida dentro del plazo legalmente previsto para ello.

La x, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la atención sanitaria recibida en un centro sanitario dependiente del SMS, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

En lo que respecta a la legitimación pasiva tampoco suscita duda que la actuación a la que la reclamante imputa el daño que dice haber sufrido, acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional. La competencia orgánica para resolver el procedimiento corresponde al titular de la Consejería consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2,o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria.**

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es necesario acreditar daños que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, el particular no tenga el deber jurídico de soportar, habiendo precisado la jurisprudencia que, en materia sanitaria, la indicada relación de causalidad y antijuridicidad del daño se producen cuando se acredita que la actuación médica pública infringió la "*lex artis ad hoc*", pues lo contrario supondría convertir a la Administración en una aseguradora universal de los riesgos y daños que puedan acontecer, señaladamente los inevitables para la salud, bien por naturaleza, bien por no poder ser remediados en el estado actual de la ciencia y la

técnica sanitarias; finalidad ésta de aseguramiento a todo riesgo que no contempla la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa tal y como viene configurada por el artículo 106.2 de la Constitución, la LPAC y el resto del ordenamiento jurídico. Y es que, tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados (por todos, nuestro Dictamen núm. 56/2005).

En cuanto a la existencia de relación de causalidad entre el daño invocado y el funcionamiento del servicio público, su acreditación corresponde, a tenor de lo establecido en los artículos 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6 RRP, a quien reclama, y a la Administración la prueba de los hechos que excluyen dicha responsabilidad. En este sentido cabe destacar que, en el caso que nos ocupa, la interesada no ha desplegado prueba alguna que acredite que los servicios sanitarios no actuaron conforme al estándar de atención médica exigible a las circunstancias del caso, en tanto que la Administración, además del informe de los facultativos que atendieron a la paciente, ha incorporado el informe de la Inspección Médica, a cuyo contenido habrá que estar atendiendo el carácter eminentemente técnico e imparcial del mismo.

**CUARTA.- Falta de concurrencia de los requisitos para la exigencia de responsabilidad patrimonial.**

Conforme a los informes médicos obrantes en el expediente la paciente padece parálisis de cuerda vocal izquierda, por lesión del nervio laríngeo recurrente izquierdo, que se presenta como consecuencia directa de la intervención quirúrgica a la que fue sometida, lo que hace evidente la existencia de nexo causal. Sin embargo, tal constatación no permite afirmar, sin más, la existencia de responsabilidad patrimonial. Para llegar a esta conclusión es preciso proceder antes a examinar si concurre otro elemento del daño, el de la antijuridicidad.

La antijuridicidad implica la inexistencia por parte del interesado de un deber de soportar el daño. En este sentido, el órgano instructor estima que las secuelas alegadas son complicaciones inherentes al tipo de intervención, existiendo por la paciente el deber de soportarlas como riesgo indisoluble de la actividad sanitaria, máxime cuando consta su consentimiento informado.

La propuesta de resolución resultaría correcta si se constata que la actuación médica fue ajustada a *lex artis*, de modo que las secuelas sean de necesaria o probable producción tras la intervención, y si la paciente fue debidamente informada de ese riesgo y lo aceptó libremente.

1. Respecto al primer aspecto apuntado, actuación ajustada a *lex artis* y secuelas de necesaria o probable producción en este tipo de intervenciones, deben considerarse los siguientes datos y cuestiones constatadas en el expediente:

1. La reclamante, según aparece en su historia clínica, fue intervenida en el HURS por presentar un bocio multinodular, extirpándole la glándula tiroides.

2. Del informe de la Dra. x. (folio 18), así como de los emitidos por la Inspección Médica y los peritos de la aseguradora, se infiere la necesidad de la operación que se practicó a la reclamante. Así, la Dra. x. señala que al presentar un PAFF compatible con proliferación folicular, resultaba indicada la cirugía.

3. En las intervenciones de tiroidectomía existe, entre otros, el riesgo de parálisis de las cuerdas vocales, que puede presentarse aunque la actuación médica se haya ajustado a normopraxis. En el presente caso, la Inspección Médica señala al folio 96 que el protocolo quirúrgico se llevó a cabo de forma ajustada a la *lex artis ad hoc*, pues se diseccionaron ambos nervios recurrentes y ambas glándulas paratiroides como es preceptivo en la técnica quirúrgica realizada. Por su parte el informe de la aseguradora recoge, entre sus conclusiones, la afirmación de que la *"cirugía se lleva a cabo en tiempo y forma correctos, de acuerdo con las recomendaciones de la AEC, con disección del NLR y paratiroides, (2 derechas), sin que en el protocolo de intervención se aprecie la existencia de complicaciones"*.

La intervención que se practicó a la reclamante puede situarse en lo que se conoce como cirugía asistencial, es decir, aquella que persigue la curación del enfermo. En este tipo de cirugías la diligencia del médico supone emplear los medios adecuados y precisos para lograr el objetivo propuesto, que no es otro que preservar la salud del paciente o conseguir su mejoría. En estos casos, como viene afirmando el TS, entre otras, en su sentencia de 6 de febrero de 2007 (citada por la instructora en su propuesta), *"...aún aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado de saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste"*.

Concorre, pues, el primer requisito al que antes aludíamos para estimar la inexistencia de antijuridicidad.

II. En relación con la existencia de consentimiento informado, es decir, si la paciente conocía los riesgos existentes y si los aceptó voluntariamente, deben considerarse los siguientes aspectos que se desprenden de la historia clínica:

1. En el expediente aparece, al folio 45 y siguiente, un documento de consentimiento informado para la cirugía de la glándula tiroides firmado por la paciente, en el que la misma manifiesta haber sido debidamente informada de los beneficios, riesgos y alternativas de la intervención a la que iba a someterse.

2. Según señala la Inspección Médica en sus conclusiones *“por el Servicio de Cirugía General se informa a la paciente de la IQ a realizar consistente en extirpación de la glándula tiroides y de las complicaciones, que aunque con baja incidencia se pudieran presentar”*.

Respecto al consentimiento que aparece en el expediente cabe destacar que ha sido prestado mediante la firma de un formulario más o menos genérico. En relación con esta cuestión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es variada. En alguna ocasión el Alto Tribunal ha manifestado que es a la Administración a quien corresponde probar la existencia de información y que la firma por el paciente de un papel-formulario genérico aceptando someterse a una intervención quirúrgica no basta (entre otras, Sentencia de 28 de junio de 1999). Sin embargo, en otras posteriores ha venido a declarar que *“es cierto que la fórmula que figura en el impreso -‘una vez informado de los métodos, etc.’- es genérica, pero el contenido específico a que se refiere -su concreción en el caso de que se trata- ha sido implícitamente asumido por el paciente, lo que, jurídicamente, significa que la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado o que ésta es insuficiente, se desplaza al firmante...No puede descargarse toda la responsabilidad de una actuación jurídica -para el caso la explicitación de una autorización para acto médico que debe darse al paciente- sobre los servicios sanitarios. Es el paciente -o, en su caso, el familiar o allegado que lo asiste o sustituye- quien puede y debe solicitar -si lo considera necesario- que se le dé una información más elocuente y que, siempre con la necesaria precisión técnica, se haga constar esa información detallada por escrito”* (STS 27 de noviembre de 2000). En esta misma línea argumentativa el Tribunal Supremo en Sentencias de 4 de abril y 3 de octubre de 2000, manifiesta que no se puede pretender una información excesiva al paciente que dificultaría el propio ejercicio de la función médica; sólo para aquellos casos en los que la información hubiera sido verbal se produce la inversión de la carga de la prueba y compete a la Administración acreditar que el paciente tuvo conocimiento del tipo de intervención que le iba a practicar y de sus posibles consecuencias.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido asumida por este Consejo Jurídico en Dictámenes 28/2006 y 50/2006, si bien con la matización, en ambos casos, de que la historia clínica mostrara indicios de que se había desarrollado de manera efectiva la relación dialogística entre médico y paciente, lo que ofrece un cierto sustento fáctico a su declaración formal de que se le había dado información acerca de su enfermedad, intervención a practicar o tratamiento a instaurar. En otros supuestos, sin embargo, como el contemplado en el Dictamen 191/2006, ha considerado que no resultaba de aplicación porque de la documentación incorporada al expediente no se desprendía que tal información se hubiese facilitado.

Del análisis de las circunstancias concretas del caso que ahora examinamos, se desprende que esa información a la paciente existió y que, por lo tanto, el consentimiento prestado hace que el daño padecido no resulte antijurídico. Los elementos de juicio que permiten esta última afirmación son los siguientes:

1º. El hecho altamente indicativo de que la reclamante, en su escrito inicial, no aduzca la insuficiencia o falta de claridad de la información recibida sobre la intervención quirúrgica a la que iba a ser sometida. Es con ocasión del trámite de audiencia cuando señala que no se le informó de la posibilidad de una disfonía permanente; sin embargo, en dicho documento sí se refleja el riesgo de *“alteraciones permanentes de la voz”*.

2º. Según consta en la historia clínica (folio 24) el día 6 de febrero de 2006 la paciente ya estaba a la espera de ser intervenida quirúrgicamente, lo que se llevó a cabo, como se ha indicado anteriormente, el día 3 de noviembre de ese mismo año. Existe, pues, entre esos dos momentos un tiempo suficiente para que la reclamante recabara, si así lo estimaba necesario, detalles sobre la operación a la que iba a someterse. Esta posibilidad de solicitar nueva información considera la Audiencia Nacional en su Sentencia de 7 de mayo de 2002, que tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, haciendo recaer en el paciente la obligación de acreditar que la información no fue suficiente.

En consecuencia, no cabe entender que el consentimiento prestado por la interesada para ser sometida a la intervención esté viciado por la falta de información previa.

Todo lo anterior nos permite afirmar que, aún admitiendo que han concurrido los requisitos de una actividad administrativa de la que resultó un daño, el padecido debe ser soportado por la reclamante ya que la prestación sanitaria fue adecuada y el daño se debió a un riesgo inherente al

tipo de intervención quirúrgica a la que fue sometida la paciente, de lo que fue debidamente informada y a lo que prestó su consentimiento.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 19-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 02/02/2011

**Extracto doctrina**

En las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la "lex artis" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 28 de febrero de 2009, x. presenta escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS) en el que expone que el 28 de enero de 2008 sufrió un accidente de tráfico, por el que fue remitido al Servicio de Urgencias del hospital público "*Morales Meseguer*", de Murcia, donde estuvo ingresado hasta el 1 de febrero de 2008, con el diagnóstico de "*fractura clavicular izquierda, fracturas costales múltiples izquierdas, contusión torácica y derrame pleural izquierdo leve*". Añade que al día siguiente, ante la importante dificultad para respirar, acudió al hospital privado "*Virgen de la Vega*", en el que presta servicios como ATS, donde le diagnostican un derrame pleural masivo, con colocación de tubo para drenaje pleural, obteniendo 1500 cc. de sangre; centro en el que permaneció ingresado hasta el día 10 de febrero siguiente. Considera que esta grave situación no fue apreciada en el referido hospital público, estimando que existe relación de causalidad entre el hemotórax masivo apreciado en el segundo de los hospitales y el funcionamiento del servicio público sanitario, solicitando una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, sin especificar su cuantía.

**SEGUNDO.-** Mediante oficio de 9 de febrero de 2009 la instructora del procedimiento requiere al reclamante para que subsane y mejore su reclamación, siendo atendido aquél mediante escrito presentado el 3 de marzo siguiente, junto al que aporta informe de alta hospitalaria del hospital "*Virgen de la Vega*", de fecha 10 de febrero de 2008, en el que se refleja el derrame pleural

masivo, su drenaje y la estancia en dicho hospital a que se refiere el reclamante, y facturas por la asistencia recibida en el mismo, por un importe total de 7.909,53 €.

**TERCERO.-** Con fecha 9 de marzo de 2009 el Director Gerente del SMS dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, que se notificó a los interesados. En la misma fecha se solicita al hospital “*Morales Meseguer*” la remisión de copia de la historia clínica e informes de los profesionales que trataron al paciente.

**CUARTO.-** Mediante oficio de 26 de marzo de 2009, el hospital “*Morales Meseguer*” remite la documentación solicitada.

Destaca el informe médico del Dr. x, del Servicio de Cirugía General, de 26 de marzo de 2009, que expresa lo siguiente:

*"El paciente, x, de 55 años de edad, fue atendido en nuestro centro hospitalario desde el día 28 de enero al 1 de febrero, en relación con un accidente de motocicleta. Acude a urgencias donde es evaluado y atendido sin ninguna demora por el servicio de urgencias. Tras una historia detallada se realiza un estudio completo que incluye analítica, electro, serie de placas de rayos y un TC para descartar lesiones cerebrales asociadas inadvertidas. Se realiza un diagnóstico preciso de varias fracturas costales unilaterales y de clavícula. No otras lesiones ni abdominales ni de huesos largos. Estando estable sin compromiso respiratorio ni hemodinámico es valorado por el especialista de traumatología y de cirugía. Se descarta necesidad de cirugía por ambos servicios y con tratamiento analgésico y ortopédico, y bajo control médico, se ingresa en el servicio de Cirugía General.*

*En planta no presenta complicación inicial alguna, con buen control analgésico y nuevo estudio radiológico que vuelve a valorar su contusión y derrame ya conocido. En ningún caso presenta crisis de insuficiencia respiratoria ni inestabilidad hemodinámica. La gráfica de constantes es normal y refiere buen control del dolor. Se le explica situación, y expresa su opinión de irse a casa para seguir control ambulatorio y consolidación progresiva de sus fracturas. El día 1 de febrero es dado de alta con vendaje ortopédico, tolerancia oral correcta, respiración normal y sin necesidad de tratamiento intravenoso. Se expresa además en el informe clínico y se explica de forma oral la necesidad de reposo (no debe ir a trabajar en un mes) y control por su MFC y Traumatólogo de zona. Además, el paciente guarda una relación estrecha con la profesión sanitaria.*

*La evolución posterior exacta del paciente no puede ser predicha por nadie, pero lo habitual en cualquier enfermo dado de alta de un hospital es que si hubiera notado alguna anormalidad, según se explica tanto por médicos como por enfermería al recibir su informe de alta (dificultad respiratoria, aumento del dolor, etc..), es que se hubiera presentado de nuevo en nuestro Servicio de Urgencias, donde está su Historia, para valorar de nuevo la evolución, como cualquier otro paciente que es atendido, ingresado u operado por nosotros. En ese caso, se hubiera atendido de nuevo según precisara.*

*De motu proprio, el paciente eligió acudir a consultar a otro centro hospitalario eludiendo los propios del SMS, por lo no creo de recibo tener que hacerse cargo de dichos gastos, si acaso, correspondería, a las mutualidades de accidentes de tráfico".*

**QUINTO.-** Obra en el expediente un Dictamen médico de fecha 13 de mayo de 2009 aportado por la compañía aseguradora del SMS del que se destacan las siguientes conclusiones:

*"4. En la urgencia del HMM (servicio de urgencias del hospital "Morales Meseguer") se procedió a la realización de exploraciones clínicas y de imagen siendo diagnosticado de TT (traumatismo torácico), con fracturas costales izquierdas y fr. de clavícula del mismo lado.*

*5. Se realiza por parte de traumatología una inmovilización de la clavícula con vendaje de Velpeau y es ingresado en planta con tratamiento conservador de las fracturas.*

*6. Se realizan controles seriados de RX de tórax en el seguimiento del TT. El paciente manifiesta su deseo de irse a casa el 1-02-08, siendo dado de alta con recomendaciones.*

*7. La aparición de un hemotórax 4 días después de un TT está descrito en toda la literatura, médica, por eso se realizó control de Rx seriado de la evolución del TT.*

*8. El tratamiento y seguimiento del paciente en el HMM hay que considerarlo correcto y de acuerdo con el estado de la ciencia.*

*9. A las 24 horas ingresa en la clínica en donde trabaja con un derrame pleural izquierdo que es tratado de manera correcta.*

*10. El paciente decide por su cuenta ser tratado fuera de los servicios médicos de la sanidad pública.*

11. Durante el ingreso el paciente sufre un cuadro de agitación psicomotriz severa, de causa poco clara y que es diagnosticado por psiquiatría de psicosis postraumática.

12. De acuerdo con la documentación examinada se puede concluir en que todos los profesionales que trataron al paciente en el HMM lo hicieron de manera correcta y de acuerdo con la "lex artis".

**SEXTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 28 de diciembre de 2009, con las siguientes conclusiones:

*"PRIMERA: x. fue atendido por el SUAP del Centro de Salud de "San Andrés" en su domicilio por traumatismo torácico con fractura clavicular, derivando al paciente a su Hospital de referencia, todo ello de forma correcta y adecuada.*

*SEGUNDA: El Servicio de Urgencias del Hospital Universitario "Morales Meseguer" tras una historia clínica detallada y estudio completo de pruebas complementarias, diagnostica al paciente de fracturas costales múltiples izq., fractura de clavícula y derrame pleural leve. Es valorado por traumatólogo, que descarta tratamiento quirúrgico y prescribe vendaje en 8 para la fractura de clavícula y analgesia, todo ello de forma correcta.*

*TERCERA: El paciente ingresa en el Servicio de Cirugía General donde se aplica tratamiento conservador y seguimiento de la evolución del TT, no presenta complicación alguna ni inestabilidad hemodinámica ni crisis de insuficiencia respiratoria y es dado de alta hospitalaria por evolución satisfactoria con recomendaciones. La actuación del Servicio de Cirugía es correcta.*

*CUARTA: La evolución posterior de los traumatismos torácicos con fracturas costales no puede ser predicha, por eso se recomienda control de la evolución para, si se detecta cualquier anomalía, acudir de nuevo al Hospital que trata al paciente, esto es lo que hizo con buen criterio el Servicio de Cirugía y de forma correcta.*

*QUINTA: Según las consideraciones médicas es posible la aparición como complicación de un hemotórax de presentación tardía en los siguientes días, el tratamiento que se aplicó para su resolución fue correcto.*

*SEXTA: Esta constatado que no hubo denegación de asistencia sanitaria sino una elección libre del paciente de acudir a un Hospital privado.*

*SÉPTIMA: No encontramos a lo largo del proceso estudiado, funcionamiento anormal del Servicio Murciano de Salud o defectuosa asistencia médica, ni error médico, habiendo estado la misma ajustada a los protocolos vigentes, para el diagnóstico y tratamiento de los traumatismos torácicos, que afectaban al paciente.*

*OCTAVA: Toda la actuación médica es correcta y se ajusta a la "lex artis ad hoc".*

**SÉPTIMO.-** Mediante oficio de 17 de febrero de 2010 se acuerda un trámite de audiencia a los interesados, no constando la presentación de alegaciones.

**OCTAVO.-** El 28 de abril de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar, a la vista de los informes emitidos, que no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización.

**NOVENO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al reclamante, por ser quien sufre los daños por los que reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia, una vez operado el correspondiente traspaso de competencias del INSALUD a la Administración regional.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.-** Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.  
Consideraciones generales.

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación de éste ha de regirse por la denominada *“lex artis ad hoc”*, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *“lex artis”* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *“lex artis”*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *“lex artis”* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberán ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *“lex artis”*, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos

intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Los daños por los que se reclama indemnización.**

Conforme se desprende de los Antecedentes, el reclamante solicita el resarcimiento de los gastos que alega sufridos en la sanidad privada (por la asistencia dispensada en el hospital “Virgen de La Vega”, de Murcia, reseñada en su momento, aportando las correspondientes facturas) y que imputa a un anormal funcionamiento de los servicios sanitarios regionales en forma del error de diagnóstico que se detallará en la siguiente Consideración y que, según alega, motivó dicha asistencia sanitaria privada.

Como indicamos en nuestro Dictamen nº 157/2004, de 29 de diciembre, “*en el Dictamen de 27 de noviembre de 2003 (Exp. 3322/2003), (el Consejo de Estado) recordó que “debe dilucidarse si los gastos realizados en la medicina privada son asumibles por la Administración sanitaria o deben ser soportados por el propio interesado. Únicamente procedería el abono de tales gastos, a título de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, en el caso de error de diagnóstico o inasistencia en la sanidad pública, y a título de reintegro de gastos, en el caso de que la atención en la sanidad privada traiga causa de una “urgencia vital”, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”.*

Por tanto, el resarcimiento de los daños por los que ahora se reclama depende de que pueda considerarse acreditado que el reclamante sufrió un error de diagnóstico en la sanidad pública regional que justificara acudir, en el concreto caso, a un centro hospitalario privado como el de referencia, en el que se remediara dicho alegado error médico.

**QUINTA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Inexistencia.**

El reclamante imputa a los servicios sanitarios regionales un error de diagnóstico consistente en no haber advertido los facultativos del hospital “Morales Meseguer” el hemotórax con derrame pleural masivo que necesitó de drenaje de 1500 cc. de sangre el 2 de febrero de 2008, día siguiente al del alta expedida por aquel primer hospital, en que acudió al “Virgen de La

Vega” por acusar importantes dificultades respiratorias. Sin embargo, el reclamante no aporta informe pericial alguno en el que se razone sobre la alegada mala praxis, existiendo en cambio dos informes, singularmente el de la Inspección Médica del SMS, que niegan la existencia de la infracción a la “*lex artis ad hoc*” necesaria a estos efectos indemnizatorios, según se expuso en la Consideración Tercera.

Así, el informe de la Inspección Médica pone de manifiesto que la sospecha de hemotórax masivo (con derrame pleural superior a 500 cc.) requiere crisis relevantes de insuficiencia respiratoria o inestabilidad hemodinámica, situaciones que no se presentaron de forma significativa durante su estancia en el hospital público, por lo que se diagnosticó de derrame pleural izquierdo leve, lo que requería, según protocolos, de reposo y control médico posterior, que es lo que se prescribió al alta, así como la tácita indicación, para el entender de cualquier ciudadano medio, de que, si la situación variaba notablemente tras el alta, volviera al referido servicio de urgencia para una nueva asistencia, cosa que no hizo el reclamante probablemente dada su condición de trabajador (ATS) del hospital privado al que libremente acudió una vez se presentaron las importantes dificultades respiratorias experimentadas tras el alta en el hospital público (y sólo entonces, hasta el punto de solicitar el paciente el alta voluntaria el día en que se le expidió en este último centro, f. 39 exp.). Resulta así, a la vista de la ausencia de sintomatología que hiciera sospechar de un derrame pleural masivo, que el diagnóstico efectuado en su momento y la decisión del centro público de dar el alta al reclamante no pueden considerarse contrarios a la “*lex artis ad hoc*”, sin perjuicio de que la inmediata evolución posterior del paciente hubiera requerido, ante las nuevas circunstancias aparecidas (insuficiencia respiratoria importante), de una nueva consulta a dicho hospital público, donde se le hubieran podido practicar las mismas pruebas y dispensar los mismos tratamientos realizados en el centro privado al que voluntariamente acudió.

De lo anterior se concluye que no se acredita que existiera un error de diagnóstico constitutivo de una infracción a la “*lex artis ad hoc*”, o mala praxis médica en el caso concreto, necesaria para afirmar la existencia de la adecuada relación de causalidad entre los daños reclamados y el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos que es jurídicamente necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional. Por ello, procede desestimar la reclamación de referencia.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA**.- No existe la adecuada relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y el daño por el que se reclama indemnización, que es jurídicamente necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Quinta del presente Dictamen.

**SEGUNDA**.- En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación de referencia, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 20-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de daños psicológicos.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	02/02/2011

**Extracto doctrina**

La carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, con el artículo 6.2 RRP.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado en la Delegación del Gobierno en Murcia el día 4 de mayo de 2009, x, en nombre y representación de x, formula reclamación patrimonial ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo, con base en los siguientes hechos:

- La reclamante es alumna del Centro Conservatorio Superior de Música “Manuel Massotti Littel”, desde el curso académico 2004/2005, en el que se matricula en la especialidad de viola.
- Durante el tiempo en el que fue alumna de dicho Centro, la x. afirma haber sido objeto de un trato desconsiderado y vejatorio por parte de x, profesora de viola, con afirmaciones tales como “no tienes nivel ni para estar en primero”, “no eres capaz ni de afinar dos notas”, “se reiría de ti cualquiera que te escuchara”, “no tienes cualidades ni aptitudes”, etc.
- Los hechos relatados han ocasionado en la reclamante un perjuicio psicológico, pues se siente con mucha menos autoestima, evita todo lo relacionado con la música, etc., por lo que considera que se ha generado responsabilidad patrimonial de la Administración educativa, solicitando una indemnización de 300.000 euros.

Propone los siguientes medios de prueba:

- Interrogatorio de la reclamante.
- Interrogatorio de la profesora, x.
- Informes psicológicos que se adjuntan.

Pese a esta última afirmación los citados informes no figuraban anexados a la reclamación, aunque, con fecha 14 de mayo de 2009, la letrada x. presenta escrito al que acompaña los siguientes informes:

1. Del psicólogo x, en el que, tras realizar las evaluaciones que en el mismo se indican, se formulan las consideraciones y conclusiones que se transcriben a continuación:

*“(...) II. CONSIDERACIONES.*

*A nuestro juicio, x. muestra una actitud muy colaboradora durante todo el proceso de evaluación y no se percibe ninguna intención oculta ni ningún intento de manipulación por parte de ella.*

*x. relata que desde Junio de 2008 se nota muy triste y llora cada vez que recuerda los comentarios de la profesora x. Refiere que esta persona se reía de ella haciendo comentarios destructivos del tipo ‘No tienes nivel ni para estar en primero’, ‘No eres capaz ni de afinar dos notas’, ‘Se reiría de ti cualquiera que te escuchara’, ‘No tienes cualidades ni aptitudes’, ‘No sientes la música’, etc. con intención, según x, de hacer daño y nunca para construir o mejorar. Desde que sufrió esta experiencia refiere que psicológicamente se siente con mucha menos autoestima, evita todo lo relacionado con la música como no llevar música clásica en el coche, no comprar música clásica, no ir a conciertos de música clásica e incluso no ponerse una bata y un pijama con notas musicales. Confiesa que desea borrar de su mente todo lo relacionado con la música.*

*Estos sucesos traumáticos le afectan en todos los ámbitos de su vida. Laboralmente haciendo que esté mucho más despistada y más desconcentrada teniendo olvidos y no recordando muchas cosas. Familiarmente expresa que echa la culpa de todo a su padre a la vez que reconoce que la culpa es de ella y que necesita echar la culpa a otra persona para no sentirme tan mal. En su tiempo libre cuenta que estos episodios han cambiado todas sus aficiones ya que ya no va a conciertos ni invierte su tiempo libre a lo que más le gustaba antes: la música. Respecto a su relación de pareja manifiesta que su novio acabó por aborrecer sus comentarios respecto a esta situación y lo acabaron dejando porque, según x, él no era capaz de escuchar lo que yo le contaba.*

*Las situaciones que provocan estas graves reacciones ansioso-depresivas están relacionadas con la situación traumática tales como escuchar música clásica, ver músicos, ver una orquesta, ver música clásica en televisión para niños porque le recuerda a ella, etc.*

*Igualmente se observa que padece pensamientos y sentimientos propios de un trastorno de estrés postraumático tales como emociones ambivalentes de rabia y de depresión debido a que piensa que la culpa es suya por haberlo aguantado o llegar a pensar que a lo mejor tenía razón su profesora.*

*El llanto se hace frecuente durante toda la entrevista mantenida con x. y dice que este grave malestar ocurre todos los días con una intensidad máxima de 10.*

*Finalmente, relata con intensa afectación motora, haber sufrido una terrible injusticia, por parte de esta profesora al haber sido suspendida por cuarta vez el segundo curso y, por tanto, haberse quedado sin convocatorias para finalizar sus estudios superiores de Música.*

### III. CONCLUSIONES

*x. padece actualmente un trastorno depresivo grave y un cuadro de ansiedad llamado trastorno de estrés postraumático que encajan con los episodios de agresiones psicológicas descritos en el apartado anterior. Además no se ha detectado ningún otro factor que pudiera explicar este grave malestar emocional”.*

2. De la psicóloga del Servicio de Asesoramiento y Orientación Personal de la Universidad de Murcia, en el que se hace constar que la x. asistió a consulta individual en dicho Servicio, los días 1, 10 y 15 de octubre de 2007.

**SEGUNDO.-** Requerida la x. para que justificara documentalmente la representación con la que afirmaba actuar, esta circunstancia, tras las vicisitudes que se recogen en el expediente, resulta acreditada mediante la aportación de escritura de poder otorgada por la reclamante a favor de la letrada.

**TERCERO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería consultante de 24 de septiembre de 2009, aquélla solicitó informe al Director del Conservatorio, acerca de las siguientes circunstancias:

“- ¿Cuánto tiempo ha estado matriculada x. en el Conservatorio? Indicar fechas concretas.

- Durante su estancia en el Centro ¿ha tenido algún tipo de problema con algún profesor?  
En caso afirmativo, indicar lo sucedido.

- ¿Durante qué cursos la profesora x. ha dado clase a x?

- En las clases que x. impartía a x, ¿se encontraban presentes más alumnos o más profesores? En caso afirmativo indicar los nombres, direcciones y números de teléfono de los mismos.

- Testimonio de la profesora x. sobre su relación con la alumna x.

- Otras circunstancias que estime procedentes”

En contestación a tal requerimiento, el Director remitió informe en el que se cumplimentaban las cuestiones que se le plantearon de la siguiente forma:

“1º Adjunto certificado del Secretario del Centro en el que se hace constar las fechas concretas durante las cuales, x. permaneció matriculada en este Centro.

2º No ha habido problemas durante su estancia en el Centro con ningún profesor.

3º La profesora x. impartió clases de viola a x. durante toda su estancia en el Centro. Quiero reseñar que la citada profesora es la única que imparte esta materia en el Conservatorio Superior de Música.

4º Testimonio de x. se presenta en documento adjunto.

5º En este punto para hacer constar otras circunstancias que pudiera considerar procedentes, expongo:

a) Que dirijo este Centro desde hace 10 años, por tanto he sido Director durante todo el tiempo que x. lleva prestando los servicios en el mismo que fue contratada por primera vez en el mismo año que yo inicié mi mandato.

b) x. ha dado muestras durante todo este tiempo de un carácter conciliador y afable, no habiendo sido nunca partícipe en ninguna polémica, ni con otros profesores ni con ningún alumno.

*Asimismo siempre se ha mostrado flexible para adaptar sus horarios de trabajo a las necesidades del Centro.*

*c) Ha dado muestras de la calidad como docente y como tutora en los trabajos de investigación inherentes a la materia.*

*d) La alumna x. ha comparecido en Jefatura de Estudios en distintas ocasiones dejando constancia de que se encontraba en una situación que le impedía un mínimo aprovechamiento académico. Según su testimonio, decía trabajar como Administrativo en la Universidad de Murcia y por tanto, no podía asistir a numerosas clases ni estudiar lo mínimo recomendable. La citada alumna manifestaba lo anterior con episodios de llanto y dolida por no "poder cumplir su sueño como instrumentista de viola". Teniendo en cuenta que x. es mayor de edad y las enseñanzas que este Centro imparte son de rango Superior, no se podían adoptar medidas para mejorar su situación, salvo infundir el ánimo de manera que su apretada agenda no llegara a afectar a su estado anímico ni físico, habida cuenta y reiterando lo ya expuesto de que su relato se veía constantemente interrumpido por un llanto inconsolable.*

*Terminaré dejando constancia del estupor que me han producido las graves acusaciones que la alumna x. vierte sobre x, así como la extrañeza que me produce el hecho de que hayan sido puestas en nuestro conocimiento una vez que la denunciante ha abandonado sus estudios".*

En el certificado del Secretario se hace constar que la x. se matriculó por primera vez en el Conservatorio en el curso 2004/2005 (8 de octubre de 2004) y, por última vez, en el curso 2007/2008 (18 de septiembre), finalizando todos los exámenes en junio de 2008.

Por su parte, la profesora, x, manifiesta lo siguiente:

*"En primer lugar manifestar su a con una sombra por aparecer en un expediente relacionado con supuestos daños psíquicos en relación alumna con la que ha mantenido una relación absolutamente cordial desde que se matriculara en el centro por primera vez en el curso 2004-05. Durante sus más de diez años de docencia ejercida nunca ha existido el más mínimo problema con ninguno de sus alumnos, todos ellos ocupando en la actualidad plazas en orquestas de prestigio en nuestro país y ejerciendo la docencia en todo el ámbito nacional.*

*Resulta insólito tener que relatar la cordialidad de la relación que ha existido con una alumna adulta de 28 años (edad de su último año matriculada), cuando después de cuatro cursos*

*académicos, jamás ha expresado ni mencionado el más mínimo indicio que hiciera referencia a la relación entre ambas en los términos que ahora insinúa la alumna x.*

*Consultada Jefatura de Estudios y Dirección del Centro sobre los hechos expuestos por la alumna ante la Consejería, tampoco existe ni siquiera una señal que pueda hacer creer que algo de lo expuesto por la alumna pudiera ser cierto. En ningún momento la alumna expresó en jefatura que estuviera sufriendo algún tipo de daño o que su relación con la profesora en algún aspecto fuera incorrecta, a pesar de haber asistido a Jefatura de Estudios en varias ocasiones para tratar aspectos relacionados con su conciliación laboral y académica en el centro.*

*Sin embargo es en 2009, no estando matriculada en el centro, cuando surgen estas acusaciones, cuyo fundamento solamente puede estar en relación con el suspenso obtenido en el segundo curso de su especialidad (calificación obtenida por un examen realizado ante un tribunal).*

*(...)*

*Durante los cuatro cursos académicos que x. ha sido alumna del centro en la relación alumna-profesora no ha existido acontecimiento ni enfrentamiento personal alguno. La relación personal entre ambas partes -al igual que con todos los alumnos- no ha ido más allá de lo estrictamente académico, siempre hubo respeto mutuo y cordialidad absoluta en cada una de las clases y actividades que se desarrollaron.*

*Dada la ocupación laboral que x. desarrollaba fuera del ámbito académico, siempre se le facilitó franja horaria de clase que no le impidiera poder realizar su actividad laboral. Las clases acontecían en un ambiente completamente natural donde el proceso de enseñanza-aprendizaje nunca se detuvo ni alteró lo más mínimo por razones derivadas de una relación personal extraña o anormal.*

*Asimismo en las actividades y audiciones públicas que se realizaron hubo absoluta amabilidad, el trato recibido fue idéntico al de todo el alumnado durante sus diez años de docencia, respetando el talento de cada alumno y los niveles de interpretación alcanzados en cada estilo, época y autor, todo ello acorde a los objetivos programados en los diferentes cursos.*

*Especialmente durante el último curso matriculada x. solicitó poder asistir a otras clases como oyente, así como gozar de clases individuales extras para incrementar su nivel. Previa consulta a jefatura de estudios, x. estuvo recibiendo clases extras donde siguió fluyendo la misma*

*franqueza y honradez que siempre en el proceso conjunto que desarrollaban alumna y profesora. x. nunca manifestó incomodidad o trato inadecuado a su persona por parte de la profesora de Viola a pesar de que siempre existió una comunicación mutua y constante durante las clases en relación con los estudios que cursaba.*

*El testimonio que aquí se relata por parte de la profesora x, solamente puede alargarse para seguir expresando el asombro por las falsas acusaciones de la mencionada alumna, que durante cuatro años nunca expresó ni directa, ni indirectamente (en el departamento, jefatura, dirección...) indicio alguno de trato incorrecto, atrevido o mal educado hacia su persona”.*

**CUARTO.-** Abierto período de prueba se lleva a cabo la comparecencia y declaración tanto de la reclamante como de la x, con el resultado que aparece recogido a los folios 110 a 116 y 122 a 125 del expediente.

**QUINTO.-** Requerido para ello por la instructora, el Servicio de Inspección de Educación, emite, el día 17 de diciembre de 2009, informe sobre la actuación de x. como profesora del Conservatorio Superior de Música de la Región de Murcia, su relación con la alumna x, así como con el resto de sus alumnos, en el que se hace constar que la Inspección ha preguntado tanto a alumnos de diferentes cursos en los que imparte clase de viola la x, como a profesores compañeros de la misma, coincidiendo todas las declaraciones en el hecho de que la x. es una persona educada que no falta al respeto a sus alumnos, imparte con escrupulosidad sus clases y es responsable en su materia, considerándola una profesora muy estricta. La inspectora concluye que la profesora no mantiene con sus alumnos una relación docente basada en falta de respeto o consideración, sino más bien mantiene una relación distante, con una metodología correcta, aunque rígida y con un nivel de exigencia alto.

**SEXTO.-** El órgano instructor solicita a la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, informe médico o psicológico sobre x.

El requerimiento es cumplimentado mediante informe de la Psicóloga, Asesora Técnica, del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la citada Dirección General, en el que, tras analizar el informe del Psicólogo de parte y el de la Inspección Educativa, lleva a cabo la siguiente valoración y conclusión:

*“Esta Asesoría asume los resultados cuantitativos de la investigación diagnóstica presentada, y acepta igualmente la ausencia de intención de manipulación por parte de x. o al*

*menos que ésta, si la hubiere, no es percibida por el examinador (lo contrario implicaría fraude para los propios técnicos de la evaluación), aportando credibilidad en el relato.*

*Efectivamente esta Asesoría encuentra coherencia interna entre el relato de x. y el hallazgo diagnóstico (cumpliendo los criterios pertinentes), lo que nos indica cómo se siente, cómo percibe y ha percibido la realidad y en definitiva cómo todo ello está afectando sobre la persona.*

*Sin embargo, esta Asesoría encuentra a faltar el "cruce" de la información anterior con los resultados de las pruebas psicométricas, que indican variables y rasgos muy importantes de la personalidad de x. y que en definitiva no se han tenido también en cuenta para poder establecer la última frase del citado informe Técnico Pericial Psicológico del Dr. x. Concretamente la que intenta reducir a una única causa la etiología de los trastornos hallados, sin sopesar la interrelación de las concausas, en este caso, la interacción de los rasgos de personalidad de la reclamante.*

*Esta Asesoría entiende, además, que para aventurarse a emitir esa conclusión lineal de única causa-efecto, no sólo se deberían haber obtenido datos y rasgos de personalidad diferentes y a menudo en contrario, en x, sino que además, se debería haber podido constatar objetivamente la agresión continua relatada por la interesada, siendo entonces necesaria la verificación de hechos, y no sólo del relato percibido por la reclamante.*

*Indudablemente el Dr. x. desconocía el contenido del Informe de Inspección, pues esta Asesoría no duda de su honestidad al establecer el hecho como probado basándose únicamente en el relato de su paciente, aunque éste fuera sinceramente sentido.*

*Finalmente, esta Asesoría no comparte la idea de que la conducta de la profesora (aun no siendo cordial) fuera la única causa de la alteración y/o pérdida de salud psíquica de x, ni encuentra esa responsabilidad directa, ya que en todo ello está presente el filtro interpretativo de la reclamante, su modo de entender, sentir y percibir la vida y la relación con los demás. Un antecedente que puede ampliar la comprensión de todo ello en ese mismo sentido es el que se refiere a la discrepancia en la reclamación de notas entre ella y la Administración".*

**SÉPTIMO.-** Conferido con fecha 25 de febrero de 2010 trámite de audiencia a la reclamante, ésta formula escrito que tiene entrada en el Registro General de la Consejería el día 22 de marzo de 2010, mediante el que, en síntesis, alega lo siguiente:

1. Que ha resultado probado el maltrato alegado, sin que la profesora haya negado en ningún momento que le dijese a la reclamante frases como la de “no eres capaz de afinar ni dos notas seguidas”.

2. Que el informe de la psicóloga del Servicio de Relaciones Laborales no desvirtúa el del Dr. x.

3. Que la labor instructora se ha dirigido en muchos casos a demostrar que la reclamante no era, académicamente hablando, buena alumna, pero este hecho es totalmente irrelevante a los efectos del presente expediente de responsabilidad.

Concluye ratificándose en su petición inicial.

**OCTAVO.-** Con fecha 19 de mayo de 2010 la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud, por considerar que no existe nexo causal entre los daños alegados por la reclamante y el funcionamiento del servicio prestado por el Conservatorio Superior de Música “Manuel Massotti Littel” de Murcia.

En tal estado de tramitación, la solicitud de Dictamen formulada por el Consejero de Educación, Formación y Empleo tuvo entrada en el Consejo Jurídico el día 20 de mayo de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

#### **SEGUNDA.- Tramitación.**

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales.

La reclamación se ha interpuesto por quien goza de legitimación activa para ello. En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación, Formación y Empleo competente para resolver el presente procedimiento, por cuanto los hechos a los que se vincula el daño se han producido en un centro integrado en dicha Consejería.

Por último, en lo que al plazo de ejercicio de la acción se refiere, la situación que según la reclamante habría originado los daños psíquicos, en los que se concretaría la lesión, se habrían iniciado en el curso académico 2004/2005, pero los efectos psíquicos, si nos atenemos al informe psicológico aportado por la interesada, se mantenían en la fecha en la que se emite tal informe, 7 de abril de 2009, por lo que la reclamación ha de entenderse deducida dentro del plazo de un año exigido por los artículos 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y 4.2 RRP.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

## 5) Ausencia de fuerza mayor.

Aplicados estos principios al supuesto que nos ocupa se constata, en primer lugar, que el primero de los requisitos, es decir, que el daño por el que se reclama sea real y efectivo, no concurre.

En efecto, los daños que, según la reclamante, habría sufrido como consecuencia del trato vejatorio al que la habría sometido su profesora de viola, son de tipo psicológico y consistirían en depresión y estado de ansiedad. Para acreditar este daño aporta dos informes psicológicos, aunque, como bien indica la instructora en su propuesta de resolución, sólo uno de ellos merece tal calificativo, pues el documento extendido por la Psicóloga del Servicio de Asesoramiento y Orientación Personal de la Universidad de Murcia, es realmente un certificado por el que sólo se acredita que la x. asistió a tres consultas en dicho Servicio, pero sin indicar las causas ni concretar diagnóstico alguno. En lo que se refiere al segundo informe, es decir, el emitido por el Psicólogo x, se coincide con la Psicóloga del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería consultante, x, en que el mismo contiene un relato de hechos extraídos de las cinco visitas de la reclamante, sin que en él se señale si la interesada ha precisado tratamiento especializado seguido como consecuencia de la afectación psíquica diagnosticada, circunstancia que, por otra parte, es aclarada por la propia interesada que, a preguntas de su representación letrada, negó haber seguido tratamiento. En el informe del x. se vierten manifestaciones de la interesada relacionadas con una vivencia subjetiva de un conflicto con su profesora que ella misma describe, pero sin haber atendido, como bien señala la x, a otros elementos desconocidos por el x, pero que obran en el expediente, tales como el informe de la Inspección de Educación, que permiten descartar la actuación de la profesora como causa de los problemas psicológicos de la reclamante, alcanzando, sin embargo, una gran trascendencia *“el filtro interpretativo de la reclamante, su modo de entender, sentir y percibir la vida y la relación con los demás”* (folio 153), como elementos generadores de la depresión que dice padecer.

Cuestionado del modo que se indica en el párrafo anterior el informe aportado por la actora, no se encuentra tampoco, entre las actuaciones que obran en el expediente, otros elementos de prueba de los que extraer la objetividad de los daños, distintos de las manifestaciones de la persona afectada. No se ha acreditado que la reclamante tuviera durante los años que asistió al Conservatorio ninguna baja por incapacidad laboral por la lesión psíquica que alega haber padecido; es más, en el informe del Psicólogo Clínico de la Seguridad Social al que es derivado la paciente a petición propia (folio 30), se indica que *“no se recomienda la incapacidad temporal”*.

Ante la falta de prueba de unos daños psíquicos efectivos, lo que se pone de manifiesto es un estado subjetivo que la reclamante describe en relación con un supuesto trato vejatorio inflingido por su profesora de viola.

La comprobación de la realidad de dicha afirmación resulta necesaria para determinar si se da o no la concurrencia de otro de los presupuestos antes indicados, el de la relación causal. Pues bien, ningún dato en el expediente permite afirmar que tal trato se produjera, pues el único elemento sobre el que se podría sustentar serían las alegaciones de la interesada, sin que conste que la misma presentara, durante los cursos académicos en los que acudió al Conservatorio, queja alguna ante la Dirección del mismo, para lo que tuvo múltiples ocasiones en las que sí acudió a exponer las dificultades que tenía para estudiar, debido a que simultaneaba esta ocupación con su condición de administrativa en la Universidad de Murcia.

Las imputaciones de la reclamante son tajantemente desmentidas por la x, que describe la relación alumna-profesora como cordial, indicando, además, el hecho, admitido por la propia x. de que se le facilitó un horario personalizado de clases que le permitiera compatibilizar su trabajo en la Universidad con los estudios musicales. Pero lo realmente indicativo de la falta de objetividad de las afirmaciones de la reclamante, es el resultado de la investigación llevada a cabo por la Inspección de Educación que, tras interrogar a alumnos y profesores del Conservatorio, concluye que la docente, aun siendo rígida y con un alto nivel de exigencia académica, *“no mantiene con sus alumnos una relación docente basada en falta de respeto o consideración”*.

Por todo ello, a la luz de las alegaciones vertidas y una vez analizadas las pruebas practicadas, este Consejo entiende que en el presente caso no ha quedado acreditado el requisito del daño real y efectivo, sin que tampoco quepa apreciar la existencia de una causa de imputación adecuada y suficiente entre el funcionamiento del servicio público y el trastorno psicológico que la reclamante dice padecer.

Por último, cabe recordar que la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos *necessitas probandi incumbit ei qui agit* y *onus probandi incumbit actori*, materializados, con carácter general, en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en particular para los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, en el artículo 6.2 RRP.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, en tanto no se acredita la concurrencia de los requisitos determinantes de la misma.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 21-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 02/02/2011

**Extracto doctrina**

Del detallado informe de la Inspección Médica se desprende que, atendiendo al específico y limitado alcance del nivel asistencial propio de los Servicios de Urgencias, el tratamiento dispensado por este servicio del referido hospital fue el correcto para casos como el planteado.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 21 de julio de 2005 x. presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida al Servicio Murciano de Salud (SMS) en el que, en síntesis, expone que el día 18 de junio de 2004 sufrió un accidente en su domicilio, siendo trasladada al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca”, donde le realizaron una radiografía de la rodilla izquierda, apreciando *“Imagen de densidad heterogénea, a nivel supero externo de meseta tibial y espina tibial posterior”* y se le inmovilizó la pierna. Que el 25 de junio de ese año vuelve a acudir a Urgencias con las mismas molestias, manteniéndosele la inmovilización, volviendo nuevamente en julio, en que se le recomienda que se quite la férula, solicitando ella que se estudiase mejor su lesión y la realización de una resonancia magnética, negándose a ello el centro, indicándole que, si lo deseaba, se apuntase a la lista de espera. Añade que, por todo ello, el 23 de julio siguiente acudió a “x”, la mutua de su empresa, que le prescribió una resonancia magnética (realizada el siguiente 26), dando como resultado *“fractura deprimida de meseta tibial externa, derrame articular (hemartros) y rotura del menisco externo”*. Añade que en resonancia magnética de 18 de junio de 2005 se advierten las secuelas producidas, que son: *“deformidad residual de meseta tibial externa, cambios post-artroscópicos y meniscopatía externa grado 1-2 sin claros signos de rotura”*, habiendo sido propuesta por el INSS para declararla en situación de invalidez permanente total. Considera la reclamante que cuando sufrió el accidente debió ser intervenida quirúrgicamente por el referido hospital, lo que no sucedió, quedándole por ello las referidas secuelas. Solicita por todo ello una indemnización de 132.605 €, que desglosa en diversos conceptos (días improductivos, secuelas y la citada invalidez permanente total).

Junto con su reclamación presenta informe de alta del servicio de urgencias del referido hospital de fecha 18 de junio de 2004 en el que, entre otros extremos, se indica: *"RX rodilla: Imagen de densidad, heterogénea, a nivel superoexterno de meseta tibial y espina tibial posterior (no se corresponde con dolor a la digitopresión en dicha zona). Tratamiento a seguir: férula posterior de yeso tipo calza. Reposo con pierna alto. No apoyar. Frío local. Acudir a consultas externas de traumatología (Dr. x.) el próximo Ma. 22-6-04"*. Asimismo, presenta la referida resonancia magnética de 18 de junio de 2005, en la que se indica haber sido prescrita por el citado hospital.

**SEGUNDO.-** En fecha 5 de septiembre de 2005, el Director Gerente del SMS resolvió admitir a trámite la reclamación, lo que se notificó a los interesados. En esa misma fecha se solicita al hospital universitario *"Virgen de la Arrixaca"* y a la mutua *"x"* la remisión de copia de la historia clínica e informes de los profesionales que trataron a la paciente.

**TERCERO.-** Mediante oficios de 6 de octubre y 21 de noviembre de 2005, la mutua y hospital de referencia remiten la documentación interesada.

Por lo que se refiere a esta última, el informe de 18 de noviembre de 2005 del Dr. x, médico adjunto del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, expresa:

*"Paciente que acude a urgencias el día 18-6-04 por gonalgia izquierda, tras torcedura. Tras exploración y pruebas complementarias presenta dolor en región antero externa de rodilla sin derrame articular ni deformidad. Ante el cuadro clínico de dolor y sin radiografías concluyentes se decide tratamiento con inmovilización (tratamiento inicial de artritis-esguince-meniscopatía y otras posibles alteraciones de la articulación) más antiinflamatorios, protector gástrico y heparina. Este es el tratamiento de urgencia ante cualquier lesión de estructura articular, añadiendo heparina para evitar trombosis. Posteriormente se remite a consultas para valoración"*.

**CUARTO.-** En fecha 25 de abril de 2006 se solicita informe complementario sobre la posible asistencia de la paciente a la consulta externa del Servicio de Traumatología del referido hospital el 13 de julio de 2004, según se preveía en el parte de alta del Servicio de Urgencias del 25 de junio de ese año.

En fecha 12 de junio 2006 dicho centro hospitalario comunica que *"en la historia clínica n° 274257, perteneciente a la paciente, no hay constancia escrita de dicha asistencia. En la base de datos informática existe un registro que se corresponde con la fecha y la consulta arriba solicitada."*

**QUINTO.-** Obra en el expediente copia de la demanda presentada por la reclamante contra la desestimación presunta de su reclamación, a la que se adjunta copia de una resolución del INSS de 9 de noviembre de 2005, por la que se reconoce a la interesada una determinada pensión mensual de incapacidad permanente, y copia de un informe de 24 de marzo de 2006, del doctor x, emitido a instancia de la reclamante, indicando, entre otros extremos, que la paciente mantiene clínica de impotencia funcional secundaria a gonartrosis postraumática por hundimiento de meseta tibial externa, valorada como artrosis postraumática en 10 puntos, con perjuicio estético moderado valorado en 7 puntos, y que dicha secuela ha sido valorada como incapacidad permanente total, añadiendo que la lesión producida el 18 de junio de 2004 no fue diagnosticada hasta la realización de resonancia magnética el 26 de julio de 2004, y que las referidas secuelas podrían haber sido minimizadas en caso de diagnóstico precoz y tratamiento adecuado.

**SEXTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 6 de julio de 2007, que concluye:

*"1. x. sufrió traumatismo en rodilla izquierda que fue inicialmente tratado en Urgencias del HUVA con inmovilización con yeso.*

*2. No existe ninguna evidencia de que posteriormente la paciente acudiera a alguna de las citas que se consignaron en los informes de alta, para estudio en la consulta externa de Traumatología del HUVA.*

*3. No existe documentación que permita determinar cuándo, dónde y quién decidió la retirada de la escayola, retirada que probablemente fue precipitada.*

*4. La realización precoz de RMN, realizada casi dos meses después del accidente, podría haber originado la programación de intervención quirúrgica o el mantenimiento de la inmovilización con yeso y un periodo prolongado de descarga. A tenor de la bibliografía consultada, no había indicación absoluta de tratamiento quirúrgico, siendo el tratamiento ortopédico una opción, que además permitiría la reevaluación con indicación de cirugía según evolución o diagnóstico de lesiones asociadas.*

*5. La realización de un hipotético tratamiento quirúrgico no habría garantizado la curación sin secuelas de una fractura de pronóstico incierto y en la que los tratamientos son todavía controvertidos.*

6. *La realización posterior de artroscopia no verificó la rotura del menisco externo diagnosticada por RMN, sino que mostró un menisco discoideo, patología de carácter congénito.*

7. *Por último, a la vista de los informes de los diferentes facultativos por los que ha sido valorada en la mutua, no es posible atribuir por completo al tratamiento inicial erróneo las secuelas que padece la reclamante".*

**SÉPTIMO.-** Mediante oficio de 10 de noviembre de 2010 se otorga a los interesados un trámite de audiencia y vista del expediente, no constando la presentación de alegaciones.

**OCTAVO.-** El 20 de abril de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que no se ha acreditado la adecuada relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama, que es jurídicamente necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial pretendida.

**NOVENO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a la reclamante, por ser quien sufre los daños por los que reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia, una vez operado el correspondiente traspaso de competencias del INSALUD a la primera.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.**  
**Consideraciones generales.**

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación de éste ha de regirse por la denominada *“lex artis ad hoc”*, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *“lex artis”* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *“lex artis”*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una*

*actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.*

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la “*lex artis*” responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la “*lex artis*”, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar

un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Falta de acreditación.**

La reclamante imputa al funcionamiento de los servicios sanitarios del hospital “*Virgen de la Arrixaca*” un error de diagnóstico y, en consecuencia, de tratamiento, respecto de la fractura-hundimiento de la meseta tibial externa de su rodilla izquierda producida por un accidente, por el que acudió el 18 y el 25 de junio de 2004 al Servicio de Urgencias de dicho hospital. También alega que acudió en julio de ese año a dicho hospital, en que le prescribieron quitarse la inmovilización de la pierna, y que no le realizaron entonces una resonancia magnética que hubiera podido detectar la fractura existente y proceder a su tratamiento quirúrgico, que estima que era lo indicado para evitar las secuelas por las que reclama, que alega que son consecuencia del inadecuado proceder de los referidos servicios sanitarios.

Del detallado informe de la Inspección Médica se desprende que, atendiendo al específico y limitado alcance del nivel asistencial propio de los Servicios de Urgencias, el tratamiento dispensado por este servicio del referido hospital fue el correcto para casos como el planteado, dirigido a la inmovilización de la pierna, sin perjuicio de un estudio más detallado en consulta ordinaria u externa, para la que la reclamante fue citada, según consta en el parte de alta de dicho Servicio (Antecedente Primero), no constando que acudiera a la consulta externa (prevista para el siguiente 22, es decir, sólo 4 días después), como tampoco consta que acudiera, tras ir nuevamente al Servicio de Urgencias el 25 de junio (en que, de nuevo correctamente, se le prescribió mantener la situación de inmovilización), a la consulta externa del siguiente día 13 de julio, para la que fue citada en el parte de alta de dicho día 25.

Pero, independientemente de lo anterior, y aun en la hipótesis de que los documentos relativos a estas consultas externas se hubieran extraviado (hipótesis no descartable a la vista de lo informado en el Antecedente Cuarto y porque tampoco se remiten los documentos relativos a la consulta en que a la paciente se le prescribió la resonancia magnética realizada el 18 de junio de 2005, prescrita sin duda por el hospital público, según se consigna en el informe de dicha prueba, aportado por la reclamante), y de aceptarse lo alegado por la reclamante en el sentido de que en la consulta del 13 de julio de 2004 se le hubiera retirado prematuramente la inmovilización, y aun sin tratamiento quirúrgico, lo cierto es que de los documentos obrantes en el expediente no se desprende que ello hubiera producido secuelas indemnizables.

En efecto, si se examina la historia clínica remitida por “x”, clínica en que fue atendida la interesada al margen de sus asistencias a la sanidad pública, se advierte que, realizada una resonancia magnética, y junto a la referida fractura-hundimiento de la meseta tibial, se objetivó una meniscopatía externa, tras lo cual se le prescribió rehabilitación. En la posterior consulta de 8 de octubre de 2004, el facultativo de la mutua señala que la paciente tiene *“movilidad actual de rodilla izquierda prácticamente completa. Persiste dolor al apoyo en interlínea externa (por la lesión meniscal externa). Indicada artroscopia”*. Realizada ésta, se advierte *“fractura meseta tibial externa bien consolidada”* (lo que induce a pensar que el tratamiento previo de la misma fue correcto) y *“menisco externo discoideo, sin signo aparente de rotura”*, procediendo a su remodelación, señalando el informe de la Inspección Médica que esta última patología no es traumática, sino congénita, es decir, no imputable a la Administración. Posteriormente, en la consulta de 24 de enero de 2005, el facultativo, a la vista de las radiografías, señala que el apreciado hundimiento del platillo tibial externo es *“discreto”*, lo que igualmente apunta a que el tratamiento quirúrgico del hundimiento, cuya omisión la reclamante imputa a los servicios públicos sanitarios, no era de obligada elección frente al tratamiento ortopédico, según pone de manifiesto el informe de la Inspección Médica, al que en este punto nos remitimos. Y en la consulta de 8 de marzo de 2005 de la mutua se refleja otra resonancia magnética, que informa, según el facultativo, de *“fx consolidada de fractura (sic, debe decir, se deduce, de meseta tibial externa), condromalacia y meniscopatía degenerativa interna”*, reseñando que a la paciente se le ha dado el alta en rehabilitación por considerar *“el proceso finalizado, la exploración normal, no existir déficit funcional, ni derrame ni signos de inestabilidad de rodilla, insistiéndole a la paciente en que debe reeducar su marcha y, si dolor, analgésicos como medida terapéutica, y condroprotectores para su condromalacia, patología ésta de carácter crónico”*. Y, finalmente, en la consulta de 30 de junio de 2005 se consignan los resultados de la resonancia realizada dicho mes (citada en el Antecedente Primero) y se concluye que *“el proceso está finalizado, degenerativo y probablemente invalidante, por lo que decido cursar, dado lo mencionado, dicha propuesta para valoración por EVI”* (equipo de valoración de incapacidades). Posteriormente, en el expediente sólo consta una resolución del INSS sobre otorgamiento de una pensión a la interesada por incapacidad permanente, pero no la resolución, con su previo dictamen médico, por la que se declara la situación de incapacidad.

Quiere decirse con todo lo anterior que no puede considerarse acreditado que la fractura-hundimiento de que se trata hubiera producido una secuela. No obstante lo anterior, y en la hipótesis contraria, ello tampoco determinaría necesariamente la responsabilidad pretendida, si nos atenemos a lo expresado en el informe de la Inspección Médica del SMS:

*-Las fracturas de la meseta tibial son lesiones de pronóstico incierto que presentan en un elevado número de casos artrosis y rigideces postraumáticas, no relacionadas directamente ni con el tipo de fractura ni con el tratamiento realizado, y sí con la edad en el momento de la fractura.*

*- Tras tratamiento en la mutua, con rehabilitación prolongada y valoración por varios especialistas (reumatólogo, traumatólogo y rehabilitador), se recoge de forma repetida y a juicio de todos ellos: "fractura de meseta tibial consolidada, funcionalidad de la rodilla normal. Cambios degenerativos y trastornos de la marcha como causa de la invalidez definitiva que padece la paciente", lo que nos lleva a afirmar que la situación actual de la paciente no puede ser atribuida por completo al tratamiento realizado.*

*Las secuelas de la artroscopia tampoco pueden ser atribuidas a la asistencia sanitaria pública, ya que no la realizó. De cualquier modo la artroscopia era necesaria al sospecharse, tras la realización de la resonancia, una posible ruptura del menisco, y la mala evolución de la paciente".*

En consecuencia, no puede considerarse acreditada la adecuada relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización, que es jurídicamente necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial pretendida, lo que conduce a la desestimación de la reclamación de referencia.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No existe la adecuada relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y el daño por el que se reclama, que es jurídicamente necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación de referencia, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 22-2011**

**Asunto** Revisión de oficio de actos nulos solicitada por x, como consecuencia del devengo de un impuesto de sucesiones y donaciones.

**Consultante** Consejera de Economía y Hacienda (2008)

**Fecha** 02/02/2011

**Extracto doctrina**

1. Al reconocer el Tribunal que el derecho de defensa dimanante del artículo 24 no resulta de aplicación al procedimiento administrativo, con la excepción señalada relativa al sancionador, no está afirmando que los ciudadanos carezcan del mismo, sino únicamente que este derecho de defensa no es el del artículo 24 y, por tanto, no tiene rango de derecho fundamental.
2. Para que haya lugar a la apreciación de una ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, es necesario que la conculcación de dicho procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que se caractericen por su especial gravedad (a título de ejemplo, STS de 17 de octubre de 2000, Dictamen del Consejo de Estado 1716/2005 y Dictamen 106/2010 de este Consejo Jurídico).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 19 de mayo de 2004 se otorga escritura de adjudicación de herencia por fallecimiento de x. Los herederos (entre ellos el instante) proceden a la autoliquidación del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, en la modalidad de Sucesiones, resultando una cuota tributaria para x. de 0 euros.

**SEGUNDO.-** El 12 de diciembre de 2007, tras comprobar los valores declarados, se advierte la existencia de un hecho imponible no autoliquidado por el sujeto pasivo, por lo que se acuerda iniciar de oficio expediente de gestión tributaria con propuesta de liquidación provisional.

Intentada el 14 de enero de 2008 la notificación del indicado acto en la carretera de Tiñosa, núm. x, consta en el expediente (folio 106) el aviso de recibo en el que el agente postal indica "dirección incorrecta". Posteriormente se intenta, mediante agente notificador, la notificación, los días 18 y 25 de enero de 2008, en el mismo domicilio resultando infructuosa, bien porque la persona que se encontraba en él rehusó hacerse cargo de la notificación, o bien porque no se encontraba nadie en dicho domicilio (en las diligencias obrantes a los folios 120 y 121 del

expediente no se concreta la causa por la que no se llevó a cabo la notificación). La edictal se produce en el Boletín Oficial de la Región de Murcia correspondiente al día 5 de febrero de 2008.

**TERCERO.-** El 22 de abril de 2008 se dicta acuerdo de liquidación provisional complementaria con comprobación de valor declarado, en la que, tras sumar unos intereses de demora de 2.693,97 euros, se fija la deuda tributaria en 15.590,07 euros.

Intentada, vía postal, la notificación de dicho acuerdo y del documento de ingreso de la citada liquidación en el mismo domicilio, es decir, Camino de Tiñosa, x, se hace constar que la dirección es incorrecta (12 de mayo de 2008), y aunque en el informe del Director General de Tributos que figura al folio 247 se indica que este acto le fue notificado al contribuyente de igual forma que el acuerdo de inicio del expediente, es decir, un primer intento vía postal y dos más mediante agente notificador, estas últimas actuaciones no figuran documentadas en el expediente. El 5 de junio de 2008 se procede a la notificación edictal del acuerdo.

**CUARTO.-** El 8 de abril de 2009, el x. presenta escrito en el que solicita la nulidad del procedimiento de comprobación de valores dada la no notificación de los actos que lo integran, pues aquélla se intentó en un domicilio, Camino de Tiñosa, x, Los Dolores, C.P. 30.570, Murcia, que no corresponde al del interesado, que reside, como se indica en la escritura de adjudicación de la herencia de su padre, en la C/ Mayor, x, Los Dolores, C.P. 30.011, Murcia. La solicitud de anulación se ampara, con carácter general, en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Acompaña como documentos que acreditan que su domicilio es el que indica, los siguientes:

- Volante individual de empadronamiento.
- Escritura de compraventa de su vivienda.
- Recibos de x y de y. dirigidos a su correcto domicilio.
- Copia del pliego informativo de la Junta Electoral de Zona de Murcia, mediante el que se le notifica su nombramiento como miembro de una mesa electoral, en el que también figura su domicilio correcto.
- Copia del acuse de recibo de la notificación intentada por la administración tributaria con fecha 12 de mayo de 2008 en el domicilio erróneo, Crta. de Tiñosa, x, CP 30570, en el que se hace constar por el empleado del servicio de correos que se trata de una "dirección incorrecta".

Indica el interesado que la notificación edictal que se ha llevado a cabo carece de virtualidad porque únicamente se ha sustentado sobre el pilar de la ignorancia por parte de la administración tributaria del lugar donde hayan de practicarse las notificaciones, lo que resulta especialmente grave teniendo en cuenta que el domicilio real del contribuyente figuraba en la escritura de adjudicación de herederos y en otros documentos de contenido fiscal obrante en dicha administración. En apoyo de su tesis cita diversas sentencias del Tribunal Supremo.

Para el x. la falta de notificación ha dado lugar a la prescripción de la deuda tributaria líquida, a tenor de lo previsto en el artículo 66, b) de la Ley General Tributaria (LGT).

Termina su escrito solicitando la nulidad del procedimiento de comprobación de valores y liquidación tributaria, declarando la improcedencia de la cuota complementaria indebidamente liquidada, cuyo importe de 15.590,07 euros ha sido abonado el día 3 de febrero de 2009, si bien de modo cautelar, por el interesado.

**QUINTO.-** Con fecha 15 de julio de 2009, el Director General de Tributos acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la liquidación tributaria.

**SEXTO.-** Conferido trámite de audiencia al interesado, el 17 de noviembre de 2009 presenta escrito de alegaciones para ratificarse en las vertidas en su escrito inicial.

**SÉPTIMO.-** El 5 de julio de 2010 emite informe el Servicio Jurídico Tributario. Se afirma en él que la notificación de los actos integrantes del procedimiento de gestión se ha ajustado a lo establecido en los artículos 48, 102, 109, 110, 111 y 112 LGT, pues se efectuaron *“al domicilio del recurrente que figuraba en la escritura pública de adjudicación de herencia, presentada y autoliquidada en la oficina gestora de esta Dirección General de Tributos el 31 de mayo de 2004, y en la base de datos centralizada de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria: Cr. Tiñosa, nº x, Los Dolores, CP 30.570”*. Añade que los problemas habidos para proceder a la notificación personal del interesado sólo a él son imputables, al haber incumplido su obligación de comunicar a la Administración el cambio de domicilio fiscal (art. 48.3 LGT). Recuerda, con cita del Dictamen 25/2008, la doctrina de este Consejo Jurídico acerca de la no afectación al derecho de defensa del artículo 24 CE por los defectos en la forma de practicar la notificación, salvo en el ámbito del derecho sancionador.

En cuanto al segundo motivo de nulidad alegado por el interesado: haber prescindido la Administración tributaria total y absolutamente del cauce legalmente establecido, lo que habría dado lugar a la prescripción de la deuda tributaria, se recoge en el informe jurídico que el procedimiento ha sido rigurosamente respetuoso con las normas que le resultan de aplicación (LGT, Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y su Reglamento), indicando, además, que para que concurriese la causa de nulidad del artículo 217.1,e) LGT, sería necesario, como ha declarado la constante doctrina del Tribunal Supremo, que se hubiera prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de alguno de sus trámites esenciales que se puedan equipar a esa omisión total.

Finalmente, y aunque no constituya causa de nulidad, el informe señala la falta de la prescripción alegada por el instante, pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 68.2 LGT, el plazo de prescripción del derecho de la Administración para exigir el pago de la deuda tributaria liquidada se interrumpe, entre otras causas, por la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase.

Concluye el informe señalando la procedencia de desestimar la solicitud de revisión de oficio.

**OCTAVO.-** Por el Servicio Jurídico de la Consejería consultante se emite informe que propone la desestimación de la solicitud de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho, toda vez que ninguno de los dos motivos alegados por el actor (notificación defectuosa que ha causado indefensión y prescripción), pueden fundamentar la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, pues no se encuentran comprendidos en ninguno de los supuestos del artículo 217.1 LGT.

**NOVENO.-** Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 28 de julio de 2010, acogiendo la tesis mantenida por el Servicio Jurídico Tributario acerca de la procedencia de desestimar la solicitud de revisión, al considerar que, aunque no se expresa la concreta causa de nulidad que se invoca de entre las tasadas del artículo 217 LGT, de las alegaciones del interesado puede inferirse que vincula los defectos en la notificación con una lesión del derecho de defensa, lo que permite encuadrar la alegación en la causa de nulidad establecida por el apartado 1, a) del indicado precepto y, con cita del Dictamen núm. 25/2008 de este Consejo Jurídico, afirma que la hipotética falta de notificación del acto impugnado, de haberse producido, no lesiona el contenido esencial de un derecho susceptible de amparo constitucional.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 3 de septiembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

De conformidad con el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 217.4, segundo párrafo, LGT, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre la revisión de oficio de un acto administrativo en materia tributaria, cuya declaración de nulidad se pretende.

#### **SEGUNDA.- Del procedimiento.**

La LGT regula en el Título V la revisión en vía administrativa y, en concreto, el artículo 217 prevé la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria. En desarrollo de dicha ley se aprobó el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que regula la revisión de actos nulos de pleno derecho en los artículos 4 y siguientes (RD 520/2005).

Ha de precisarse aquí que, si bien el interesado se limita a solicitar la nulidad del procedimiento de comprobación de valores y posterior liquidación sin efectuar una calificación expresa de su escrito de solicitud como revisión de oficio, la Administración ha sustituido al actor en dicha determinación, tramitando la pretensión anulatoria por los trámites del procedimiento de revisión, único que permite la sustanciación de la solicitud, dado el carácter preclusivo de las vías ordinarias de reclamación y recurso, y el vencimiento de los plazos para su interposición.

El actor está debidamente legitimado para instar el procedimiento de revisión de oficio en cuanto es el destinatario directo del acto administrativo cuya nulidad se pretende.

Por otro lado, la Administración tributaria de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia está pasivamente legitimada, toda vez que a ella pertenece el órgano que ha dictado el acto cuya nulidad se pretende, siendo competente para resolver el procedimiento de revisión de oficio

de actos nulos la Consejera de Economía y Hacienda, de acuerdo con el artículo 217.5 LGT y con el 16.1.g) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración regional.

En aplicación de la normativa citada en el primer párrafo de la presente Consideración, se han cumplido los trámites fundamentales que integran este tipo de procedimientos. No obstante, cabe señalar las siguientes observaciones:

a) No obra una formal propuesta de resolución del procedimiento objeto de Dictamen (propuesta exigible a tenor de lo establecido tanto en el artículo 5.4 del RD 520/2005 como en el artículo 46.2 del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo Jurídico). No obstante, en evitación de una inconveniente dilación en la resolución del procedimiento, puede considerarse como tal el informe del Servicio Jurídico de la Dirección General de Tributos, visado por el titular de dicho Centro Directivo, a quien compete su formulación según lo dispuesto en el Decreto 32/2006, de 21 de abril, por el que se aprueba la estructura de la Consejería de Economía y Hacienda, aunque ésta debe, en el futuro, observar un cumplimiento más riguroso de este requisito, incorporando a los expedientes objeto de consulta una propuesta de resolución en los términos previstos en los preceptos mencionados.

b) Ha sido rebasado el plazo máximo para notificar la resolución expresa, que, tratándose de una revisión iniciada a instancia de parte, será de un año desde la presentación de la solicitud por el interesado, según dispone el artículo 217.6 LGT. En efecto, presentada la reclamación el 8 de abril de 2009, cuando la solicitud de Dictamen tiene entrada en este Órgano Consultivo el día 3 de septiembre de 2010, el plazo de resolución y notificación se había sobrepasado con creces. Esta circunstancia no obsta la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.1 LPAC.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto: inexistencia de causa de nulidad.**

I. La revisión de oficio de actos administrativos, en general, constituye un procedimiento excepcional en virtud del cual la Administración, ejerciendo potestades privilegiadas de autotutela, puede por sí misma, bien por propia iniciativa o a instancia del interesado, sin intervención judicial, anular o declarar la nulidad de sus propios actos.

En particular, la revisión de oficio de actos tributarios regulada en el artículo 217 LGT procede cuando se puede alegar y probar la concurrencia en el acto cuya revisión se insta de vicios

especialmente graves que fundamenten dicha declaración de nulidad por parte de la propia Administración tributaria. Por ello, no todos los posibles vicios alegables en vía ordinaria de recurso administrativo, económico-administrativo o contencioso-administrativo son relevantes en un procedimiento de revisión de oficio, sino sólo los específicamente establecidos en la ley, que para el supuesto que nos ocupa son los que se concretan en el artículo 217 LGT, de acuerdo con el cual:

*“1. Podrá declararse la nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria, así como de las resoluciones de los órganos económico-administrativos, que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los siguientes supuestos:*

*a) Que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*

*b) Que hayan sido dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*

*c) Que tengan un contenido imposible.*

*d) Que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*

*e) Que hayan sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad en los órganos colegiados.*

*f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*

*g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal”.*

Atendido tan extraordinario carácter, este Dictamen se contrae de forma estricta a la determinación de si en el supuesto sometido a consulta concurren tales causas, sin efectuar una valoración de la actuación administrativa desarrollada, más allá de lo que sea estrictamente necesario para determinar si se dan las circunstancias legales habilitantes para declarar la nulidad del acto administrativo impugnado.

Por otra parte, la excepcionalidad de esta institución y el carácter tasado de las causas en las que cabe sustentarla configuran una suerte de carga para el interesado que insta la nulidad, quien debe alegar la concurrencia de una o varias de tales causas en el acto objeto de la pretensión anulatoria, argumentando o razonando en qué medida y en atención a qué consideraciones el acto ha incurrido en tal o tales causas, no siendo suficiente a estos efectos una mera invocación *in genere* de existencia de nulidad. Bien es cierto que la mera omisión de la concreta causa de nulidad en la que se pretende amparar la acción ejercitada no es suficiente para inadmitirla en virtud del artículo 217.3 LGT, si de las alegaciones del actor puede deducirse en cuál de ellas se basa, como aquí sucede y pone de manifiesto la Dirección de los Servicios Jurídicos, pero la insuficiencia argumentativa en una acción tan excepcional como la ejercida necesariamente redundará en una mayor dificultad de estimación.

En el supuesto sometido a Dictamen el interesado solicita la nulidad del acto administrativo de liquidación invocando con carácter general el artículo 62 LPAC, precepto que no resulta de aplicación al existir un régimen jurídico propio para la revisión de los actos tributarios constituido por el ya mencionado artículo 217 LGT, a cuyo contenido habrá de ceñirse el análisis sobre la concurrencia o no de uno o varios motivos de revisión.

En cualquier caso, coincide el Consejo Jurídico con los órganos preinformantes en que las alegaciones formuladas constituyen una invocación tácita de las causas de nulidad contempladas en el artículo 217.1, letras a) y e) LGT.

En efecto, el contribuyente solicita la declaración de nulidad de la notificación de la liquidación tributaria debido a que no se practicó debidamente, en la medida que en que se dirigió a un domicilio distinto al que en realidad reside el cual era conocido por la Administración tributaria por haberse hecho constar en la escritura de adjudicación de herencia, y que esa irregularidad le sumió en una situación de indefensión, al habersele privado del derecho a conocer el origen de la deuda y poder rebatir, en su caso, el contenido de los informes, valoraciones y dictámenes sobre los que se basó la liquidación efectuada.

II. En primer lugar resulta necesario determinar si efectivamente existieron irregularidades en la notificación y, para el supuesto de que así fuese, si las mismas tienen entidad suficiente para declarar su nulidad.

Examinadas las actuaciones llevadas a cabo en el expediente de gestión resulta que tanto el inicio del expediente de comprobación de valores y propuesta de liquidación provisional, como la

posterior liquidación definitiva, se intentan notificar a un domicilio erróneo (Camino de Tiñosa, núm. 44, Los Dolores, Murcia), siendo así que tanto en la escritura de adjudicación de herencia (folio 21 vuelto) como en la declaración del impuesto de Sucesiones modelo 650-D (folio 50) y en la fotocopia del DNI (folios 61 y siguientes) que se unió a estos documentos, aparece como domicilio del interesado el situado en la C/ Mayor, núm. x, de Los Dolores, Murcia, sin que se desprenda de las actuaciones incorporadas al expediente una razón que justificara este error, dado que el contribuyente reside y ha estado empadronado desde el 1 de enero de 1996 en la C/ Mayor, núm. x, de Los Dolores, Murcia, según acredita con el certificado de empadronamiento que acompaña y que figura al folio 233. Se da, además, la circunstancia de que en la primera notificación que se practicó al hermano del instante, x, se cometió el mismo error, y también en este supuesto el empleado de correos indicó que la dirección era incorrecta, pero en este caso la Administración tributaria sí enmendó la equivocación y cursó la segunda notificación al domicilio correcto, es decir, al que figuraba en la escritura y en el impreso 650-D, resultando esta vez posible la notificación (folios 92 y 93). No hay en el expediente una justificación plausible del motivo por el cual no se procedió de igual modo en relación con el instante. Aunque de haberse procedido así, el resultado tampoco hubiese sido el deseado por no coincidir el número aportado por el contribuyente en los documentos señalados (núm. 44) con el del domicilio efectivo (núm. 86).

En este punto el Consejo detecta un proceder irregular tanto en la actuación de la Administración como en la del contribuyente. En efecto, como ha venido destacando la doctrina del Consejo de Estado y la de este Órgano Consultivo, resulta necesario aplicar de manera rigurosa a la Administración los presupuestos que la legitiman para utilizar la notificación edictal, trayendo a colación, *mutatis mutandi*, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional con relación a la falta de diligencia de los órganos judiciales que conduce a acudir improcedentemente al emplazamiento edictal, siendo como es un medio supletorio y excepcional, sin practicar las correspondientes averiguaciones del domicilio de los actores, es decir, que se ha de desplegar una actividad previa que lleve a la convicción razonable de que los interesados no son localizables, a cuyo fin se han de extremar las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios al alcance del órgano notificador (STC 158/2007, de 2 de julio), cautelas que, desde luego, no pueden observarse en este caso en la actuación de la Administración tributaria, que persiste en la notificación a un domicilio distinto del que figura en la escritura de adjudicación de la herencia y en el impreso de liquidación.

Ahora bien, sentado lo anterior, el contribuyente tampoco cumplió con el deber que le impone el artículo 48.3 LGT de comunicar su domicilio fiscal y el cambio del mismo a la Administración tributaria que corresponda, siendo así que el cambio de domicilio fiscal no producirá

efectos frente a la Administración tributaria hasta que se cumpla con dicho deber. La consignación del domicilio efectuada por el interesado en la escritura y en el impreso de liquidación era también errónea, de donde fácilmente puede colegirse que aún dirigiendo la Administración las notificaciones a tal dirección el resultado hubiese sido igualmente infructuoso. El hecho de que el domicilio correcto del actor (C/ Mayor, núm. x, de Los Dolores) figure en el Padrón Municipal, tal como se acredita en trámite de alegaciones, no desplaza hacia la Administración la obligación de conocerlo tal como se señala en la STS de 9 de octubre de 2001, en la que se afirma que *“el cambio de domicilio declarado a otros efectos administrativos (sea el padrón de habitantes u otro requisito administrativo) no sustituye la declaración tributaria expresa del cambio de domicilio fiscal”*.

III. Admitida esta cuestión procede analizar a continuación si el defecto en la notificación achacable a Administración, es de suficiente entidad como para determinar la declaración de nulidad de las actuaciones con base en los motivos antes indicados.

1. Actos que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (art. 217.1,a) LGT).

La invocación por el interesado de esta causa de nulidad se hace no ya de forma tácita sino muy indirecta, cuando se refiere a sentencias del Tribunal Constitucional que, a su juicio, ligan los mecanismos de notificación del acto con los sistemas de reacción frente al mismo con que cuenta el interesado, en la medida en que la notificación constituye una expresión esencial de las garantías que el ordenamiento jurídico establece para el derecho de defensa de los ciudadanos.

Como ponen de manifiesto los órganos preinformantes, el Consejo Jurídico ya ha tenido ocasión de señalar (por todos, Dictamen 25/2008) que la hipotética falta de notificación del acto impugnado no lesiona el contenido esencial de un derecho susceptible de amparo constitucional, más en concreto, del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución. Y ello porque la extensión de tal derecho al ámbito administrativo sólo es admitida por el Tribunal Constitucional para el caso de que se esté ante procedimientos sancionadores, como destacó este Consejo Jurídico en los Dictámenes 19 y 20 de 1999. Desde su Sentencia de 8 de junio de 1981, el Alto Tribunal ha sostenido que las garantías consagradas en el artículo 24 de la Constitución sólo resultan aplicables en los procesos judiciales y en los procedimientos administrativos de carácter sancionador, consecuencia de la identidad de naturaleza de los mismos. Al ser ambos manifestaciones del poder punitivo del Estado, los dos deben inspirarse en los mismos principios, tanto materiales (art. 25 CE) como formales (art. 24 CE).

Al reconocer el Tribunal que el derecho de defensa dimanante del artículo 24 no resulta de aplicación al procedimiento administrativo, con la excepción señalada relativa al sancionador, no está afirmando que los ciudadanos carezcan del mismo, sino únicamente que este derecho de defensa no es el del artículo 24 y, por tanto, no tiene rango de derecho fundamental.

Así lo ha ratificado en numerosas ocasiones: Sentencias 42/89, de 16 de febrero, 181/90, de 15 de noviembre, 97/93, de 22 de marzo, y, específicamente en el ámbito tributario, en las 164/95, 198/95, 94/96 y 291/2000.

En el presente caso, por tanto, los posibles defectos de notificación del acto objeto de revisión, que no reviste carácter sancionador, no tienen trascendencia a los efectos del artículo 24 de la Norma Fundamental y, en consecuencia, no pueden ser constitutivos de la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el apartado a) del artículo 217.1 LGT.

2. Actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (art. 217.1,e) LGT).

Con carácter general, cabe recordar la estricta interpretación que tanto el Tribunal Supremo, como el Consejo de Estado y este Órgano Consultivo, han llevado a cabo sobre la consistencia de los defectos formales que son necesarios para la aplicación de la mencionada causa de nulidad. En este sentido se afirma que, para que haya lugar a la apreciación de una ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, es necesario que la conculcación de dicho procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que se caractericen por su especial gravedad (a título de ejemplo, STS de 17 de octubre de 2000, Dictamen del Consejo de Estado 1716/2005 y Dictamen 106/2010 de este Consejo Jurídico).

Por otro lado, y en lo que se refiere a la notificación, también cabe recordar que el Tribunal Supremo ha reiterado que: *“(...) consiste en una comunicación formal del acto administrativo de que se trate, de la que se hace depender la eficacia de aquél, y constituye una garantía tanto para el administrado como para la propia Administración. Para aquél, en especial, porque le permite conocer exactamente el acto y le permite, en su caso, impugnarlo. La notificación, no es, por tanto, un requisito de validez, pero sí de eficacia del acto y solo desde que ella se produce (dies a quo) comienza el cómputo de los plazos de los recursos procedentes. Como mecanismo de garantía está sometida a determinados requisitos formales (art. 58.2 de la Ley de Procedimiento*

*Administrativo Común), de modo que las notificaciones defectuosas no surten, en principio, efectos, salvo que se convaliden, produciendo entonces los efectos pertinentes” (STS de 7 de marzo de 1997, entre otras).*

En esta línea este Órgano Consultivo ha venido manteniendo en numerosos Dictámenes, entre ellos el núm. 106/2010 antes mencionado, que, en principio, las consecuencias de las notificaciones irregulares sobre el acto objeto de notificación se desenvuelven en el terreno de la eficacia y no en el de la invalidez, de tal modo que cuando aquélla no se produzca en modo alguno o se realice de modo irregular, el interesado conserva abiertas las vías de impugnación, sin que quepa oponerle la firmeza del acto notificado. En tales situaciones, como ocurre en el caso que nos ocupa, el plazo de impugnación para la interposición de los recursos ordinarios no comienza a computarse hasta que pueda entenderse completado en legal forma el acto de comunicación o el interesado ponga de manifiesto su conocimiento sobre el contenido del mismo (art. 58.3 LPAC).

En el supuesto objeto de Dictamen el contribuyente abona, el día 3 de febrero de 2009, el importe de la liquidación, pero esta actuación no implica, salvo prueba de la Administración en contra, que conociese el contenido y el alcance de la resolución objeto de la notificación, ya que, tal como se desprende del documento obrante al folio 202 y siguientes del expediente, la aprobación del acuerdo provisional de liquidación y el documento cobratorio de dicha liquidación, constituyen realidades físicas independientes, lo que permite el conocimiento de una de ellas (aquí, el documento de cobro) y la ignorancia sobre el contenido de la otra (en este caso, la resolución de aprobación de la liquidación).

Finalmente, en cuanto a la pretendida prescripción de la liquidación practicada, aducida también por el interesado para fundamentar la declaración de nulidad, cabe afirmar que aún en el caso en que hubiere concurrido, no existiría, por esa razón, causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 217.1 LGT, ya que la liquidación de una deuda supuestamente prescrita daría lugar, en su caso, a un vicio de anulabilidad, pero no de nulidad absoluta.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud de declaración de nulidad del procedimiento tributario, dada la ausencia de las causas de nulidad previstas en los apartados a) y e) del artículo 217.1 LGT.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 23-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por la mercantil --, como consecuencia de los daños sufridos por la no publicación en el BORM de diversos anuncios de aprobación de planes parciales urbanísticos en el municipio de Murcia.

**Consultante** Consejera de Presidencia y Administración Pública (2008)

**Fecha** 07/02/2011

**Extracto doctrina**

Ejercitada la competencia por la Administración que ostenta las competencias sustantivas, el BORM no puede desconocer tales resoluciones expresadas de la Junta de Gobierno Local, ni entrar a considerar su legalidad, pues corresponde a los Tribunales de Justicia determinar la validez, eficacia y vinculación de los acuerdos referidos. En definitiva, corresponde a éstos señalar si tal desestimación de la tramitación acordada por el Ayuntamiento se acomoda a lo dispuesto en el artículo 140, a) TRLSRM.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 18 de diciembre de 2009, x, en representación de la mercantil --, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas por la actuación del Organismo Autónomo “Boletín Oficial de la Región de Murcia” (en lo sucesivo BORM), que edita el diario oficial regional del mismo nombre, al no dar cumplimiento a la publicación de los anuncios de aprobación definitiva del Plan Parcial SB1-CNE-EG-5.2 (expediente 1619/06) y de aprobación inicial de los Planes Parciales SB1-CNE-EG.5.1 (expediente 1620/06) y 5.3 (expediente 177/07) en la pedanía de El Esparragal (municipio de Murcia), elaborados por la mercantil --, en virtud de un contrato suscrito con la promotora.

Según la reclamante, la denegación de las publicaciones anteriores ha supuesto la frustración de varias ventas de aprovechamiento urbanístico correspondientes a suelos de su propiedad en el ámbito de dichos instrumentos urbanísticos, citando a este respecto la cancelación de dos operaciones de venta con las mercantiles -- y --, así como la frustración de una operación de formalización y venta con la mercantil --.

Tras enumerar escuetamente los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, que considera que se cumplen en el presente caso, solicita la cantidad de 57.103.007 euros, más los intereses legales correspondientes, si bien hace expresa reserva de sus acciones frente al

Ayuntamiento sobre la actuación desarrollada. También refiere que, frente a la denegación de publicación de los tres Planes Parciales, ha interpuesto recurso contencioso administrativo, citando los Procedimientos Ordinarios núms. 797 y 798 del año 2009, si bien considera que la interposición de tales recursos no es óbice para el ejercicio de la presente acción de reclamación.

Finalmente, propone citar como testigos a los representantes legales de las mercantiles referidas.

**SEGUNDO.-** Por acuerdo del Consejo de Administración del Organismo Autónomo, de 3 de febrero de 2010, se admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, nombrándose instructor del procedimiento, todo lo cual se notifica a la mercantil reclamante para que proponga los medios de prueba que estime convenientes a su derecho.

**TERCERO.-** En su cumplimiento, el representante de la mercantil -- presenta escrito de 25 de febrero de 2010, en el que expresa el derecho de los interesados a la publicación de los anuncios en el BORM, así como el principio de autonomía del Organismo encargado de su edición, para impedir que otras Administraciones limiten los derechos de los particulares, en aplicación todo ello de la normativa comunitaria (Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, que se ha incorporado al derecho nacional por las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley anterior), y de la normativa urbanística, citando a este respecto el artículo 8.1.b, párrafo *in fine* del Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLRS) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, y artículo 145 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio (TRLSRM).

También propone, como prueba documental, la que acompaña al escrito (contratos de compraventa de aprovechamientos urbanísticos futuros) y la testifical interesada en el escrito de reclamación.

**CUARTO.-** Mediante oficio de 12 de marzo de 2010, el instructor del procedimiento solicita a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia información acerca de los actos administrativos impugnados en los recursos contenciosos administrativos núm. 797 y 798 del año 2009, sin que conste en el expediente la contestación.

**QUINTO.-** Asimismo se solicita informe a la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia el 12 de marzo de 2010, particularmente sobre los siguientes extremos:

a) Fecha de entrada en el Registro de esa Corporación Municipal de las instancias presentadas por la mercantil --, así como la documentación que acompañaba a dichos escritos, correspondiente a los Planes Parciales objeto de la presente reclamación de responsabilidad patrimonial (expedientes números 1619/2006, 1620/2006 y 177/2007)

b) Si por parte de ese Ayuntamiento se han solicitado en los expedientes referidos los informes preceptivos previstos en los artículos 145.2 en relación con el 140, ambos del TRLSRM.

c) Indicación de las causas de fondo y forma que concurrían para impedir la aprobación definitiva del Plan Parcial en el caso del expediente núm. 1619/2006 y la aprobación inicial en los otros dos Planes Parciales (núms. 1620/2006 y 177/2007).

d) Si por parte de la indicada mercantil ha sido formulado algún recurso administrativo o contencioso-administrativo, impugnando actos administrativos de esa Administración Local recaídos en los expedientes citados.

Dicho oficio fue contestado el 26 de marzo de 2010 (registro de salida) por el Teniente Alcalde de Ordenación Territorial y Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia, acompañando un informe jurídico de la Sección Administrativa de Planeamiento, al que se adjuntan las instancias presentadas por la promotora ante aquel Ayuntamiento, señalando respecto a las restantes cuestiones lo siguiente:

- Que no se han solicitado informes preceptivos al amparo de lo previsto en el artículo 145.2 del TRLSRM.

- Que en modo alguno puede entenderse que haya tenido lugar la aprobación inicial de los instrumentos indicados por silencio administrativo, como se puso de manifiesto en los oficios remitidos por la Gerencia de Urbanismo al BORM.

- Que no se tiene constancia en el Servicio de Planeamiento de la existencia de recurso administrativo o contencioso administrativo, impugnando los actos administrativos producidos en dichos expedientes.

**SEXTO.-** Con fecha 15 de marzo de 2010 (registro de salida) se remite un oficio al representante legal de la mercantil -- con el fin de determinar quién ostenta la condición de

promotora de las actuaciones urbanísticas, dada la confusión existente en el expediente, siendo cumplimentado el 30 del mismo mes en el siguiente sentido:

1. La mercantil -- ostenta la condición de promotora de la actuación de transformación urbanística.

2. A la mercantil -- le corresponde la función de encargo profesional de redacción, gestión y tramitación de los correspondientes instrumentos urbanísticos, incluida la publicación en el BORM.

**SÉPTIMO.-** Admitida la práctica de la prueba testifical, el instructor se dirige al representante de la mercantil reclamante para que cite durante los días 16 y 21 de abril de 2010 a los representantes legales de las empresas --.

Únicamente comparece x, en representación de la empresa --, que contesta del modo siguiente a las preguntas formuladas:

*“1º. Exhibido el contrato que se acompañó como núm. 5 a la reclamación de responsabilidad patrimonial, se le pregunta si lo reconoce como vigente, así como sus obligaciones contractuales.*

*R) Sí lo reconoce.*

*2º) Conoce las derivaciones del citado contrato consistentes en la obligación que tenía x. de obtener la aprobación y publicación de los referidos contratos.*

*R) Sí.*

*3º) ¿Tenía usted conocimiento que esos terrenos eran de aprovechamientos futuros por no existir planeamiento aprobado?*

*R) Sí.”*

Por escrito posterior de 22 de abril de 2010, la parte reclamante expresa que por razones técnicas y empresariales los otros testigos no podrán comparecer, renunciando implícitamente a la práctica de la restante prueba testifical, puesto que solicita la continuación del procedimiento administrativo.

**OCTAVO.-** Consta el informe del Gerente del Organismo Autónomo BORM (Doc. 14), que expone que la denegación de la publicación de la aprobación inicial y definitiva de los Planes Parciales se ajusta a derecho sobre la base de los siguientes argumentos jurídicos:

1.- En relación al expediente 1619/06 (Plan Parcial SB1-CNE-EG-5.2) y la denegación de la publicación de la aprobación definitiva del Plan Parcial por silencio administrativo:

*“a) Que el Ayuntamiento de Murcia mediante acto expreso (Acuerdo de la Junta de Gobierno del día 1 de julio de 2009) desestimó la tramitación del mencionado expediente del Plan Parcial. Así, no consta acreditado en este Organismo Autónomo que dicho acuerdo haya sido recurrido en vía administrativa o jurisdiccional, ni que haya sido suspendida su ejecución, por lo que ante este hecho, tal acto es firme y ha sido consentido por la mercantil recurrente.*

*b) No consta acreditado por la mercantil que en el expediente del Plan Parcial 1619/06 se hayan emitido los informes preceptivos o hayan transcurrido el plazo para emitirlos, tal y como exigen los artículos 140 y 145.2 del TRLSRM (...).*

*En todo caso, el artículo 145 del TRLSRM no determina que el BORM tenga que publicar la aprobación definitiva por silencio administrativo de un Plan Parcial formulado e instada su tramitación por un particular. Lo único que compete al BORM según dicho precepto es, en su caso, la publicación de la información pública de la aprobación inicial por silencio administrativo. En consecuencia, la producción de la aprobación definitiva por silencio administrativo en estos casos, únicamente puede acreditarla el órgano sustantivo municipal tramitador del expediente del Plan Parcial de referencia, si estimare que cumple lo determinado en el artículo 145.2 del TRLSRM, pero nunca el particular; así, será aquel órgano municipal quien puede proceder a instar la publicación de la aprobación definitiva del instrumento de planeamiento en el BORM en base a lo dispuesto en el artículo 151.2 TRLSRM’.*

2.- En relación con los expedientes 1.620/06 (SB1-CNE-EG-5.1) y 177/07 (SB1-CNE-EG-5.3), sobre la denegación de la publicación de la aprobación inicial por silencio administrativo:

*“a) Que el Ayuntamiento de Murcia mediante acuerdo expreso (acuerdos de la Junta de Gobierno de 3 de junio y 1 de julio de 2009) ha desestimado expresamente la tramitación a la delimitación de los dos Planes Parciales correspondientes a los expedientes 1620/06 y 177/07. Además no consta que dichos acuerdos estén suspendidos o hayan sido recurridos en vía administrativa o jurisdiccional; por lo tanto, existiendo acuerdos expresos denegatorios de la aprobación de los dos planes parciales referidos no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo*

145 del TRLSRM previsto para la publicación de anuncios de información pública en supuestos de silencio administrativo.

b) *En todo caso, no consta acreditado que el Plan Parcial referido cumpla las condiciones generales para la transformación del suelo dispuestas en el artículo 6.3.2.2., alternativa B, en relación con el artículo 6.3.4 de las Normas del PGMO de Murcia, publicadas en el BORM de 31 de mayo de 2006 y de 19 de octubre de 2006”.*

**NOVENO.-** Otorgado un trámite de audiencia a la mercantil reclamante, no consta que haya formulado alegaciones, si bien comparece en el expediente x, en representación de la mercantil --, acompañando escritura de poder otorgada al efecto, para retirar parte de la documentación integrante del expediente, entre ella el informe del órgano preinformante.

**DÉCIMO.-** La propuesta de resolución, de 26 de mayo de 2010, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por la inexistencia de nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del Organismo Autónomo BORM en las publicaciones de edictos y anuncios, cuya actuación se entiende ajustada a la normativa autonómica y municipal.

**UNDÉCIMO.-** Se han incorporado al expediente todas las actuaciones seguidas por el BORM en relación con los hechos que motivan la reclamación, integrada por 18 documentos, entre los que caben destacar:

1) Escrito del Teniente Alcalde de Ordenación Territorial y Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia, de 27 de abril de 2009, a la otrora Imprenta Regional por el que se advierte, en relación con los escritos presentados ante dicha Corporación por x. solicitando la certificación de los efectos del silencio administrativo de dos Planes Parciales (expedientes 1620/06 y 177/07), que la ordenación de los sectores propuestos supone la previa aceptación por el Ayuntamiento de determinadas condiciones de desarrollo urbanístico, sin que haya tenido lugar dicha aceptación exigida por la normativa (artículo 6.3.2.2 del Plan General Municipal de Ordenación, PGMO en lo sucesivo), por lo que, en su opinión, no puede entenderse que se haya producido la aprobación inicial por silencio administrativo.

2) Correo electrónico de 16 de junio de 2009, remitido por x. al BORM, solicitando la valoración de tres anuncios de la empresa --, que versan sobre la aprobación definitiva por silencio administrativo del Plan Parcial correspondiente al expediente 1619/06, y a las aprobaciones iniciales de otros dos Planes Parciales (expedientes 177/07 y 1620/06).

3) Oficio de 23 de junio de 2009, remitido por la técnica superior del BORM a la Gerencia de Urbanismo de Murcia, recabando su parecer sobre la publicación de la aprobación definitiva del Plan Parcial (expediente 1619/06), recordando que su aprobación inicial por silencio administrativo fue publicada el 2 de febrero de 2008. Dicho oficio fue contestado al día siguiente por el Teniente Alcalde de Ordenación Territorial y Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia, indicando que se le ha remitido con anterioridad a la mercantil solicitante un escrito de 11 de febrero de 2008, relativo al incumplimiento del PGMO de Murcia. También se remite al BORM el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Murcia, de 3 de junio de 2009, desestimando expresamente la solicitud formulada por la mercantil interesada en relación con el expediente 1620/06.

4) Oficio de 23 de junio de 2009 de la técnica superior del BORM a la empresa que solicita la valoración de la publicación de los tres anuncios (--), poniendo en su conocimiento, en relación con los Planes Parciales relativos a los exptes. 1620/06 y 177/07, el oficio remitido por la Gerencia de Urbanismo sobre la falta de cumplimiento de la normativa del Plan, señalando que por tal circunstancia no procede su publicación y, por tanto, no se realizará prevaloración de los anuncios remitidos.

5) Por parte de algún representante (no se identifica en el texto) de la mercantil -- se remite el 1 de julio de 2009 un fax al BORM expresando, entre otras cuestiones, que en aras de evitar nuevos recursos administrativos (cita dos precedentes de Planes que fueron finalmente objeto de publicación), y al margen de no considerar ajustado a derecho las comunicaciones de la Gerencia de Urbanismo, insta a la publicación de los anuncios remitidos.

6) Por escrito de 7 de julio siguiente se comunica a la mercantil interesada un escrito del Gerente del BORM en el que concluye que *“como consecuencia de los escritos remitidos por la Gerencia de Urbanismo a este Organismo Autónomo no pueden proceder a la publicación de los anuncios de los citados Planes Parciales, por lo que no se realizará prevaloración de los mismos”*.

7) Por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia se trasladan al BORM dos acuerdos de 1 de julio de 2009 de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia, desestimando expresamente la tramitación de los Planes Parciales correspondientes a los expedientes 1619/06 y 177/07, notificados también a la mercantil reclamante, según documentación aportada por ésta.

8) El 15 de julio de 2009, x, que dice actuar en nombre y representación de la mercantil --, presenta un escrito ante la Consejería de Presidencia y Administración Pública, en el que solicita que se dicte resolución estimatoria de la publicación de los anuncios remitidos, por tratarse de una

actuación reglada para el BORM, sin que deba atenderse a las actuaciones de la Gerencia de Urbanismo por carecer ésta de competencia administrativa sobre los acuerdos cuya publicación se interesa (compete al Pleno), alegando que la validez de éstos sólo corresponde su enjuiciamiento a los Tribunales de Justicia. Con posterioridad, se reitera la solicitud de publicación mediante escritos de 20 de agosto de 2009 y de 15 de octubre de 2009 (registro de entrada), que no reciben contestación. Frente a esta denegación presunta del recurso administrativo, se ha interpuesto, según la reclamante, recursos contencioso-administrativos números 797/2009 y 798/2009, ya citados.

9) Con fecha 10 de diciembre de 2009 el Gerente del BORM, previo acuerdo del Consejo de Administración del Organismo Autónomo de 22 de octubre e informe de la técnico superior de 1 de diciembre anterior, solicita informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos sobre el procedimiento que dicho Organismo debe seguir para la resolución de las solicitudes de inserción de anuncios urbanísticos en el diario oficial por parte de particulares, en virtud de aplicación del silencio administrativo.

El informe es evacuado el 8 de abril de 2010, después de recabar el parecer de la Consejería competente en materia de urbanismo, en el siguiente sentido:

*“Lo anterior no significa que una simple instancia dirigida al BORM pueda ser suficiente para solicitar a dicho órgano la publicación de la información pública de aprobación inicial por silencio administrativo.*

*Aquella instancia, eso sí, determinará la apertura de un expediente administrativo en dicho Organismo Autónomo Regional que dispondrá de plazo para resolver (42.3 LRJAPPAC) y del que deberá informar en el plazo de diez días en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 4º de ese mismo precepto; al mismo tiempo requerirá, en su caso, para subsanación de requisitos y documentos, con indicación de que si no lo hiciere se les tendrán por desistidos (en los términos dispuestos en el artículo 71.1 de la LRJAPPAC). En los actos de instrucción de ese procedimiento, el BORM habrá de asegurar el cumplimiento de las normas generales de legitimación y representación de quienes han iniciado este procedimiento autonómico y todo ello en relación con el procedimiento municipal de tramitación del instrumento de planeamiento urbanístico. Además, deberá de dar audiencia a las administraciones competentes para la aprobación inicial (artículo 11.7 del RDL 2/2008, de 20 de junio) en cuyo registro debió presentarse la documentación completa a que se refiere el artículo 145.1 del TRLSRM y solicitarles que informen en virtud de su competencia urbanística. Así, sin ánimo exhaustivo, esta Dirección de los Servicios Jurídicos entiende que el instructor necesitará conocer los siguientes datos:*

1.- Si el solicitante actúa en nombre propio o en representación de otro/s, en su caso, estatutos de la persona jurídica, representación legal de esta persona jurídica otorgada en acuerdo del correspondiente órgano social y escritura pública, copia diligenciada (por la Administración correspondiente) de la instancia y relación de documentos acompañados a la misma que hubiese presentado en el registro municipal y, asimismo, de la solicitud de certificado de silencio administrativo.

2. Que la Administración correspondiente le informe en particular sobre lo siguiente:

a) Fecha de presentación en el registro municipal del escrito instando la tramitación del plan o proyecto y si la documentación presentada es completa, tal y como exige el artículo 145 del TRLSRM.

b) Si el plan presentado en el registro municipal presenta defectos que no sean subsanables a lo largo del procedimiento, o si es manifiestamente contrario a la ordenación urbanística vigente, indicando cuáles son las normas municipales de aplicación al caso concreto (artículo 140 TRLSRM).

c) Actos administrativos dictados por dicha Administración en relación a la tramitación del referido Plan.

d) Si tiene conocimiento de algún recurso administrativo o jurisdiccional relacionado con el plan o proyecto.

Instruido el procedimiento autonómico, en su caso, deberá ser puesto de manifiesto a los interesados que lo instaron (mediante plazo de audiencia no superior a quince días previsto en el artículo 84 de la LRJAPPAC), con anterioridad a la propuesta de resolución del procedimiento.

La resolución final motivada que adopte el BORM decidirá la publicación del anuncio de información pública de la aprobación inicial, en caso de existir silencio administrativo positivo por el transcurso del plazo de dos meses desde que se presentó la documentación completa en el registro municipal (no constando requerimiento de subsanación en el expediente municipal debidamente notificado por el Ayuntamiento al interesado y con suspensión del plazo para resolver y, en todo caso, no existiendo notificación en plazo de acto expreso denegatorio de la aprobación inicial dictado por el órgano competente).

*Si bien lo ahora expuesto en este apartado 2.4 está referido a la información pública de la aprobación inicial de los planes y proyectos, también hay que especificar las peculiaridades de la publicación de la aprobación definitiva de dichos instrumentos urbanísticos en el BORM. La aprobación definitiva por silencio administrativo que opere ope legis de cumplirse los requisitos dispuestos en el artículo 145.2 del TRLSRM, a efectos de su publicación en el BORM tiene un régimen jurídico distinto. A diferencia de lo hasta ahora expuesto referido a la información pública, los particulares no pueden solicitar la inserción de anuncio de publicación de aprobación definitiva en dicho Órgano al no estar expresamente previsto así en el Texto Refundido de la Ley del Suelo regional. Además, el cumplimiento de los requisitos determinados en dicho apartado 2º del artículo 145 comporta que se hayan solicitado los informes preceptivos y transcurrido el plazo para emitirlos, entre los que en todo caso estará el que debe solicitarse a la Dirección General competente en materia de urbanismo, y éstos, únicamente puede instarlos la Administración municipal correspondiente tramitadora del procedimiento local. Será el órgano sustantivo competente para la aprobación definitiva (municipal o autonómico) el que pueda diligenciar el plan o proyecto con dicha aprobación inicial y remitir el texto normativo y el índice de documentos al BORM en el plazo de un mes para la publicación íntegra, tal y como determinan los artículos 150 y 151 del TRLSRM'.*

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 10 de junio de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. La mercantil reclamante, en su condición de promotora de los Planes Parciales, se considera perjudicada por la actuación del Organismo Autónomo BORM, ostentando, por consiguiente, la condición de interesada para deducir la presente reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva no suscita dudas la correspondiente a la Administración regional, en cuanto titular del servicio público a cuyo funcionamiento se imputa el daño por la mercantil reclamante, desconociendo, no obstante, si ésta ha deducido los correspondientes recursos contenciosos administrativos frente a los actos expresos adoptados por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Murcia, que han desestimado la tramitación de los Planes Parciales sobre los que versa la presente reclamación. En cualquier caso, consta que el órgano instructor solicitó un informe de aquella Corporación Municipal, si bien la mercantil reclamante ha dejado claro que la presente acción de responsabilidad patrimonial la ejercita sólo frente a la Administración regional, sin perjuicio de las acciones que procedan frente al Ayuntamiento, según expone su representante legal.

Conforme a la normativa específica (Ley 6/2009, de 9 de octubre, de Creación del Organismo Autónomo "Boletín Oficial de la Región de Murcia") corresponde al Consejo de Administración el inicio y la instrucción de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial (artículo 15.4), y a la titular de la Consejería a la que se adscribe dicho Organismo la resolución del presente procedimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2,o) de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

2. Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que los perjudicados deduzcan su pretensión ante la Administración. En efecto, según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización. Pues bien, en el caso que nos ocupa se considera *dies a quo* la fecha en la que fue comunicada a la mercantil -- la no procedencia de la publicación de los anuncios de aprobación inicial y definitiva de los referidos Planes Parciales, según oficios de 23 de junio y de 7 de julio de 2009, por lo que la reclamación presentada el 18 de diciembre de 2009 se habría ejercitado dentro del año previsto para su ejercicio.

3. El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP.

**TERCERA.- El silencio administrativo en la aprobación de los planes urbanísticos.**

La aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento por silencio administrativo es una cuestión controvertida, en atención a la naturaleza reglamentaria de los planes urbanísticos, que no permite la renuncia al ejercicio de las competencias por las autoridades públicas, como refleja la siguiente consideración del Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala 3ª, de 27 de abril de 2009):

*“Nuestro ordenamiento jurídico no contempla, por principio, que las disposiciones de carácter general puedan resultar aprobadas por silencio positivo. En realidad la propia naturaleza normativa de tales disposiciones, además de la concreta regulación de los procedimientos para su elaboración y aprobación, vienen a excluir esa posibilidad de aprobación por silencio. Pero, como excepción a esa regla, la legislación urbanística ha venido admitiendo que los instrumentos de planeamiento urbanístico -cuyo carácter de disposiciones de carácter general queda reconocido por una jurisprudencia consolidada y unánime- puedan ser aprobados por silencio”.*

En el caso de la Región de Murcia, el artículo 145 TRLSRM establece lo siguiente en relación con los plazos para la resolución de planes y proyectos:

*“1. El plazo para acordar sobre la aprobación inicial de los planes y proyectos elaborados por las administraciones públicas a las que no compete su aprobación, o por los particulares, no podrá exceder de dos meses desde la presentación de la documentación completa en el Registro Municipal.*

*2. La aprobación definitiva, en estos supuestos, se producirá por silencio administrativo positivo cuando transcurran seis meses desde su presentación ante el órgano competente para su aprobación definitiva, siempre que se hubiere efectuado el trámite de información pública, que podrá efectuarse por iniciativa de quien promueva el planeamiento, se hayan solicitado los informes preceptivos, de conformidad con la legislación aplicable, y transcurrido el plazo para emitirlos”.*

Esta regulación plasma las previsiones normativas contenidas en la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (en lo sucesivo Ley 6/1998), derogada posteriormente por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, hoy TRLS ya citado. En efecto el

artículo 16 de la referida Ley 6/1998, en la redacción dada por el Real Decreto Ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y de Transportes, establecía que los instrumentos de planeamiento urbanístico de desarrollo promovidos por particulares quedarían aprobados por silencio administrativo positivo por el transcurso de seis meses, en defecto de otro plazo previsto en la normativa autonómica, siempre que se hubiere efectuado el trámite de información pública, que podrá realizarse por iniciativa de quien promueva el planeamiento; esta última posibilidad, que reconocía a los particulares la iniciativa de la publicación de la información pública, tenía como finalidad eliminar ciertas trabas burocráticas impuestas a los particulares por las Administraciones para promover el derecho a la transformación urbanística, a sabiendas de que el trámite de información pública es una garantía para la participación ciudadana, siendo un requisito esencial para la aprobación del planeamiento, cuya omisión vicia de nulidad de pleno derecho la aprobación expresa o presunta de cualquier plan.

La normativa estatal citada ha de entenderse hoy sustituida por el artículo 11 TRLS, que señala a este respecto: *“Cuando la legislación urbanística abra a los particulares la iniciativa de los procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación o de ejecución urbanística, el incumplimiento del deber de resolver dentro del plazo máximo establecido dará lugar a indemnización a los interesados por el importe de los gastos en que hayan incurrido para la presentación de sus solicitudes, salvo en los casos en que deban entenderse aprobados o resueltos favorablemente por silencio administrativo de conformidad con la legislación aplicable”*.

Por tanto, conforme a la normativa básica vigente, habrá de estarse, en última instancia, a lo que determine la legislación urbanística autonómica (TRLSRM) sobre los instrumentos de planeamiento abiertos a la iniciativa de los particulares y a la regulación que realice de los plazos para la aprobación de tales instrumentos.

Haciendo recopilación de las previsiones del TRLSRM sobre el silencio administrativo positivo en relación con la aprobación de los instrumentos de ordenación urbanística, conviene destacar los artículos 136 y 145, este último aplicable al supuesto enjuiciado.

1. El artículo 136 TRLSRM (Planes Generales Municipales) establece que el titular de la Consejería competente en materia de urbanismo resolverá en el plazo de tres meses (dos meses en el caso de las modificaciones estructurales de los Planes Generales) desde la recepción del expediente remitido por el Ayuntamiento correspondiente, transcurridos los cuales sin que se notifique la resolución podrá entenderse aprobado definitivamente por silencio administrativo, procediendo el Ayuntamiento a la publicación de la aprobación definitiva. Su contenido se ajusta plenamente a lo dispuesto en el artículo 11.6 TRLS, que señala *“Los instrumentos de ordenación*

*urbanística cuyo procedimiento de aprobación se inicie de oficio por la Administración competente para su instrucción, pero cuya aprobación definitiva compete a un órgano de otra Administración, se entenderán definitivamente aprobados en el plazo que señale la legislación urbanística”.*

A esta tipología de planes regulada por la normativa básica y desarrollado por el TRLSRM, hacen referencia las Sentencias del Tribunal Supremo, de la Sala 3ª, de 27 de abril y de 30 de septiembre de 2009, que fijan la doctrina jurisprudencial acerca de la aprobación por silencio de los instrumentos de ordenación urbanística, en las que el citado Tribunal ha sostenido que debe entenderse aprobada por silencio positivo la Modificación del Plan General de Ordenación Urbana planteada por el Ayuntamiento ante el órgano competente de la Administración Autónoma, al haber transcurrido el plazo para resolver expresamente sin haberlo hecho, con independencia de si las determinaciones urbanísticas así aprobadas por silencio no son conformes a derecho, pues en la normativa no se contiene limitación ni excepción alguna a la aprobación por silencio en el caso de que el instrumento de ordenación contenga determinaciones contrarias a la ley o a un plan de superior jerarquía; sin perjuicio de las consecuencias que ello comporte de cara a su posterior impugnación, pues si el plan contiene determinaciones contrarias a la Ley o a un plan de superior jerarquía, la aprobación definitiva obtenida por silencio administrativo sería nula; todo ello a diferencia del régimen aplicable a las licencias urbanísticas, puesto que en tales supuestos el TRLS impide la adquisición por silencio de facultades o derechos que sean contrarios a la legislación o al planeamiento urbanístico (artículo 8.1,b, párrafo *in fine*).

2. El artículo 145 TRLSRM tiene un ámbito de aplicación distinto, puesto que hace referencia a los instrumentos de planeamiento de desarrollo promovidos por las Administraciones a las que no compete su aprobación y a los promovidos por la iniciativa particular, si bien interesa centrarse en estos últimos, por ostentar tal condición los Planes Parciales a los que hace referencia la presente reclamación de responsabilidad patrimonial. Conforme a la transcripción anterior, el precepto autonómico citado regula la aprobación de este tipo de planes de desarrollo por silencio administrativo positivo cuando hayan transcurrido 6 meses desde la presentación de la documentación completa ante el órgano competente, siempre y cuando se cumplan otros requisitos procedimentales allí recogidos (información pública e informes preceptivos). Respecto a la información pública, el precepto matiza que podrá efectuarse también por iniciativa de quien promueve el planeamiento, y en este punto es donde se inserta la actuación del BORM a la que la mercantil reclamante anuda el daño alegado.

En relación con los planes de iniciativa particular, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 17 de noviembre de 2010, analizando la normativa básica (artículo 11.6 TRLS), alcanza la conclusión de que el incumplimiento del deber de resolver, dentro del plazo

máximo, tanto en los instrumentos de ordenación como de ejecución, sólo da derecho a una indemnización por los gastos en los que haya incurrido al presentar sus solicitudes, sin perjuicio de la salvedad incorporada en el último inciso del apartado comentado, que expresa literalmente: “*salvo en los casos en que deban entenderse aprobados o resueltos favorablemente por silencio administrativo de conformidad con la legislación aplicable*”. En este último inciso puede tener cabida la previsión de silencio administrativo positivo contenida en el artículo 145 TRLSRM citado.

No obstante, el citado pronunciamiento judicial ahonda más aún en la producción del silencio administrativo en este tipo de planes de iniciativa particular, sosteniendo para estos supuestos que los particulares no pueden adquirir por silencio positivo facultades relativas al servicio público, como son la ordenación y la ejecución urbanísticas, según reconoce el artículo 3.1 TRLS (función pública de la ordenación urbanística), subsumiéndose, por tanto, en la previsión contenida en el artículo 43.1 LPAC, modificada por la Ley 25/2009, ya citada, acerca de que el silencio tendrá efectos desestimatorios en aquellos supuestos en los que la estimación tuviera como consecuencias que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al servicio público.

Con independencia de lo anterior, que afectaría en todo caso a la adecuación de las decisiones adoptadas por la Administración sustantiva (Ayuntamiento de Murcia), este Consejo Jurídico ha de centrarse en una parte muy concreta de los procedimientos de aprobación de este tipo de planes de iniciativa particular, aquella que prevé la posibilidad de que los particulares cumplimenten la publicación de la información pública, conforme a las previsiones del artículo 145 TRLSRM, y si la actuación del BORM ha sido conforme a la regulación legal.

**CUARTA.- Imputaciones de la mercantil reclamante al Organismo Autónomo BORM e inexistencia de responsabilidad patrimonial.**

El sistema de responsabilidad patrimonial que configura nuestro ordenamiento jurídico descansa, en primer lugar, en el artículo 106.2 de la Constitución Española, precepto que reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Esta regulación constitucional resulta completada por los artículos 139 y siguientes LPAC para configurar así un régimen objetivo de responsabilidad patrimonial, de modo que cualquier consecuencia dañosa en los bienes y derechos de los particulares derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos debe ser indemnizada, siempre y cuando se den los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño o perjuicio en la doble modalidad de daño emergente o lucro cesante. El daño ha de ser efectivo y cierto, nunca contingente o futuro, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) El daño se define como antijurídico, toda vez que la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley.

c) La imputación a la Administración de la actividad dañosa como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

d) La relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño ocasionado o producido.

e) Ausencia de fuerza mayor.

La mercantil reclamante sostiene que concurren los precitados requisitos en la reclamación presentada sin mayor motivación, achacando al BORM un funcionamiento anormal por no publicar los anuncios remitidos por la mercantil -- relativos a la aprobación inicial y definitiva de los Planes Parciales promovidos por --, que le ha generado unos daños y perjuicios que concreta en la cantidad de 57.103.007 euros, por la frustración de determinadas operaciones de venta de aprovechamientos futuros.

Sin embargo, aún sin entrar en las consideraciones concretas sobre la actuación administrativa del BORM en el caso que nos ocupa, difícilmente puede atribuirse la responsabilidad a este Organismo Autónomo por la falta de aprobación de tales instrumentos de planeamiento, que es lo que subyace en el trasfondo del ejercicio de esta acción en atención al daño alegado, cuando el BORM tiene una función meramente instrumental en tales procedimientos (insertar en el diario oficial los edictos remitidos por los Ayuntamientos competentes), correspondiendo la tramitación y la aprobación de los planes a la Administración que ostenta las competencias urbanísticas sustantivas. En tal sentido, se ha pretendido por la mercantil reclamante articular la presente acción de reclamación frente al BORM, cuando no se puede desgajar del resto del procedimiento de aprobación de los Planes Parciales a los que más adelante se hará referencia y de las decisiones expresas adoptadas por el Ayuntamiento de Murcia en relación con aquéllos, frente a los cuales la mercantil interesada ha podido interponer los recursos pertinentes y las acciones de responsabilidad patrimonial que pudieran derivar de tales actos, en su caso.

1. Funcionamiento general del BORM en relación con las imputaciones de la mercantil reclamante.

Centrada la cuestión en la falta de publicación de los anuncios de aprobación inicial y definitiva, respectivamente, de los tres Planes Parciales presentados por la promotora ante el Ayuntamiento de Murcia (exptes. 1620/06, 177/07 y 1619/06), remitidos al BORM por --, por entender que tal aprobación inicial y definitiva se ha producido por silencio administrativo positivo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 145 TRLSRM, conviene analizar si la actuación del BORM en este caso se ha acomodado a la legislación urbanística.

A falta de un desarrollo reglamentario del artículo 145 TRLSRM, que hubiera permitido concretar la actuación y los requisitos para poder cumplimentar, a requerimiento de los particulares, la publicación del trámite de información pública de los planes parciales en los supuestos de silencio administrativo positivo, el BORM actúa de la forma que seguidamente se describe, según recoge el informe de la técnico superior de 1 de diciembre de 2009, con la finalidad de aunar el reconocimiento de la legitimación reconocida a los particulares en el precitado artículo del citado Texto Refundido, con la necesaria seguridad jurídica en relación con la publicación de actos referidos a disposiciones reglamentarias (naturaleza predicable de los planes urbanísticos como ya se ha indicado), teniendo en cuenta que no habrá lugar al silencio administrativo positivo si el plan no contiene toda la documentación completa por exigencias del precepto ya referenciado:

*“Así, en virtud de lo previsto en el artículo 145 para la aprobación inicial de un plan o proyecto urbanístico debe haberse presentado toda la documentación ante el Registro del Ayuntamiento en cuestión, y esta debe estar completa (...)*

*Teniendo en cuenta lo establecido en estos preceptos, cuando un particular solicita al Organismo Autónomo Imprenta Regional la publicación en el BORM de un plan o proyecto urbanístico, por entender producida su aprobación por silencio administrativo, se ha procedido del siguiente modo: se solicita tanto al interesado, como al Ayuntamiento, que acredite que se ha presentado la documentación ante el Registro Municipal, que la misma está completa y que el plan o proyecto urbanístico en cuestión no supone una modificación estructural.*

*Por otro lado, y considerando que el organismo no puede paralizar indefinidamente la solicitud de publicación de un anuncio ante la falta de contestación del Ayuntamiento, se ha venido dando un plazo de veinte días para contestar al escrito del organismo, entendiéndose que no existía impedimento alguno para la publicación del anuncio pasado ese plazo sin contestación. Este organismo ha considerado que el plazo de veinte días es suficiente para que el Ayuntamiento, en*

*caso de existir algún impedimento para la publicación lo comunique, como así lo ha hecho en alguna ocasión.*

*Han sido varios los particulares que han solicitado la publicación de anuncios urbanísticos por silencio administrativo, admitiendo la publicación de unos y rechazando la de otros (...)*”.

Contrastando tal actuación del BORM con lo señalado por el artículo 145 TRLSRM resulta que:

a) La constatación de que el expediente y la documentación completa del Plan Parcial tuvo entrada en el Registro municipal es un requisito exigido por el artículo 145.1 TRLSRM, por lo que resulta conforme al mismo que el BORM exija la acreditación del tal extremo al interesado para constatar que han transcurrido los dos meses previstos en dicho artículo para la aprobación inicial por el órgano competente.

b) La necesidad de recabar el parecer del Ayuntamiento competente también resulta obligado por el artículo 145 TRLSRM, en tanto ha de comprobarse si el particular que requiere su publicación al BORM es el promotor del Plan Parcial, si los datos que se anuncian del Plan son correctos a efectos de su perfecta identificación por cualquier interesado que pudiera comparecer durante la información pública para la presentación de alegaciones y, sobre todo, si se ha resuelto expresamente por el Ayuntamiento la solicitud de tramitación del citado Plan, pues en tal caso no procedería la publicación solicitada.

c) También resulta adecuada la actuación del BORM otorgando un plazo al Ayuntamiento para que se pronuncie al respecto, al objeto de no demorar ni obstaculizar la petición del particular de publicación en el BORM, si bien este plazo debería acomodarse a lo dispuesto en la LPAC respecto a los trámites de audiencia (artículo 84.2), aunque sea inferior al otorgado por el BORM, por lo que, en ningún caso, se le ha generado indefensión.

A la postre, como refiere la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma en su informe de 8 de abril de 2010, la instancia dirigida al BORM de publicación de la información pública del Plan a solicitud de quien lo ha formulado, determina la apertura de un expediente administrativo en dicho Organismo Autónomo regional, que dispondrá de un plazo para resolver, en los términos previstos en la LPAC, y en el que el trámite de audiencia al Ayuntamiento resulta insoslayable (artículo 11.7 TRLS) por las razones detalladas en el antecedente Undécimo, apartado 9, del presente Dictamen en el que se transcribe parte del informe referido.

Tal procedimiento no implica, como sostiene el representante de la mercantil reclamante, que el BORM se vea mermado en su autonomía para el ejercicio de sus funciones, ni tampoco que a éste le corresponda fiscalizar las actuaciones de los Ayuntamientos en relación con los derechos de los particulares; por el contrario, sí le compete garantizar la autenticidad de los textos que se publiquen en el diario oficial de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (artículo 7 de la 6/2009), así como constatar el cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa regional para que pueda insertarse tal anuncio remitido por los particulares, conforme a lo exigido por el artículo 5, c) de la precitada Ley, en relación con el artículo 145 TRLSRM.

2. Examen de las actuaciones concretas del BORM en relación con los Planes Parciales referenciados.

a) Aprobación inicial por silencio administrativo de los Planes Parciales SB1-CNE-EG.5.1 (expediente 1620/06) y SB1-CNE-EG.5.3 (expediente 177/07).

Cuando el 16 de junio de 2009 una empleada del despacho x. remite un correo al BORM, solicitando la valoración de los anuncios de aprobación inicial de los referidos Planes Parciales con cargo a la empresa -- (conviene destacar que no se solicita expresamente la publicación en el diario oficial y que en los textos remitidos para su valoración no figura el nombre de la promotora de los Planes Parciales, sino de esta última empresa), el Organismo Autónomo ya había recibido el 5 de mayo anterior (registro de entrada) un oficio del Teniente Alcalde de Ordenación Territorial y Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia de 27 de abril, comunicando, ante una eventual petición de la publicación de la aprobación inicial de tales Planes, que en modo alguno puede entenderse que se haya producido la aprobación inicial de los instrumentos urbanísticos indicados, al incumplirse el artículo 6.3.2.2 PGMO de Murcia. Acompaña un escrito de la mercantil reclamante, solicitando ante el Ayuntamiento el certificado de efectos del silencio positivo referido a la aprobación inicial de uno de los Planes.

Por parte de la Asesoría Jurídica del BORM se da traslado a la empresa -- del contenido del oficio remitido por el Ayuntamiento respecto a estos dos Planes Parciales, comunicándole que no se realizará prevaloración de los anuncios al no proceder su publicación.

Con posterioridad se comunica por la Gerencia de Urbanismo al BORM que se han adoptado por la Junta de Gobierno Local, en su sesión de 3 de junio (expte. 1620/2006) y de 1 de julio (expte. 177/07) de 2009, los acuerdos expresos desestimando la solicitud formulada por la mercantil reclamante en relación con la tramitación de los Planes Parciales, acuerdos que fueron

igualmente notificados a la citada mercantil, frente a los cuales habrá podido interponer los recursos que estimara pertinentes.

Por lo tanto, ejercitada la competencia por la Administración que ostenta las competencias sustantivas, el BORM no puede desconocer tales resoluciones expresas de la Junta de Gobierno Local, ni entrar a considerar su legalidad, pues, como señala el representante de la mercantil en el escrito presentado el 15 de julio de 2009, corresponde a los Tribunales de Justicia determinar la validez, eficacia y vinculación de los acuerdos referidos. En definitiva, corresponde a éstos señalar si tal desestimación de la tramitación acordada por el Ayuntamiento se acomoda a lo dispuesto en el artículo 140, a) TRLSRM, apartado tercero, que establece: *“la denegación de la aprobación inicial de los planes de iniciativa particular sólo podrá producirse cuando presenten defectos que no sean subsanables a lo largo del procedimiento o cuando sean manifiestamente contrarios a la ordenación urbanística”*.

Respecto a los demás argumentos esgrimidos por la propuesta elevada en relación con estos Planes, afectan en realidad a otros incumplimientos que tienen que ver no tanto con la no publicación de los anuncios de aprobación inicial por el BORM, sino con la imposibilidad de entender aprobados definitivamente tales Planes por silencio administrativo, al no constar cumplimentados otros requisitos formales previstos en la legislación urbanística (la emisión de informes preceptivos y la notificación individualizada a los propietarios que figuran en el catastro), si bien ha de hacerse la precisión de que el cumplimiento o no de la normativa del PGMO, como requisito para la publicación de la aprobación inicial, no corresponde su valoración al BORM, en defecto de pronunciamiento del órgano municipal competente, como expresa el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, citado en el Antecedente Undécimo, 9: *“En la hipótesis de que éstos adolecieran de infracción del ordenamiento jurídico o defecto formal insubsanable, al no haber resolución expresa en plazo, dichos defectos de nulidad no enervan el silencio administrativo positivo y únicamente dichos vicios podrán hacerse valer mediante impugnación de dicho acto presunto, o en su caso, revisión de esos mismos planes o proyectos”*. Sin embargo, en el presente caso, como ya se ha indicado, sí hubo pronunciamiento expreso de la Administración con competencias sustantivas, con independencia de su legalidad, como anteriormente se ha indicado.

b) Aprobación definitiva por silencio administrativo del Plan Parcial SB1-CNE-EG-5.2 (expediente 1619/06).

Respecto a este Plan Parcial, cuyo anuncio de aprobación definitiva también fue remitido al BORM para su valoración por un empleado del despacho -- el 16 de junio de 2009, la Asesoría Jurídica del citado Organismo Autónomo solicitó el correspondiente informe al Ayuntamiento de

Murcia el 23 de junio (registro de salida), siendo contestado por oficio de 24 siguiente (registrado de entrada el 29 del mismo mes), en el sentido de que en modo alguno puede entenderse que se haya producido la aprobación por silencio administrativo por las razones allí explicitadas, acompañando un oficio del mismo tenor remitido a la mercantil reclamante del año anterior (11 de febrero de 2008).

También consta el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Murcia de 1 de julio de 2009, que desestima expresamente la tramitación del Plan Parcial referenciado, frente al cual ha podido interponer la mercantil reclamante los recursos que procedan.

Concurre en el presente caso la circunstancia de que la aprobación inicial del Plan Parcial por silencio administrativo fue publicada por el BORM, estimando un recurso interpuesto por la mercantil interesada, al haber acreditado que el proyecto había sido presentado en el Registro municipal los días 1 y 4 de agosto de 2006, sin que tampoco hubiera sido contestado el trámite de audiencia otorgado a la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia, para que expresara si existía algún inconveniente. Lo anterior demuestra que el BORM no paraliza indefinidamente la solicitud de publicación en los casos de silencio administrativo y que posibilita el ejercicio del derecho de los particulares para la inserción de tales anuncios, siempre y cuando no se haya producido una resolución expresa por parte del Ayuntamiento.

Sin embargo, en el presente supuesto, además de haberse producido una resolución expresa por parte del Ayuntamiento competente, existen otros incumplimientos formales y de fondo que impiden la publicación de tal acto presunto de aprobación definitiva, conforme a la regulación legal, que también son acogidos por la propuesta elevada:

A este respecto conviene recordar que el artículo 145.2 TRLSRM señala:

*“La aprobación definitiva en estos supuestos, se producirá por silencio administrativo positivo cuando transcurran seis meses desde su presentación ante el órgano competente para su aprobación definitiva, siempre que se hubiere efectuado el trámite de información pública, que podrá efectuarse por iniciativa de quien promueva el planeamiento, se hayan solicitado los informes preceptivos, de conformidad con la legislación aplicable, y transcurrido el plazo para emitirlos”.*

De la regulación legal se desprende:

1º) Para que se produzca la aprobación definitiva por silencio administrativo positivo del Plan Parcial es preciso que se hayan solicitado los informes preceptivos, entre ellos el de la

Dirección General competente por razón de urbanismo, exigencia que se ha visto aún más reforzada en virtud de lo previsto en el artículo 11.7 TRLS: “*En todo caso, en la tramitación de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística deben asegurarse el trámite de audiencia a las Administraciones Públicas cuyas competencias pudiesen resultar afectadas*”. No consta que en el presente caso se hayan cumplimentado tales requisitos, ni se hace referencia a su cumplimiento por parte de la promotora.

2º) Cuando se trata de planes de iniciativa particular, el acuerdo de aprobación inicial habrá de notificarse individualizadamente a los titulares que consten en el Catastro para que puedan alegar lo que a su derecho convenga (artículo 140 TRLSRM). No consta acreditado dicho trámite en el expediente, o su innecesariedad, sin que por parte de la mercantil se aluda al cumplimiento de tal requisito cuando se remite el anuncio para su valoración o en los posteriores escritos solicitando su publicación.

3º) Más aún, el artículo 145 del Texto Refundido citado no reconoce la legitimación de los particulares para remitir al BORM los anuncios de publicación de la aprobación definitiva del Plan Parcial por silencio administrativo positivo, así como la publicación de las normas urbanísticas, teniendo en cuenta que dicha aprobación opera *ope legis* siempre y cuando se cumplan los requisitos expuestos, por lo que por parte de los particulares se podrán hacer valer los actos administrativos producidos por silencio ante la Administración (artículo 43.4 LPAC), aunque sólo puede corresponder a los órganos competentes para la aprobación definitiva el diligenciar de la documentación y la remisión de la normativa urbanística aprobada por silencio administrativo al BORM, como exige expresamente el artículo 151.2 TRLSRM, teniendo en cuenta el carácter de función pública de la potestad de ordenación del suelo, que es insustituible (STS, Sala 3ª, de 17 de noviembre de 2010, ya citada).

### 3. Inexistencia de responsabilidad patrimonial del BORM en el presente supuesto.

A la vista de lo expuesto sobre el funcionamiento del BORM en el presente caso, no puede sostenerse la relación de causalidad con el daño alegado por la mercantil reclamante, como recoge la propuesta de resolución, sin que tampoco sea verosímil que la actuación del citado Organismo haya generado la frustración de determinadas ventas de aprovechamientos urbanísticos futuros, teniendo en cuenta las siguientes razones:

a) La actuación del BORM en el procedimiento es de carácter instrumental, correspondiendo a la Administración que ostenta las competencias urbanísticas sustantivas la responsabilidad de la tramitación y de la resolución de los Planes Parciales, por lo que de ser cierta tal hipótesis de

frustración de determinadas ventas de aprovechamientos urbanísticos, no acreditada en el presente procedimiento como más adelante se indicará, dicha responsabilidad no correspondería, en ningún caso, al BORM.

b) La actuación del BORM contestando a la petición de valoración de los anuncios remitidos por la mercantil -- (éste es un aspecto que debe ser destacado, pues inicialmente sólo se solicita la valoración según el correo) fue rápida, sin tardanza, dando traslado a la mercantil interesada de los escritos recibidos del Ayuntamiento de Murcia, que igualmente también habían sido notificados a aquélla por dicho Ayuntamiento. Por tanto, resulta totalmente injustificado atribuir cualquier responsabilidad al BORM por la frustración de tales operaciones, cuando antes de un mes procedió a notificar a la mercantil reclamante los escritos que impedían la publicación de tales anuncios, frente a la fecha de presentación de dichos Planes ante el Ayuntamiento de Murcia, según expone la mercantil reclamante.

c) Tampoco la práctica de la prueba testifical a instancia de la mercantil interesada, durante la que compareció un único testigo (representante de la empresa --), pese a que la mercantil reclamante tenía el encargo de citar a todos los representantes de las empresas indicadas por ella, ha probado que la actuación del BORM generara la cancelación de las operaciones de venta indicadas, si se tiene en cuenta que las escrituras de compra venta de los aprovechamientos futuros datan del año 2006 (y la intervención del BORM se contrae al corto periodo expresado anteriormente en el año 2009), y que de las respuestas del testigo tampoco se desprende ni la relación del daño alegado con el funcionamiento del BORM, ni la propia efectividad del daño; muy al contrario, se desprende la vigencia del contrato, así como sus obligaciones contractuales (lo que contradice lo afirmado por la mercantil reclamante sobre la cancelación del contrato por la actuación del citado Organismo), el pleno conocimiento por la mercantil representada de la necesidad de la previa aprobación y publicación de los Planes Parciales por parte del Ayuntamiento de Murcia, y que tales aprovechamientos urbanísticos eran futuros por no disponer de planeamiento aprobado. A este respecto no conviene olvidar que sólo son indemnizables los perjuicios efectivos, no los futuros ni los hipotéticos, y los aprovechamientos urbanísticos futuros convenidos no son sino meras expectativas hasta tanto se patrimonializan por los propietarios, lo que sólo concurre cuando se han cumplido los deberes de cesión, equidistribución y urbanización previstos en la legislación urbanística (por todas, la importante STS, Sala 3ª, de 12 de mayo de 1987).

Por lo tanto, no resulta acreditada en el presente procedimiento la existencia de una lesión en los bienes o derechos de la mercantil reclamante en relación con la actuación del BORM.

Finalmente, serán los recursos que se hayan interpuesto, en su caso, por la mercantil reclamante frente a la desestimación de la tramitación de los tres Planes Parciales los que determinen si la actuación del Ayuntamiento ha sido conforme al ordenamiento urbanístico y las responsabilidades que pudieran derivar del ejercicio de sus competencias, por lo que este Consejo Jurídico considera claramente infundada la acción de responsabilidad patrimonial interpuesta frente al BORM.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto no se aprecia la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial por las razones expresadas en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 24-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	07/02/2011

**Extracto doctrina**

Las imputaciones de la reclamante sobre la existencia de la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario no vienen avaladas por criterio médico alguno, cuando la determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 28 de septiembre de 2007, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, al que atribuye un funcionamiento anómalo, concretamente a los Servicios de Ginecología y del Aparato Digestivo del Hospital Santa María del Rosell de Cartagena, describiendo cronológicamente las siguientes actuaciones sanitarias:

- El 12 de abril de 1999, la paciente ingresó en el Servicio de Ginecología del Hospital Santa María del Rosell por un cuadro abdominal difuso de varios meses de evolución. Después de realizarle un estudio ecográfico, se le diagnosticó de engrasamiento de la trompa izquierda, si bien con ovarios, útero y endometrio normales. Se le dio el alta médica por mejoría el 14 de abril de 1999. Posteriormente, se sometió a una revisión en dicho Servicio, realizada por el Dr. x, quien consideró que su estado era normal y no le prescribió tratamiento, ni revisiones futuras.

Al persistir los dolores abdominales, acudió a la consulta privada del referido facultativo, quien le diagnosticó de un quiste en el ovario derecho. De nuevo, al aumentar el dolor, volvió al Hospital Santa María del Rosell, donde se le programó para una intervención quirúrgica el día 30 de octubre de 2000, en la que se le extirpó el ovario derecho y se le realizó una cuña en el izquierdo, dándole el alta médica el 5 de noviembre de 2000.

- El 11 de enero de 2001 volvió a consultar por dolor inespecífico abdominal en el Hospital Naval de Cartagena, y tras ser revisada por el ginecólogo que le prescribió determinadas pruebas, éste concluyó que los resultados eran normales. El 19 de noviembre de 2002 vuelve a consultar al

Hospital Naval de Cartagena por dolor sin apreciar patología, y se le diagnostica de Enfermedad pelviana inflamatoria (Epi) leve.

- Al persistir el dolor y ante la pasividad de los servicios médicos del Hospital Naval, acude al instituto Valenciano de Infertilidad (IVI), donde se le realizó una laparoscopia, en la que se evidenciaron focos endometriósicos abdominales y adherencias en la trompa derecha e izquierda por bridas. Se le realizó salpingectomía derecha, adherensiolisis fímbrica izquierda y electrocoagulación de focos de endometriosis.

- El 10 de febrero de 2003 consultó por esterilidad primaria, siendo remitida al centro de referencia de reproducción asistida. Tras el embarazo, se le realizó el seguimiento, dando a luz el 11 de noviembre de 2003 en el Hospital Santa María del Rosell, mediante parto inducido asistido manualmente, siendo dada de alta el 15 siguiente.

- Un año y medio después (el 25 de agosto de 2004) acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Santa María del Rosell de Cartagena al presentar dolor abdominal, siendo dada de alta por mejoría el 29 de dicho mes. Al persistir el dolor, fue al médico de familia quien la remitió al ginecólogo, citándola para el 22 de junio de 2005. Ante la tardanza de la cita, acudió al Instituto Valenciano de Infertilidad donde se le diagnosticó de tumoración ovárica derecha.

- Siguiendo sin respuesta médica adecuada, el 10 de febrero de 2005 acudió al Servicio de Urgencias del citado Hospital, al no haber cesado los dolores abdominales. Se le realizó un estudio ginecológico, que consistió en salpingectomía izquierda, adherensiolisis y cuña en ovario izquierdo, calificando el resultado de normal.

Al persistir las molestias abdominales, se la derivó al Servicio de Digestivo, donde el 15 de marzo de 2005 se le informa de "*adherencias intestinales tras múltiples cirugías. No se hace nada a no ser que se obstruya totalmente*".

- El 5 de abril de 2005 fue a revisión, evidenciando el resultando de anatomía patológica un quiste de cuerpo lúteo, aunque se le dio el alta por revisión normal, sin prescribir medicación alguna. En octubre de 2005, tras acudir a la consulta privada del ginecólogo de la sanidad pública x, quien le diagnostica de quiste endometriósico del ovario residual, acude a consultas externas del Hospital Santa María del Rosell, en donde el mismo facultativo prescribe un tratamiento que mantiene durante 4 meses.

- El 15 de marzo de 2006 es diagnosticada de trastorno adaptativo.

- El 26 del mismo mes y año consultó en el Servicio de Urgencias del Hospital por dolor abdominal, sin respuesta alguna. El 26 de junio de 2006 se aprecia quiste endometriósico en ovario izquierdo, y se programó intervención quirúrgica para el 8 de noviembre, pero tras el control ecográfico se decidió no intervenir, al evidenciarse un útero y ovario normales; se le dio el alta médica con tratamiento de anovulatorios, que fueron suspendidos en la siguiente revisión (el 20 de diciembre de 2006).

- El 16 de noviembre de 2006 se reconoció su situación de invalidez permanente absoluta por Sentencia núm. 532/2006 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cartagena.

- El 20 de marzo de 2007 acude al Servicio de Urgencias del Hospital por dolor abdominal, donde se le practicó una ecografía, se instauró tratamiento analgésico, y la citaron para revisión el 20 de abril de 2007, diagnosticándole dos quistes endometriósicos y dándole el alta sin prescripción alguna.

- Posteriormente fue remitida al Instituto Murciano de Fertilidad para que se sometiera una fecundación *in vitro* con óvulos propios en agosto/septiembre de 2007. Sin embargo, el 17 de septiembre se le informó que la única opción reproductiva era mediante ovodonación, ya que su ovario no respondía al tratamiento.

Tras la descripción de estas actuaciones, la reclamante sostiene que el mal funcionamiento de los Servicios de Ginecología y Digestivo del Hospital Santa María del Rosell, por retraso en el diagnóstico y por falta de asistencia adecuada, le ha ocasionado la pérdida de un ovario residual, única opción que tenía para una gestación con óvulos propios. También refiere que le persiste de forma continuada el dolor abdominal secundario a adherencias, que podría precisar de intervenciones quirúrgicas futuras, en caso de obstrucción total.

En cuanto a la cuantía indemnizatoria, reclama 235.154,50 euros, aportando un informe sin suscribir de los Dres. x, y, especialistas en valoración de incapacidades y daño corporal, que se contrae a señalar cuál es la patología actual de la paciente.

La cantidad reclamada se desglosa en los siguientes conceptos y partidas, conforme a Resolución de 7 de enero de 2007 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones:

1. Por la pérdida funcional de los ovarios y por el dolor abdominal secundario a adherencias: 55 puntos de secuela por 1.756,15 euros cada punto: 96.558,25 euros.

2. Por 540 días improductivos (a 50,35 euros/día) por la incapacidad temporal hasta el pronunciamiento de la incapacidad permanente absoluta por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cartagena: 27.189 euros.

3. Por incapacidad absoluta: 90.000 euros.

4. 10% por perjuicios económicos: 21.377.25 euros.

Por último, la reclamante propone los siguientes medios probatorios: el historial médico en el Servicio Murciano de Salud, el informe de los especialistas en valoración de discapacidades y daño corporal, así como los informes obrantes en su poder que acompaña al escrito de reclamación.

**SEGUNDO.-** El 9 de octubre de 2007, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta Resolución de admisión a trámite, la cual fue notificada a las partes interesadas.

Al mismo tiempo, se solicitó al Hospital Santa María del Rosell copia de la historia clínica de la paciente, e informes de los facultativos que la atendieron.

**TERCERO.-** Desde este último Hospital se remitió copia de la historia clínica de la reclamante (folios 38 a 274), así como un informe del Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología, de 21 de noviembre de 2007, sobre la asistencia dispensada a la paciente y que concluye:

*“Una vez estudiada el caso de la paciente, no encontramos ningún fallo en el Servicio de Ginecología por el que la paciente pueda hacer alguna reclamación. Al contrario, ha sido siempre atendida, diagnosticada y tratada correctamente en todas y cada una de sus fases, lo que pasa es que la paciente ha tenido el infortunio de padecer sucesivamente procesos patológicos distintos, no teniendo nada que ver unos con otros, y habiendo sido tratada siempre correctamente”.*

**CUARTO.-** Antes de concluir el periodo de instrucción del procedimiento, x, en representación de la reclamante, presenta escrito suscrito también por ésta (folios 288 y 289), en el que, además de expresar que se persona en el procedimiento para que se entiendan con él las sucesivas actuaciones, viene a modificar la cuantía indemnizatoria solicitada en el escrito de reclamación, indicando ahora que la cantidad reclamada asciende a 294.841 euros, desglosada en las siguientes partidas:

A) Por días de incapacidad.

- Días de hospitalización: 33 días por una indemnización diaria de 61.97 euros: 2.045 euros.

- Días con abandono de sus habituales ocupaciones: 507 días por una indemnización diaria de 50.35 euros: 27.527 euros.

Total por incapacidad: 27.572 euros (existe un error en la suma de las cantidades).

B) Indemnización por lesión permanente.

- 55 puntos por 1.756,15 euros: 96.588 euros.

- Factores de corrección 10%: 9.658 euros.

Total por lesiones permanentes: 106.246 euros.

C) Incapacidades:

Incapacidad permanente absoluta: 161.023 euros.

**QUINTO.-** Solicitado informe a Inspección Médica por escrito de 20 de diciembre de 2007, es evacuado en marzo de 2010 (más de dos años después), en el siguiente sentido:

“Naturaleza de las patologías.

*La x. ha sufrido a lo largo de los años que relata en la reclamación tres patologías distintas pero coincidentes en el tiempo, dando lugar a complicaciones que a veces han evolucionado sinérgicamente unas con otras. De tal forma que sufre:*

- *Endometriosis de naturaleza intrínseca y sin causa conocida.*
- *Quistes ováricos de naturaleza intrínseca a la paciente y sin causa conocida.*
- *Adherencias y bridas intestinales y pélvicas, producidas por las cirugías realizadas previamente y las laparoscopias que se han realizado para tratar las patologías anteriores.*

*Ninguna de las patologías antes citadas tienen su origen en una actuación médica, que por acción u omisión diera lugar a dicha alteración.*

### Diagnósticos y Tratamientos

*Los diagnósticos de las distintas patologías que ha sufrido la reclamante se han realizado con los procedimientos que aporta la bibliografía especializada y se han realizado en los momentos en que la sintomatología lo requería, algunos consistentes en pruebas inocuas y otras era imprescindible realizarle una laparoscopia diagnóstico/terapéutica, que aún podía agravar mas la situación de las adherencias pélvicas, pero siendo inevitables su realización para evitar complicaciones mayores como ha quedado demostrado en el apartado de consideraciones médicas.*

### Idiosincrasia

*No existen ni factores de riesgo a evitar ni actividades preventivas a realizar, que pudieran haber influido en la aparición de cualquiera de las patologías que presenta la paciente y por tanto su aparición ha sido inevitable.*

### Evolución

*La evolución de las mismas ha sido progresiva y con mal pronóstico, independientemente de los tratamientos prescritos ya que éstos solo se han podido aplicar en las complicaciones, pero no como tratamiento crónico para evitar las mismas.*

### Complicaciones

*Las complicaciones sufridas por la paciente son inevitables y esperadas como consecuencia de las patologías que sufre. Así viene recogido en la literatura especializada, pudiéndose tratar únicamente con tratamientos paliativos, coma es el caso de posibilidad de futuro embarazo (debido a la poca masa ovárica que le resta a la paciente) o las posibles obstrucciones intestinales (debido a las múltiples intervenciones quirúrgicas a las que ha tenido que ser sometida) y que sólo se puede tratar si la clínica de la complicación así lo exige”.*

**SEXTO.-** La Compañía Aseguradora del Servicio Murciano de Salud aportó dictamen médico colegiado (folios 313 a 341) sobre el contenido de la reclamación, en el que, tras relatar el objeto de la misma y formular las oportunas consideraciones médicas, concluye en que la asistencia obstétrica dispensada a la paciente fue correcta y que la actuación de los profesionales intervinientes fue conforme a la *lex artis*.

**SÉPTIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes en el procedimiento, a efectos de que formularan alegaciones y presentaran los documentos que estimaran convenientes, el letrado que representa a la reclamante presenta escrito de 12 de mayo de 2010, en el que se limita hacer constar que en fecha 15 de enero anterior se ha interpuesto, ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

**OCTAVO.-** La propuesta de resolución, de 1 de junio de 2010, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, al haber sido la asistencia sanitaria que se le dispensó a la reclamante conforme a la *lex artis*.

**NOVENO.-** Con fecha 14 de junio de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. La reclamante, al padecer en su persona los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la atención sanitaria recibida del sistema público de salud, ostenta la condición de interesada para deducir la presente reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 RRP. No obstante, en el encabezamiento de la propuesta de resolución, así como en la parte dispositiva, se contiene que la reclamante actúa en su propio nombre y representación, cuando se ha admitido por la instrucción la personación del letrado actuante, sin que se haya discutido su representación, en tanto se le ha notificado el trámite de audiencia y ha presentado alegaciones en su nombre, obrantes en el folio 349.

En cuanto a la legitimación pasiva no suscita dudas la correspondiente a la Administración regional, en cuanto titular del servicio sanitario a cuyo funcionamiento se imputa el daño, pues el Hospital Universitario Santa María del Rosell de Cartagena depende del Servicio Murciano de Salud.

2. Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que los perjudicados deduzcan su pretensión ante la Administración. En efecto, según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, añadiendo que en caso de daños a las personas, de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Pues bien, en el caso que nos ocupa la reclamante centra sus imputaciones en las asistencias recibidas en un periodo de tiempo que discurre entre 12 de abril de 1999 hasta el 17 de septiembre de 2007, momento en el que el Instituto Murciano de Fertilidad le comunica que el único ovario no responde al tratamiento y la opción reproductiva sería mediante ovodonación (folio 25).

En consecuencia, concretado por la reclamante el daño en la pérdida del ovario residual y en la persistencia de un dolor abdominal secundario a adherencias, que pudiera necesitar de intervenciones quirúrgicas futuras, debido a la falta de asistencia y a un diagnóstico tardío, este Consejo Jurídico considera, conforme a lo indicado por la instrucción, que la acción ejercitada el 28 de septiembre de 2007 se habría presentado en plazo, tomando como *dies a quo* tanto la fecha referida del diagnóstico por el Instituto Murciano de Fertilidad, como la de la última visita documentada en la historia clínica a los Servicios de Urgencia del Hospital Santa María del Rosell por dolor abdominal (el 20 de marzo de 2007), según consta en el folio 20, siendo objeto nuevamente de revisión en el mismo centro hospitalario el 20 de abril siguiente.

3. El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP, salvo el plazo máximo para resolver, que ha excedido en mucho al previsto en

el citado Reglamento, lo que casa mal con los principios de eficacia, agilidad y celeridad que han de inspirar la actuación administrativa.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación del sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al

caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas).

**CUARTA.- Inexistencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.**

La reclamante imputa al Servicio Murciano de Salud un mal funcionamiento de los Servicios de Ginecología y Digestivo del Hospital Santa María del Rosell, por la falta de asistencia adecuada y el tardío diagnóstico de la patología que presentaba, que le ha ocasionado la pérdida del ovario residual y el dolor abdominal continuo secundario a adherencias, que puede necesitar de intervenciones quirúrgicas en el futuro.

Pues bien, en el presente caso las imputaciones de la reclamante sobre la existencia de la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario no vienen avaladas por criterio médico alguno, cuando la determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a *normopraxis* descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. En este sentido, el informe pericial de valoración aportado por la reclamante, que figura sin la firma de sus autores, se limita a recoger las secuelas de la paciente, pero no entra a valorar la asistencia médica prestada por los Hospitales Santa María del Rosell y Naval de Cartagena, y su relación con el daño alegado.

Tampoco durante el trámite de audiencia otorgado a la reclamante, pese a haber retirado del expediente una copia del informe de la Inspección Médica (folio 311), se formularon alegaciones tendentes a cuestionar la *praxis* médica.

Frente a la falta de prueba del nexo causal con el daño alegado, los informes médicos que obran en el expediente, destacadamente los emitidos por el Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología y la Inspección Médica, este último en su cualidad de órgano administrativo que se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones

realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública, sostienen de forma motivada la adecuación a la *lex artis* de la asistencia prestada a la reclamante, sobre la base de los siguientes argumentos:

1. Destaca el Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital que la paciente padeció varias patologías diferentes, que concreta en endometriosis, quiste ovárico, enfermedad inflamatoria pélvica y adherencias, que fueron adecuadamente tratadas y que ha tenido el infortunio de padecer sucesivamente procesos patológicos distintos, no teniendo que ver unos con otros, habiendo sido tratada siempre correctamente.

La anterior afirmación es concretada por el citado facultativo:

*“La paciente es ingresada primeramente el 1999 por un proceso de enfermedad pélvica inflamatoria leve, siendo dada de alta en el momento apropiado. Un año y medio después es diagnosticada de un quiste de ovario, siendo extirpado a los pocos días de su diagnóstico, este proceso no tiene nada que ver con lo anterior, pasando tiempo y espacio suficiente para que se trate de un proceso diferente al anterior.*

*En noviembre de 2001, la paciente es otra vez atendida por un dolor no específico. Y dos años casi después, es de nuevo vista y diagnosticada de enfermedad inflamatoria pélvica leve nuevamente, es cuando la paciente no se encuentra satisfecha con el diagnóstico y acude al IVI, donde le efectúan una laparoscopia y el diagnóstico es el mismo, enfermedad inflamatoria pélvica, realizándole una salpingectomía derecha con la electrocoagulación de unos pequeños focos endometriósicos*

*Unos meses después la paciente queda embarazada con reproducción asistida dando a luz posteriormente.*

*El 25/08/04 de nuevo acude por dolor inespecífico siendo operada el 10/02/05 de salpingectomía izquierda y quiste de cuerpo lúteo.*

*En octubre del mismo año es diagnosticada de endometriosis, preparándola para ser intervenida, se le pone mientras tanto tratamiento para la endometriosis con análogos. Se repite la ecografía después del tratamiento, donde se observa la disminución franca del quiste endometriósico, por lo que se pospone la intervención”.*

2. Por su parte, Inspección Médica concluye que la actuación sanitaria dispensada a la paciente ha sido correcta, una vez analizadas cada una de las patologías padecidas. Respecto a la

endometriosis aclara que es una enfermedad que se produce por condiciones intrínsecas de la mujer (congénitas o genéticas), de forma que su origen nunca puede ser atribuible a actuaciones u omisiones del Sistema Sanitario. En el caso de la endometriosis de la paciente, indica lo siguiente respecto a sus síntomas y tratamiento: *“Todos estos síntomas se presentaron en la paciente x., siendo diagnosticada siempre que acudió al centro público de endometriosis o enfermedad inflamatoria pélvica, a través de la clínica y de las pruebas complementarias que aconseja la bibliografía, como se señala anteriormente. Es más, en todas las intervenciones a que tuvo que ser sometida, tanto las diagnósticas como terapéuticas, se le realizó examen pélvico, ecografía y laparoscopia pélvica, como se aconseja, ya que esta última tiene la ventaja frente a la laparotomía que disminuye claramente la patología postquirúrgica a corto, medio y largo plazo”*.

En lo que se refiere a las adherencias, la Inspección Médica señala lo siguiente: *“Las adherencias pélvicas e intestinales se producen por cirugía abdominal previa, apendicitis, endometriosis y enfermedad inflamatoria pélvica, todas estas patologías las sufría la paciente, unas como antecedentes y otras activas, y que contribuyeron a ocasionar tanto las adherencias como sus complicaciones, El tratamiento de las mismas se limita a tratar dichas complicaciones, ya que una intervención preventiva de las mismas puede dar lugar a la paradoja de producir mas adherencias”*.

En cuanto a los quistes ováricos, precisa lo siguiente la Inspección Médica: *“En la aparición de quistes ováricos no se han encontrado factores de riesgo conocidos, no tienen relación con el diagnóstico, son muy comunes, y en general de muy buen pronóstico, salvo raras ocasiones, pero si es así precisa tratamiento y extirpación, como en el caso de la x. Tanto el diagnóstico como el tratamiento de esta patología fueron correctos”*.

En suma, coincide con la opinión expresada anteriormente por el Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología de que la paciente ha tenido el infortunio de padecer sucesivamente procesos patológicos distintos, no teniendo relación con la actuación médica y habiendo sido tratada en todo momento de forma adecuada a las circunstancias clínicas. También expresa que las complicaciones sufridas por la paciente son las inevitables derivadas de las patologías que sufre, como viene recogido en la literatura especializada, pudiéndose tratar únicamente con tratamientos paliativos y las posibles obstrucciones intestinales (debido a las múltiples intervenciones quirúrgicas a las que ha tenido que ser sometida), sólo se pueden tratar si la clínica de la complicación así lo exige.

Por tanto, este Consejo Jurídico coincide con la instructora en que las secuelas que en la actualidad pudiera presentar la reclamante no constituyen un daño antijurídico (artículo 141.1

LPAC), ya que la actuación sanitaria que se realizó fue conforme a la *lex artis*, según expresan los referidos informes médicos, teniendo en cuenta que la paciente ha tenido el infortunio de padecer sucesivamente procesos patológicos distintos, no existiendo relación con la actuación médica, habiendo sido tratada de forma adecuada a las circunstancias clínicas.

**QUINTA.- Cuantía indemnizatoria.**

La misma argumentación esgrimida para refutar que las secuelas sean atribuibles al Servicio Murciano de Salud es trasladable a la cuantía indemnizatoria reclamada, pues se imputan a este Servicio, como si aquéllas no se hubieran debido a su propia patología de la paciente, cuya incapacidad permanente absoluta fue reconocida por el Juzgado de lo Social correspondiente.

De otra parte, no se acreditan las bajas correspondientes a los 507 días que manifiesta que abandonó sus ocupaciones habituales, planteándose una suerte de duplicidad en determinadas partidas (incapacidad permanente absoluta), que, en realidad, son consecuencia del reconocimiento de su invalidez por el INSS.

En consecuencia, tampoco se acredita la cuantía indemnizatoria reclamada.

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

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 25-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 07/02/2011

**Extracto doctrina**

La actuación del sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada “lex artis ad hoc” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 30 de abril de 2007, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, al que atribuye un funcionamiento anómalo en la prestación de la asistencia sanitaria.

El reclamante describe los hechos del siguiente modo:

El especialista en traumatología del Hospital Reina Sofía, tras dos visitas a su consulta, le comunica que debe someterse a una intervención de exostosis en la tibia de la rodilla derecha. Tras explicarle en qué consiste la operación y cómo debe llevarse a cabo, se le incluye en la lista de espera.

Posteriormente le comunican que la intervención se va a realizar en el Hospital San Carlos, a lo que se niega inicialmente, pues prefiere ser intervenido en el Hospital Reina Sofía, aunque finalmente acepta porque le dicen que va a ser intervenido por el mismo equipo médico.

El 10 de octubre de 2006 ingresa en el Hospital San Carlos y observa que el traumatólogo no es el mismo, solicitando anestesia general, que es denegada, e inyectándole una local que sólo le duerme la pierna derecha, observando el desarrollo de la intervención, y comprobando que no se realiza como la habían descrito.

Terminada la operación, el médico quiere darle de alta a lo que se niega el reclamante, quedando ingresado, comenzando a sentir un fuerte dolor, por lo que se le suministra nolutil vía venosa durante toda la noche.

El día 11 de octubre, sobre las 10 horas, la enfermera le comunica que el médico ha dejado ya firmada el alta hospitalaria y no pasará a verlo, por lo que se marcha a casa. Sorprendido por la falta de atención, sin saber cuándo debe comenzar con la rehabilitación, por la tarde, debido a que el dolor no desaparece, acude al Servicio de Urgencias del Hospital San Carlos, donde le ponen un gotero con nolutil y lo ingresan hasta el viernes 13, durante este tiempo no es visitado por ningún médico. El viernes 13, a las 23 horas, le visita otro médico que no conocía, que le dice que es normal que le duela y le da el alta hospitalaria.

Al mes de la operación, acude a que le retiren los puntos de la intervención y aparentemente todo va bien, citándole al mes siguiente para revisión. Acude a esta cita y le dicen que la operación estaba bien hecha, pero el dolor no remite y tiene molestias. Le prescriben una rodillera y le citan para el mes siguiente.

Tras dirigirse a la Unidad de Atención al Paciente del Hospital Reina Sofía para que le dé cita el Servicio de Traumatología, acude el día convenido y le comunican que debe someterse a rehabilitación, acudiendo a la mutua x. durante dos meses, si bien le indican que ya no eran precisas más sesiones porque no se va a solucionar nada.

El 23 de febrero de 2007 le avisan de la Clínica x. para recibir un mes más de rehabilitación.

Desde entonces ha tenido 5 o 6 revisiones más en el Servicio de Traumatología del Hospital Reina Sofía y nadie le da una solución a las molestias y limitaciones que padece, si bien cada vez que acude le examina un médico distinto, por lo que difícilmente pueden apreciar la evolución de su pierna.

Refiere que el 4 de abril de 2007, el Dr. x, del Servicio de Traumatología del Hospital Reina Sofía, le realiza un informe que indica:

*“En la actualidad presenta cicatriz hipertrófica del tendón rotuliano (3 veces el grosor normal en la sombra radiológica del mismo en Rx lateral) e induración en la palpación, por lo que se prevé que se calcifique en su interior con el paso del tiempo.*

*Dichas molestias se consideran secuelas permanentes y no se prevén nuevos tratamientos sobre el mismo.*

*Actualmente el paciente no puede arrodillarse por dicho motivo y presenta debilidad y molestias al caminar en dicha zona y tumoración sobre tuberosidad anterior de la tibia y tendón rotuliano”.*

El 20 de abril de 2007 concierta una cita con el Subdirector del Hospital Reina Sofía, quien le aconseja que no se vuelva a operar, que las secuelas son permanentes y que éstas son consecuencia de la intervención.

El 26 siguiente acude por dolor al Servicio de Urgencias del Hospital Reina Sofía, donde le diagnostican una tendinitis en el pie derecho, y ese mismo día su médico de familia le concede la baja por enfermedad común debido a las lesiones que padece.

El reclamante concluye en la existencia de nexo de causalidad entre la actuación del servicio público y las lesiones alegadas, conforme queda acreditado por el informe realizado por Dr. x, según refiere, acompañando la documentación que obra en los folios 7 a 37 del expediente.

Por último, solicita que la cuantía económica por las secuelas sea evaluada por el órgano competente de la Administración.

**SEGUNDO.-** Con fecha 15 de mayo de 2007, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación presentada, que es notificada a las partes interesadas.

Al mismo tiempo se solicita copia de la historia clínica e informe de los facultativos que atendieron al reclamante a los Hospitales Reina Sofía y San Carlos.

**TERCERO.-** Desde el Hospital Reina Sofía se remitió copia de la historia clínica (folios 49 a 117) e informe de 11 de junio de 2007, del Dr. x. del Servicio de Traumatología (folios 48 y 49), según el cual:

*“Paciente revisado en mi consulta por problemas sobre tendón rotuliano y tuberosidad tibial anterior de la rodilla derecha.*

*Entre los antecedentes de esta lesión hay que destacar que el paciente sufrió fractura de tibia derecha, que precisó tratamiento quirúrgico en el año 2003, realizándose osteosíntesis con*

*clavo endomedular. Hay que señalar que dicho clavo tibial se introduce justo por encima de la tuberosidad tibial y a través del tendón rotuliano.*

*Con fecha 23-03-06 el paciente fue revisado en consulta externa de este Servicio de Traumatología por otro miembro del servicio, por presentar molestias en tuberosidad tibial y tendón rotuliano, con prominencia a dicho nivel, compatible con exostosis de la tuberosidad tibial anterior. Dicho paciente había acudido con anterioridad al Servicio de Urgencias de este hospital por dicho problema. En la consulta de Traumatología se le propone tto. quirúrgico de dicha exostosis, incluyéndose en lista de espera quirúrgica. Dados los antecedentes de enclavado medular de la tibia, la citada exostosis y tendinitis del tendón rotuliano de la que se quejaba el paciente se considera secundaria a la reacción cicatricial hipertrófica de la osteosíntesis de la tibia (abordaje sobre tendón rotuliano y tuberosidad tibial).*

*El paciente es intervenido en Hospital de San Carlos de Murcia en Octubre de 2006.*

*Posteriormente consulta de nuevo en este Servicio de Traumatología, siendo revisado por varios compañeros y finalmente el 4- 04-07 por mí por persistencia de las molestias sobre el tendón rotuliano y tuberosidad tibial anterior, que muestra evidente engrasamiento, en mi opinión, secundario a reacción cicatricial hipertrófica tras la cirugía. El tendón muestra engrasamiento de su sombra radiológica en las Rx.*

*Dados los antecedentes de las cirugías previas, entiendo que no es conveniente repetir de nuevo la intervención para retirar el callo fibroso que se ha reproducido bajo el tendón y en el seno del tendón rotuliano, pues es probable que vuelva a reaccionar con producción de nueva cicatriz hipertrófica. Por ello, aconsejo que considere dicha lesión como definitiva y por tanto como secuela permanente.*

*Dicha secuela corresponde a la producción de una cicatrización hipertrófica sobre el abordaje quirúrgico necesario para el tratamiento de su fractura acaecida en el año 2003, que no ha podido paliarse con una nueva intervención sobre el tendón y tuberosidad tibial<sup>o</sup>.*

**CUARTO.-** Consta en el expediente la Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 12 de junio de 2007, por la que se deniega la prestación de incapacidad permanente al reclamante, así como el Dictamen Propuesta del Equipo de Valoración (folios 139 y 140), en el que se especifica que no se objetiva limitación funcional susceptible de incapacidad permanente en ninguno de sus grados.

Asimismo se incorpora por el reclamante al expediente un informe del Dr. x, especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología (folios 144 y 145).

**QUINTO.-** Tras varias peticiones de la historia clínica e informes al Hospital San Carlos, el 11 de julio y el 9 de agosto de 2007 se incorpora al expediente la documentación (folios 146 y ss.). El reclamante también incorpora al expediente un informe sobre una resonancia magnética de rodilla derecha realizada el 10 de agosto de 2007, que le diagnostica de rotura del cuerno posterior del menisco interno (folio 163). Posteriormente, se presentarían nuevos escritos por el reclamante para incorporar nuevas actuaciones al expediente (folios 167 y ss. y 181 y ss.), bien para manifestar sus quejas por el funcionamiento del servicio público sanitario y las consecuencias de la intervención practicada en el Hospital San Carlos (folios 176 y 179), bien para referir que persisten los dolores (folio 179 bis).

**SEXTO.-** Con fecha 20 de agosto de 2008, el reclamante presenta escrito cuantificando el daño por el que reclama en la cantidad de 31.538,15 euros, acompañando un informe médico pericial del Dr. x. (folios 188-192), que concluye:

*“1ª. Que x. es intervenido quirúrgicamente de extirpación de exostosis en tuberosidad anterior de extremidad próxima de tibia derecha en el Hospital San Carlos (Hospital concertado) tras permanecer en lista de espera en el Hospital Reina Sofía. Es dado de alta hospitalaria el 11/10/2006.*

*2ª. Que posteriormente el paciente presenta cuadro de dolor e impotencia en rodilla derecha que precisa asistencia médica en múltiples ocasiones y que no mejora con tratamiento médico y RHB.*

*3ª. Que el paciente cursa baja laboral desde el 10/10/2006, siendo dado de alta el 11/04/2007 por mejoría que permite realizar su trabajo habitual.*

*4ª. Que el paciente precisa de nuevo baja por Incapacidad Laboral el 26/04/2007 por no poder realizar su trabajo habitual.*

*5ª. Que el paciente presenta como secuelas: Gonalgia postraumática y trastorno depresivo reactivo.*

6ª. *Que sigue tratamiento por tiempo indeterminado en el Centro de de Salud Mental desde el 04/09/2007 por presentar cuadro ansioso-depresivo con componente obsesivo de carácter reactivo.*

7ª. *Que existe una relación de causalidad directa entre el tratamiento quirúrgico recibido en el Hospital San Carlos y el daño sufrido por el paciente.*

*Que ha tenido un total de 384 días improductivos (10/10/2006 hasta el 19/10/2008) de los que 1 día es hospitalario.*

8ª. *Que efectuada la valoración, según Baremo, es de 13 puntos de perjuicio fisiológico”.*

**SÉPTIMO.-** El 2 de octubre de 2008, el reclamante acompaña un informe del Dr. x. de la Clínica Quirón de Barcelona, que consta en el folio 213 del expediente, acompañando posteriormente nueva documentación para su incorporación al expediente (folios 215 y ss.).

**OCTAVO.-** Solicitado informe a Inspección Médica, es evacuado el 5 de marzo de 2010, obteniendo las siguientes conclusiones:

*“- Paciente que tras accidente de tráfico sufre fractura de tibia y peroné que precisó tratamiento con osteosíntesis con clavo endomedular Tres años después consulta por molestias sobre la zona quirúrgica diagnosticándole exostosis de la tuberosidad tibial anterior. Se le propone cirugía tras la cual han persistido las molestias a la vez que se objetiva nueva reacción cicatricial hipertrófica.*

*- La indicación de la intervención fue correcta y se realizó según el protocolo sin incidencias. Tras la intervención se siguieron las pautas habituales de seguimiento.*

*- La cicatriz hipertrófica o exostosis sobre el tendón rotuliano es secuela de la fractura que sufrió en tibia y peroné en el 2003. El hecho que una segunda intervención no consiguiera su corrección, no es indicativo de mala praxis médica. El consentimiento informado recogía de forma expresa esta posibilidad.*

*- Las lesiones que se diagnostican de forma posterior no son secuelas, ni tienen relación con la intervención objeto de la reclamación”.*

Posteriormente, emite informe complementario, tras la nueva documentación aportada por el reclamante, en el que concluye que dicha documentación no modifica las conclusiones del informe anterior.

**NOVENO.-** Otorgado trámite de audiencia a las partes interesadas, incluido al Hospital San Carlos, centro concertado cuyo Servicio de Traumatología intervino al reclamante, se presentan los siguientes escritos de alegaciones:

a) El reclamante reitera, entre otros aspectos, que después de tantas consultas en los Servicios de Traumatología y Rehabilitación se encuentra con el mismo problema y sin solución. Sostiene que el problema se está tapando, dándole largas para que se canse y abandone. El Servicio de Traumatología le remite de nuevo a Rehabilitación, cuando el problema es la operación que le hicieron. No obstante lo anterior, aporta informes de nuevas asistencias para su incorporación al expediente de responsabilidad patrimonial (folios 301 y ss.).

b) Por parte del centro concertado donde se le intervino (Hospital San Carlos), se presentan alegaciones (folios 308 y ss.) en las que se destaca que la sintomatología que manifiesta el paciente en la actualidad no deriva de la intervención practicada en aquel Hospital, sino que es una complicación inherente y derivada de las cirugías previas (introducción y extracción de clavo) practicadas a consecuencia de la fractura de tibia y peroné que sufrió el paciente en el año 2003. Acompaña un informe del Dr. x, quien considera que la actuación médica fue ajustada a la *lex artis* y que la sintomatología que manifiesta el paciente en la actualidad no deriva de la intervención practicada en el Hospital San Carlos.

**DÉCIMO.-** La propuesta de resolución, de 11 de junio de 2010, desestima la reclamación presentada, por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 24 de junio de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

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

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo de reclamación y procedimiento.**

1. El reclamante, al padecer en su persona los perjuicios que imputa a la actuación administrativa consistente en la atención sanitaria recibida, ostenta la condición de interesado para deducir la presente reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva no suscita duda la correspondiente a la Administración regional, aún cuando la intervención a la que se sometió a la paciente fuera realizada por un centro concertado (Hospital San Carlos), al que fue remitido tras su inclusión en la lista de espera, al que igualmente se le ha otorgado un trámite de audiencia en el procedimiento, dada su condición de parte interesada, personándose en las actuaciones.

A este respecto conviene recordar la doctrina del Consejo Jurídico en relación con los centros sanitarios concertados (Dictamen núm. 136/2003):

*“Esta circunstancia no altera el hecho de que el servicio que se presta es público y la titularidad del mismo la ostenta la Administración, con independencia de que se gestione por un tercero; por ello, sería injusto que el grado de responsabilidad derivado de la prestación de un servicio público dependa de la forma en que se realice el servicio por los poderes públicos, sin olvidar que los centros concertados están sujetos a la inspección y control de la autoridad sanitaria (artículo 67.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad). Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, entre otros, en su Dictamen nº. 85/2002, de 31 de enero, en relación con una reclamación sobre la asistencia sanitaria prestada por un centro concertado: “el hecho de que la asistencia sanitaria discutida se haya prestado en un Hospital concertado con el INSALUD no es obstáculo para el examen de fondo de la reclamación planteada, ni para su eventual estimación, pues, en otro caso, se estaría colocando a los pacientes que son remitidos a los centros, por*

*decisión de la Administración sanitaria, en una peor situación que el resto de los ciudadanos que permanecen en los establecimientos hospitalarios públicos”.*

2. Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que los perjudicados deduzcan su pretensión ante la Administración. En efecto, según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Añadiendo que en caso de daños a las personas, de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Pues bien, en el caso que nos ocupa la reclamación presentada el 30 de abril de 2007 se ha presentado dentro del año previsto para su ejercicio, pues la intervención quirúrgica a la que atribuye sus secuelas fue realizada el 10 de octubre de 2006.

3. El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP, salvo el plazo máximo para resolver, que ha excedido en mucho al previsto en el citado Reglamento, lo que casa mal con los principios de eficacia, agilidad y celeridad que han de inspirar la actuación administrativa.

También conviene precisar que no puede ser objeto del presente expediente de responsabilidad patrimonial la denuncia sobre determinadas comportamientos de ciertos facultativos o la petición de una solución definitiva para las dolencias del paciente, puesto que el presente procedimiento se contrae a determinar si la actuación médica fue correcta dentro de las normas observadas en el ejercicio de la medicina conforme a la *lex artis ad hoc*. Estos otros aspectos relativos a la atención de los ciudadanos para la información o asesoramiento que demanden o los informes sobre las quejas presentadas deben ser canalizados conforme a las previsiones del Decreto 15/2008, de 25 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (artículo 15.3, b) y c).

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios

públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación del sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (por todas, STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**CUARTA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el presente caso.**

El reclamante imputa a la Administración sanitaria que la intervención de exéresis de exostosis en tuberosidad anterior de la tibia derecha que se le realizó en el Hospital San Carlos le ha producido dolores, limitación de movilidad, tumoración sobre tuberosidad anterior de la tibia y tendón rotuliano, así como cicatriz hipertrófica sobre éste. En el informe pericial de parte que acompaña al escrito de 18 de febrero de 2008 se concretan las siguientes secuelas: gonalgia postraumática y trastorno depresivo reactivo (folio 191).

Pues bien, en el presente caso las imputaciones del reclamante sobre la existencia de la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario han sido completamente refutadas por la Inspección Médica, en su cualidad de órgano administrativo, que se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad. También son cuestionadas por el Dr. x. del Servicio de Traumatología del Hospital Reina Sofía, pese a que el reclamante sostenga que el parecer de este facultativo sustenta el nexo causal, sin que tampoco el informe pericial de parte impute una inadecuada *praxis* médica al tratamiento recibido en el centro concertado.

En este sentido, la Inspección Médica, a diferencia del informe pericial de parte, realiza un estudio pormenorizado de lo que se considera callo de fractura, su evolución, de las complicaciones relacionadas con los traumatismos, de las secuelas alegadas por el paciente y de la actuación médica llevada a cabo con el mismo, destacando:

*“Del estudio detallado de los documentos obrantes en el expediente y en relación a las Consideraciones Medicas expuestas, destacamos:*

*- La cicatriz hipertrófica o exostosis sobre el tendón rotuliano que presenta el paciente no tiene su origen en el procedimiento quirúrgico de fecha 10/10/2006 objeto de la reclamación, sino que es secuela de la fractura que sufrió en tibia y peroné en el 2003 y tal como recoge con claridad el Dr. x. en sus informes de fecha 04/04/2007 y 11/07/2007. Como todas las cicatrices su desarrollo depende de la gravedad de la fractura y de las características de la cirugía necesaria (clavo endomedular sobre tendón rotuliano y tuberosidad tibial) como de las características intrínsecas del proceso cicatricial del paciente. La hiperalgia en la zona cicatricial es una consecuencia normal de la propia cicatriz, se produce por la destrucción de tejidos y no por un tratamiento incorrecto.*

- Se le propuso la exéresis de esa cicatriz ósea hipertrófica en un intento de mejorar las molestias. Previamente firmó el consentimiento informado tanto para la intervención (folios 97-98), como para la anestesia (folios 99-100), como para la realización mediante Cirugía Mayor Ambulatoria. El consentimiento contempla específicamente tanto la posibilidad de reaparición de la lesión, como el riesgo de cicatrización patológica. Igualmente se refleja que la intervención se realizará, si no surge impedimento, con anestesia local.

- La cirugía transcurrió sin incidencias. El seguimiento postquirúrgico también fue correcto.

- Tras la cirugía se produce nuevo proceso cicatricial anómalo dando luego lugar a engrasamiento de la tuberosidad tibial y del tendón. Esta reacción cicatricial no está originada por mala técnica quirúrgica, sino por el proceso cicatricial intrínseco del paciente. Igualmente nos parece juicioso no volver a someter la cicatriz a una nueva cirugía.

- A destacar que a pesar de la persistencia de las molestias, todas las exploraciones realizadas con posterioridad al segundo acto quirúrgico reflejan funcionalidad normal. Así el INSS deniega la incapacidad permanente por no encontrar incapacidad funcional, con balance articular adecuado y sin atrofas musculares.

- Posteriormente se le realizan nuevos estudios diagnosticándole otras patologías asociadas, en concreto rotura meniscal y condromalacia, para las que se le ha propuesto tratamiento quirúrgico, no hay constancia que se haya realizado. Estas patologías no son consecuencia en modo alguno de la intervención realizada en la que únicamente se realizó una limpieza de la cicatriz sobre la tuberosidad anterior de la tibia y en modo alguno se actuó sobre el menisco o la rotula, estructuras ambas intraarticulares”.

Contrariamente a lo expresado por el reclamante, el informe de 11 de junio de 2007, del Dr. x. del Servicio de Traumatología del Hospital Reina Sofía, coincide con lo indicado por la Inspección Médica sobre el origen de la secuela:

*“Dicha secuela corresponde a la producción de una cicatrización hipertrófica sobre el abordaje quirúrgico necesario para el tratamiento de su fractura acaecida en el año 2003, que no ha podido paliarse con una nueva intervención sobre el tendón y tuberosidad tibial (...).*

En suma, conforme a la Inspección Médica, no resulta acreditada en el expediente la infracción de la *lex artis* en la indicación de la intervención quirúrgica, siendo la cicatriz hipertrófica sobre el tendón rotuliano secuela de la fractura que sufrió el paciente en el año 2003, sin que el

hecho de que no se consiguiera su corrección en la intervención de 2006 sea indicativo de mala *praxis*, recogiendo el consentimiento informado suscrito esta posibilidad.

Finalmente, lo expresado en el expediente de responsabilidad patrimonial no excluye que se dé cumplida respuesta al paciente sobre otros aspectos de las quejas presentadas en relación con el tratamiento médico de sus molestias y la solución a las mismas, pero que nada tienen que ver con el objeto del presente expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 26-2011**

**Asunto** Reclamación patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 09/02/2011

**Extracto doctrina**

Producido el daño por una instalación cuya ejecución llevaba a cabo la Administración regional (aunque fuera por medio de contratista) y sobre una vía también de su titularidad, respecto de la que le correspondía el ejercicio de las funciones de conservación y mantenimiento, y habiéndose acreditado que la causa del daño fue el choque contra un obstáculo existente sobre la calzada que demostró ser peligroso para la circulación de vehículos, ha de declararse el derecho de la interesada a ser resarcida de los daños sufridos por el anormal funcionamiento de los servicios públicos dependientes de la Administración regional.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de noviembre de 2005, x, por medio de Letrado, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional por los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Según relata, el 19 de noviembre de 2004, cuando su marido conducía el automóvil propiedad de la reclamante por la carretera de titularidad autonómica que discurre de Zeneta a Beniel, impactó contra un registro de alcantarillado cuya tapa sobresalía del mismo. Como consecuencia del golpe el vehículo sufrió desperfectos por valor de 669,90 euros. Imputa tales daños a la omisión, por parte de la Administración regional, de sus deberes de conservación y mantenimiento de las vías de su titularidad.

Propone prueba documental, relativa a la identidad de la reclamante y titularidad del automóvil dañado, y testifical del conductor y del cabo de la Policía Local de Beniel que acudió al lugar de los hechos tras el accidente.

La reclamación se acompaña de fotocopia de los siguientes documentos:

- Copia del DNI de la reclamante.

- Factura de taller mecánico, de fecha 30 de noviembre de 2004, por importe de 669,90 euros.

- Permiso de circulación del vehículo, a nombre de la reclamante.

- Informe de la Policía Local de Beniel, de 16 de diciembre de 2004, dirigido al Alcalde de dicho municipio, relativo a una reclamación por los mismos hechos presentada ante el Ayuntamiento. En dicho informe, que confirma el lugar, fecha y hora del accidente (sobre las 17,45 horas), se señala que *“en el lugar indicado se puede observar un turismo con el carter del motor roto, saliéndose todo el aceite del motor en la calzada. El vehículo circulaba por la Ctra. de Zeneta, con dirección a Beniel, en el mencionado carril de circulación y aprox. a la mitad se puede apreciar un registro de alcantarillado que sobresale del nivel de la calzada unos 6 ó 7 cm; ocasionando esto los desperfectos en el vehículo al pasar o circular por encima del mencionado registro”*. Recoge, además, la declaración del conductor en los siguientes términos: *“que iba circulando por la Ctra. de Zeneta con dirección hacia Beniel, en mitad de su carril había registros de alcantarillado y, al pasar por encima del mencionado registro, escuchó y sintió un fuerte golpe en los bajos del coche, parando y observando el aceite cayendo a la calzada y el carter del vehículo roto”*.

**SEGUNDO.-** Requerida la reclamante para subsanar el defecto de acreditación de la representación del Letrado que presenta la solicitud de indemnización en su nombre, lo hace mediante comparecencia personal el 16 de junio de 2006.

**TERCERO.-** El 17 de octubre de 2006 se requiere a la interesada para que aporte copia compulsada de diversa documentación, como trámite de subsanación y mejora, al amparo de los artículos 71 y 76 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Contesta la reclamante el 17 de noviembre, aportando algunos de los documentos pedidos y excusando la presentación de otros.

**CUARTO.-** El 19 de febrero de 2008, se solicita informe a la Dirección General de Carreteras acerca de diversos extremos relevantes para la resolución del procedimiento. Se emite el 22 de febrero, confirmando que el accidente se produjo el día y en el lugar indicados por la Policía Local de Beniel, en la carretera F-17. En relación con las obras que se acometen en la calzada de las carreteras regionales para la instalación de redes de servicio de alcantarillado y agua potable, señala que, *“una vez terminadas y recepcionadas las mismas por la entidad contratante de las mismas y comprobado por parte de los servicios técnicos de la Dirección*

*General de Carreteras que las obras solicitadas en el dominio público de la carretera han sido ejecutadas correctamente en lo referente a la reposición del firme y pavimento de la misma, la responsabilidad del mantenimiento en perfecto orden de las tapas de los registros construidos corresponde al Ayuntamiento respectivo, en este caso al de Beniel, y subsidiariamente a la empresa que vele por el mantenimiento de las redes municipales*". En consecuencia, niega la existencia de nexo causal entre el siniestro y el funcionamiento de la Dirección General de Carreteras, y afirma la responsabilidad del Ayuntamiento de Beniel o de la empresa concesionaria del servicio público en cuestión.

**QUINTO.-** El 29 de febrero de 2008 se intenta notificar a la reclamante la apertura del trámite de audiencia, consignándose en el aviso de recibo del servicio postal la indicación de "dirección incorrecta".

El 24 de noviembre siguiente, y en la misma dirección, se practica la notificación.

**SEXTO.-** Con fecha 4 de diciembre, la Jefa de Sección de Responsabilidad Patrimonial, realizando funciones instructoras, emplaza para la práctica de prueba testifical al representante legal del taller mecánico donde se reparó el vehículo, al conductor y al cabo de la Policía Local que acudió al lugar del siniestro, comunicando la realización de dicha prueba al representante de la interesada.

**SÉPTIMO.-** El 15 de enero de 2009 se procede a practicar la prueba testifical, compareciendo el conductor, que se ratifica en los hechos expuestos en la solicitud inicial; el representante del taller, que asevera que la reparación se hizo en dicho taller; y el cabo de la Policía Local de Beniel, que se ratifica en el informe realizado en su día para el Ayuntamiento, que adjunta, y que ya obraba en el expediente, añadiendo que había indicios de que el accidente se produjo en ese lugar.

El resultado de la prueba practicada se incorpora al expediente mediante una diligencia sintética de las declaraciones realizadas.

En el mismo acto, el representante de la interesada adjunta la reclamación presentada en su día ante el Ayuntamiento de Beniel por el conductor y marido de la propietaria del vehículo, así como copia de la resolución de la Junta de Gobierno Local, de 29 de diciembre de 2004, desestimatoria de aquélla. En dicha resolución se indica que *"el Sr. Concejal Delegado de Obras recuerda a los asistentes que las obras en cuestión, denominadas "Colector General de Beniel", las está realizando en la carretera comarcal F-17 una empresa contratada al efecto por la Dirección*

*General del Agua de la CARM*'. Tratándose de obras contratadas por la Comunidad Autónoma y en una vía de titularidad regional, considera el Ayuntamiento que no es competente para determinar las posibles responsabilidades. Se indicaba, no obstante, que se procedía a la remisión de la reclamación a la Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente.

**OCTAVO.-** Con fecha 8 de octubre de 2009, se confiere nuevo trámite de audiencia a la interesada, si bien, en la notificación realizada no se adjunta la relación de documentos obrantes en el expediente, por lo que la reclamante solicita que se le remita dicha relación y *"el impulso necesario para que la duración de la tramitación de este expediente, con todos los respetos, de no muy compleja especialidad, no llegue a los cinco años"*.

La relación de documentos solicitada no se envía hasta el 4 de mayo de 2010.

**NOVENO.-** El 15 de octubre de 2009 se recaba informe de la Dirección General del Agua, al amparo del artículo 10.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP), y se solicita copia del pliego de cláusulas administrativas del contrato de obras.

**DÉCIMO.-** El 12 de julio de 2010 se confiere trámite de audiencia al Ayuntamiento de Beniel, que no hace uso del mismo.

**UNDÉCIMO.-** El 7 de septiembre se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que la responsabilidad del mantenimiento de las instalaciones relativas a las redes de servicio público corresponde al Municipio y que, además, las obras habían sido contratadas por la Dirección General del Agua, considerando, en suma, que la responsabilidad del mantenimiento del elemento causante del daño no la tiene la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 15 de septiembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

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

1. La legitimación activa reside, cuando de daños materiales en las cosas se trata, en quien ostenta su propiedad, dado que éste será quien sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. En el supuesto sometido a consulta, la reclamante declara ostentar la propiedad sobre el vehículo dañado, lo que acredita con el permiso de circulación, expedido a su nombre. La condición de perjudicada que ostenta la reclamante es la que genera su legitimación para actuar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), que reconoce el derecho a la indemnización a cualquier persona que hubiese sufrido el daño.

2. La titularidad autonómica sobre la vía, circunstancia que sólo de forma implícita señala el informe de la Dirección General de Carreteras, pero que cabe afirmar de conformidad con el Anexo, en relación con el artículo 3 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia (vigente en la fecha del accidente), confiere legitimación pasiva a la Administración regional, a uno de cuyos servicios se imputa el anormal funcionamiento causante del daño por el que se reclama. Y ello sin perjuicio de la eventual concurrencia de otros agentes en la causa del daño, como más adelante se indica.

3. La reclamación fue interpuesta en el plazo de un año que, para la prescripción del derecho a reclamar, establece el artículo 142.5 LPAC, toda vez que el percance acaeció el 19 de noviembre de 2004 y la reclamación se presentó el 7 de noviembre de 2005.

4. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido en su normativa reguladora. No obstante, han de hacerse las siguientes consideraciones:

a) No es correcta la forma de documentar la práctica de la prueba consistente en el interrogatorio de testigos. Ante la ausencia de normas específicas aplicables a dicho extremo en el ámbito del procedimiento administrativo, procede acudir a las que disciplinan la prueba en la norma procesal común de nuestro ordenamiento jurídico, como es la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que permite otorgar una mayor garantía a las partes y una mayor eficacia a la prueba practicada. En el

supuesto sometido a consulta, el interrogatorio se documenta mediante una simple diligencia de la instructora que sintetiza cada testimonio, sin firma del declarante, y que no refleja datos relevantes, como las preguntas generales (art. 367 LEC) que han de hacerse a cada testigo y que permiten valorar de forma ponderada sus declaraciones, el interrogatorio de preguntas del que fue examinado, si estaba o no presente el representante de la reclamante, etc.

La forma correcta de documentar la prueba es mediante la correspondiente acta (art. 374 LEC), que debe quedar incorporada al expediente.

b) El Ayuntamiento de Beniel recoge, en su resolución desestimatoria de la reclamación inicialmente formulada, que en el lugar y momento del accidente se estaban realizando obras denominadas "Colector General de Beniel" por una empresa contratada por la Dirección General del Agua, dependiente de la Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente. También la propuesta de resolución sometida a consulta alude a la existencia de dichas obras en la calzada para negar la responsabilidad de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, manifestando, no obstante, que *"de este aspecto no tenemos más información porque la Consejería de Agricultura no se ha pronunciado pese a habersele solicitado el informe"*. Considera el Consejo Jurídico que la instructora debió insistir en la averiguación de extremos tan esenciales para la resolución del presente procedimiento y la determinación de los responsables del daño padecido por la reclamante, como los siguientes: a) si a la fecha del siniestro se realizaban las obras y fase en que se encontraban; b) si, como consecuencia de ellas, se pudieron ver afectadas las arquetas, pozos de registro o sus tapas ubicadas en la calzada; c) promotor de las mismas; y d) empresa adjudicataria.

Afirma la instructora que la Consejería de Agricultura no ha se ha pronunciado tras ser requerida a ello, lo cual no impide la realización de otras actuaciones de averiguación que van desde la reiteración de la solicitud de informe hasta la petición a la Dirección General de Carreteras de la autorización administrativa que preceptivamente debió solicitar la Dirección General del Agua para efectuar tales obras en una vía de titularidad regional. Esta autorización y, especialmente, el condicionado técnico a que habían de someterse los trabajos, constituyen elementos de juicio de primer orden para establecer la responsabilidad de cada uno de los agentes que concurrieron a causar el daño, por lo que debieron ser traídos al procedimiento antes de su resolución.

Si de las anteriores actuaciones se hubiera constatado la realidad de tales obras y la identidad del promotor y de la empresa que las ejecutaba materialmente, debería habersele conferido trámite de audiencia a esta última, de conformidad con el artículo 11.1 RRP, que preceptúa la necesaria puesta de manifiesto a los interesados del procedimiento instruido, en orden

a posibilitar la presentación de alegaciones y justificaciones, atendida la posible imputación de responsabilidad, conforme a lo establecido en el artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, aplicable en aquel momento.

c) En numerosos Dictámenes, cuando ha advertido carencias instructoras relevantes para la resolución del procedimiento, este Consejo Jurídico ha optado por requerir a la Consejería consultante para completar la instrucción mediante la realización de diligencias y actuaciones complementarias, antes de pronunciarse sobre el fondo. Sin embargo, en el presente, transcurridos más de cinco años desde la presentación de la reclamación inicial y habiéndose demostrado una actitud instructora muy poco diligente, con continuas paralizaciones del expediente (con diversos períodos de injustificada inactividad de muchos meses de duración) y una reiterada realización de actuaciones en momentos procedimentales inoportunos (dos trámites de audiencia conferidos antes de la práctica de las pruebas testificales propuestas en el escrito de reclamación), estima el Consejo Jurídico que, sin más dilación, procede entrar a conocer sobre el fondo del asunto atendiendo a los elementos de juicio disponibles, considerando que, como puso de manifiesto este Órgano Consultivo en la Memoria del año 1999, ello incide en la distribución de la carga de la prueba, teniendo en cuenta la diligencia probatoria de cada parte, y que la inactividad de la Administración puede provocar la estimación de lo pretendido (en el mismo sentido, el Dictamen 121/2010), porque la Administración, además de emitir los informes explicativos exigidos por el RRP, puede y debe acompañar sus observaciones de elementos probatorios certeros.

### **TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial: concurrencia.**

El artículo 139.1 LPAC señala que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. A los anteriores requisitos hay que añadir la antijuridicidad del daño (artículo 141.1 de la misma Ley), es decir, sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

En su aplicación al supuesto sometido a consulta, ha de estimarse acreditada la realidad del daño material, pues consta factura de reparación por importe coincidente con el reclamado y por unos conceptos que, a pesar de no haberse solicitado el pertinente informe del Parque de Maquinaria, cabe considerar acordes con el mecanismo de producción del siniestro (choque de los

bajos del vehículo con un obstáculo en la calzada) y con los daños en el carter del motor que describe la Policía Local en su informe.

Por tanto, reconocida la realidad del daño, el núcleo de la cuestión que suscita el presente expediente para la determinación de la responsabilidad patrimonial es la existencia o no de nexo causal entre éste y las condiciones de seguridad para el tráfico rodado que presentaba la carretera F-17 en el tramo donde acaecieron los hechos, y si el mismo tiene que ser soportado por la reclamante, de acuerdo con el artículo 141.1 LPAC.

Se imputa a la Administración una responsabilidad patrimonial derivada de una omisión o falta de actividad, que tiene su reflejo en la presencia de un obstáculo en la carretera, con el que el vehículo colisionó de manera sorpresiva y violenta. Dada la fecha y la hora del siniestro, las condiciones de luminosidad cabe presumir que no serían óptimas, desconociendo si en el tramo existía alumbrado público.

Pues bien, el cabo de la Policía Local corrobora en su informe (folio 1 del expediente) que la causa del accidente se debió al mal estado de la calzada y, concretamente, por un registro de alcantarillado que sobresale del nivel de la calzada unos 6 ó 7 cm. Como consecuencia del impacto, se rompe el carter y queda aceite del motor sobre la calzada.

Frente a esta prueba proporcionada por el agente que se personó en el lugar minutos después del siniestro (en su declaración testifical dirá que el motor del coche todavía estaba caliente), la Administración no ha intentado siquiera acreditar que la calzada se encontraba en condiciones idóneas de circulación o que existía una señalización adecuada que habría permitido advertir a los conductores del peligro del tramo por los obstáculos en la calzada, sino que se ha limitado a derivar su responsabilidad hacia otras instancias administrativas como la Dirección General del Agua y el Ayuntamiento.

Tampoco se ha esgrimido por la Administración regional el argumento de la escasa altura del obstáculo respecto a la calzada (6 ó 7 cm.), lo que, en cualquier caso, tampoco permitiría excluir la relación de causalidad, pues la reclamante señala que el impacto se produjo contra la tapa de dicho registro, que sobresalía del mismo. El cabo de la Policía Local de Beniel que acudió tras el siniestro, por su parte, atribuye la causa del accidente al registro de alcantarillado, cabe presumir que debido a la observación del escenario del accidente y a los rastros del mismo sobre el lugar de los hechos, aunque dichas circunstancias no se hayan plasmado de forma suficiente en su informe. Del mismo modo, cuando el agente se somete a interrogatorio como testigo, y a pesar de la relevancia de este testimonio, la forma de documentar esta actuación no permite precisar nuevos

datos, pues la excesiva parquedad de la diligencia que la recoge lo impide al limitarse a señalar que *“efectivamente había indicios de que el accidente se produjo en ese lugar, motor caliente, etc. y se ratifica en el informe que adjunta”*.

Por último, concurre el requisito de la antijuridicidad del daño (artículo 141.1 LPAC), porque el reclamante no está obligado a soportarlo, correspondiendo a la Administración el deber de mantener las carreteras de su titularidad en condiciones que garanticen la seguridad de los vehículos que circulen por las mismas, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 9/1990 y 139 del Reglamento General de Circulación.

#### **CUARTA.- Administración responsable.**

El servicio de alcantarillado y el tratamiento de aguas residuales es una competencia municipal, según el artículo 25.1,l) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local (LBRL), lo que lleva a la instructora a considerar que el elemento con el que colisionó el vehículo forma parte del citado servicio municipal, aunque se ubique en el dominio público viario.

No puede obviarse, sin embargo, que el registro de alcantarillado en cuestión, al parecer, todavía no se había integrado en el servicio municipal, toda vez que aún se estaban realizando las obras de infraestructura que le darían soporte, sin que conste que hubieran sido recepcionadas por la Corporación Local. Ello obliga, entonces, a indagar quién era el promotor de las obras y quién su ejecutor material. A tal efecto, el Ayuntamiento señala que las obras del Colector de Beniel, en que se integra la actuación realizada sobre la carretera, estaban siendo realizadas por una empresa contratada al efecto por la Dirección General del Agua de la Comunidad Autónoma. El silencio de este órgano directivo ante el requerimiento de información formulado por la instrucción y la no realización por parte de ésta de nuevas indagaciones impide contrastar dicho extremo con la documentación obrante en el expediente.

A pesar de esta falta de actividad, puede afirmarse que a la fecha del accidente (19 de noviembre de 2004) se estaban ejecutando las indicadas obras correspondientes al Colector General de Saneamiento de Beniel, que se desarrollaron durante 24 meses y finalizaron en diciembre de 2004. Así se desprende de la documentación obrante en otro expediente (el que dio lugar al Dictamen 57/2006) de este Consejo Jurídico, anejo a una consulta formulada por la Consejería competente en materia de agua, en relación a una reclamación de responsabilidad patrimonial sustanciada ante ella y derivada de un accidente de circulación en la misma carretera y que se imputaba a las mismas obras. En dicho expediente, que no identifica a la empresa ejecutora

de los trabajos, no se discute que la titularidad de las obras era regional, al haber sido contratadas por la Dirección General del Agua.

En consecuencia, producido el daño por una instalación cuya ejecución llevaba a cabo la Administración regional (aunque fuera por medio de contratista) y sobre una vía también de su titularidad, respecto de la que le correspondía el ejercicio de las funciones de conservación y mantenimiento, y habiéndose acreditado que la causa del daño fue el choque contra un obstáculo existente sobre la calzada que demostró ser peligroso para la circulación de vehículos, ha de declararse el derecho de la interesada a ser resarcida de los daños sufridos por el anormal funcionamiento de los servicios públicos dependientes de la Administración regional.

De haberse traído al procedimiento la preceptiva autorización administrativa para la realización de obras en las carreteras de titularidad regional (art. 21 de la Ley 9/1990) que hubo de expedir la Dirección General de Carreteras, en cuyos condicionados técnicos suele establecerse el régimen de conservación y mantenimiento de la vía en el tiempo que duran las obras y las obligaciones que incumben a los intervinientes en ellas, podría haberse determinado con precisión la cuota de responsabilidad correspondiente a cada Departamento de la Administración regional.

No obstante, tal determinación no tiene relevancia *ad extra*, pues a la hora de hacer efectivo el derecho de la interesada a ser indemnizada, la Administración regional opera con personalidad jurídica única (art. 2.1 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia). Y ello sin perjuicio de las ulteriores actuaciones que, *ad intra* y como consecuencia del abono del total de la indemnización por parte de la Consejería consultante, puedan realizarse ante la Dirección General de Aguas, a la que habrá de notificarse la resolución que ponga fin al procedimiento, y entre este último centro directivo y el contratista que materialmente ejecutó las obras.

#### **QUINTA.- Cuantía de la indemnización.**

Declarado el derecho de la reclamante a ser resarcida por los daños sufridos, la cuantía de la indemnización ha de ascender al importe de su reparación, que ha sido debidamente acreditado en el expediente mediante aportación de la factura de un taller mecánico (669,90 euros). Esta cantidad habrá de ser actualizada a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial, conforme a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

#### **SEXTA.- Normativa derogada.**

La propuesta de resolución, al argumentar acerca de la distribución de la carga de la prueba, alude al artículo 1214 del Código Civil, precepto derogado por la LEC, cuyo artículo 217 regula tal extremo y cuya cita sería la más apropiada.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, pues el Consejo Jurídico aprecia que sí concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, singularmente, el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos de titularidad autonómica y el daño sufrido, así como la antijuridicidad de éste, debiendo declararse el derecho de la interesada a ser indemnizada.

**SEGUNDA.**- La cuantía de la indemnización ha de ajustarse a lo establecido en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 27-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la agresión de un alumno.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	09/02/2011

**Extracto doctrina**

Este Consejo Jurídico ha abordado la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial para el resarcimiento de los daños ocasionados al profesorado, entre otros, en los Dictámenes 175/2009 y 257/2010, alcanzando la conclusión de que la responsabilidad patrimonial es una vía de resarcimiento para los empleados públicos, cuando no existe un procedimiento específico de compensación, o incluso, existiendo, su aplicación no repare los daños causados, siempre, claro está, que concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial (Dictámenes 75 y 76 de año 1999).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 7 de julio de 2010, x, en su condición de profesora del Instituto de Educación Secundaria (IES) José Planes de Espinardo, presenta, en impreso normalizado, reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo, en la que expone el siguiente incidente escolar provocado por un alumno de 13 años de edad, perteneciente al programa de recuperación escolar:

*“El alumno entra de forma agresiva en el aula; la profesora le sugiere salir y él se burla; le enseña el culo y recibe tocamientos en los pechos; se produce un forcejeo que acaba con un puñetazo a la profesora, ocasionándole la rotura de las gafas”.*

Por los hechos descritos, la profesora solicita la cantidad de 100 euros, acompañando la siguiente documentación:

1. Certificado del Secretario del IES José Planes de Espinardo, de 20 de febrero de 2010, en el que se expresa:

*“La profesora x. (...) resulta agredida verbal y físicamente el día 1 de febrero de 2010 por el alumno x. en un aula del CEIP Salzillo, desglose de este IES para impartir el programa de*

*recuperación escolar (PRE), en concreto recibe tocamientos en los pechos y un puñetazo por parte del mencionado alumno que le ocasiona la rotura de sus gafas, valoradas en 200 euros.*

*Estos hechos se ponen inmediatamente en conocimiento del Servicio de Inspección de la Consejería de Educación, siguiendo el protocolo para agresiones establecido por la misma. Asimismo, la agredida presenta denuncia ante las autoridades pertinentes”.*

2. Atestado núm. 12.079 instruido por la Policía Nacional, previa denuncia de la reclamante el mismo día de los hechos.

3. Factura de un centro óptico por el valor de lo reclamado.

Consta también otro impreso normalizado de reclamación de fecha anterior (registro de entrada de 17 de junio de 2010), acompañando la misma documentación señalada anteriormente.

**SEGUNDO.-** El informe del Director del IES José Planes, de 7 de julio de 2010, contiene los siguientes datos sobre los hechos ocurridos:

*“Fecha del incidente: 01-02-10. Hora: 11,05. Lugar: CEIP Salzillo. Actividad: Informática.*

*Personas presentes: 4 alumnos y más tarde 2 profesores.*

*Daños sufridos: Rotura del cristal de las gafas.*

*Relato de los hechos: El alumno entra de forma agresiva en el aula, la profesora le sugiere salir y él se burla, le enseña el culo y recibe tocamientos en los pechos; se mantiene un forcejeo que acaba con un puñetazo del alumno a la profesora, ocasionándole la rotura de las gafas”.*

**TERCERO.-** Con fecha 19 de julio de 2010 el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructor del expediente, siendo notificado a la reclamante el mismo día.

**CUARTO.-** El 21 de julio de 2010 se solicita al Director del IES que emita informe sobre cualquier circunstancia que deba conocer el instructor sobre los hechos acaecidos, así como las actuaciones que se hayan llevado a cabo desde la fecha del suceso, y cualquier otra que pudiera ser importante para evaluar la reclamación planteada.

Dicha petición es contestada por escrito de 30 de julio de 2010, en el que expresa que *“Esta dirección tiene poco que añadir a toda la documentación aportada a la Inspección Educativa sobre los hechos acaecidos en el C.E.I.P. Salzillo el día 1 de febrero”*; no obstante, acompaña informes detallados de lo ocurrido no sólo de ese día, sino de toda la semana (del 1 al 5 de febrero), elaborados por los profesores que, directa o indirectamente, presenciaron los hechos, así como el parte de alta de la profesora agredida, que estuvo de baja desde el día siguiente al incidente ocurrido hasta el 9 de julio del mismo año.

Por su relación con la reclamación presentada, se transcribe a continuación el testimonio de la profesora sobre los hechos sucedidos (folio 24):

*“Al momento sube x. (...) con dos de sus alumnos, x, y, me pide permiso para que se puedan quedar en el aula y le digo que sí, siempre que se porten bien, pero que sólo quedan cinco minutos para salir al recreo y no les va a dar tiempo a mucho. Al instante y con el profesor x. (...) en el aula llegan x,y, queriendo armarla. X. quiere quitarle el ordenador a x. porque dice que ese ordenador es suyo. X. (otro profesor) intenta mediar para que no surja el conflicto y el alumno se retira por un instante. X, y, bajan para traer unas persianas y es entonces cuando x. aprovecha para agredirme. Así ocurren los hechos:*

*La profesora x. está frente al ordenador escribiendo. X. se acerca burlándose y intentando apagarle el ordenador, en ese momento le llama la atención un objeto que está encima de la consola y me pregunta que eso para que sirve, pero de forma burlona, le contesto que para limpiarse los oídos y entonces x. se acerca a mí se baja el pantalón y me dice que para metérselo en el culo. Le indico que se retire de mi lado y salga de la clase y es entonces cuando se pone a agredirme y me dice que me va a tocar las tetas, llevando a cabo la acción. En un intento de forcejo le cojo y le saco del aula, yo con los brazos estirados intentando retirar al máximo sus golpes y cuando le suelto aprovecha para darme un puñetazo en la cara y tirarme las gafas al suelo, todo ello entre abucheos de los demás alumnos animando al susodicho a que me golpeará y en mi acto de defensa le doy en la cara.*

*Tras esa situación estresante y buñuelesca intento salir de allí y es entonces cuando mis compañeros aparecen con las persianas, siendo testigos de que el alumno volvía para agredirme de nuevo con el bote de zumo de cristal. Ellos neutralizan su acto y en un ataque de ira rompe de un puñetazo un cristal de la ventana.*

*Salimos del centro para dirigirnos al IES José Planes y contar los hechos acontecidos al equipo directivo”.*

También consta el testimonio de otro profesor que acudió al aula e intervino en la ayuda de la profesora agredida:

*“Como se está viendo que x, y, han venido hoy a destrozar la clase, dividimos el grupo, la profesora x. se queda en informática con x, y, y yo me voy con x, y, a nuestra aula habitual. Reflexiono con ellos sobre su actitud y hablamos de temas diversos: la familia, la cárcel, como se ven ellos en el futuro, piensan que su actitud les puede llevar a la cárcel en un futuro...”*

*Así de una manera tranquila y sosegada pasamos la clase, hasta que a las 10,55 horas que acabando la clase deciden subirse a armarla al aula de informática. Me subo tras ellos y me encuentro en el aula a x. del aula ocupacional con tres de sus alumnos y a x. con x, y. Como las pantallas de ordenador no se ven muy bien a causa del sol, me bajo con x. a por unas persianas que hay en un aula que no se utiliza, les reclamamos a x. y a y. pero “pasan, ellos no son unos curritos”, así que bajamos nosotros dejándoles en el aula.*

*Al subir de nuevo al aula de informática (5 minutos más tarde) nos encontramos a la profesora x. con las gafas rotas y muy nerviosa nos informa haber sido víctima de una agresión por parte de x. En esto, x, y. están muy violentos y quieren pegar en la cabeza a x. con un bote de zumo de cristal el cual consigo quitar de la mano a x. y luego me lo quita a mí y x., lo consigo recuperar y x. muy nervioso empieza a dar patadas por la clase y le pega un puñetazo a una ventana rompiendo el cristal. Los alumnos han hecho corrillo y no paran de acusar a la profesora de agredirlos de forma gratuita, cosa que no he observado en ningún momento. En este clima de caos y violencia me bajo con x, corriendo a la sala de profesores para que no surjan nuevas agresiones y x. (...) se queda cerrando el aula.*

*Los alumnos x, y. salen corriendo a buscar a la madre de x, afirmando que la profesora agredida había pegado a x. Como el conserje no les deja salir del centro y lo tiene cerrado, se escapan abriendo los pestillos de una de las puertas de doble hoja. A los 5 minutos aparece la madre de x. alterada y diciendo que quiere hablar con la profesora que ha pegado a su hijo. Decidimos no hablar con ella e irnos al Instituto José Planes a hablar con el equipo directivo, ya que x. se encuentra muy mal, y pensamos que no es bueno hablar así con la madre de x, así que la citamos en Instituto.*

*En el Instituto, tras contarle x. a los tres jefes de estudio el altercado, llega la madre de nuevo alterada a la sala de Jefatura de Estudios y en pocas palabras justifica las acciones de violencia de su hijo delante de él y pide explicaciones acerca de ¿quién ha pegado a su niño? El*

*jefe de estudios y yo mismo le hacemos ver a la madre que los profesores no vamos por ahí pegando y que lo máximo que ha podido hacer la profesora es intentar defenderse ante un acto de violencia de Jesús. Se le intenta que vea que con esa actitud de protección hacia su hijo delante de los profesores, está reforzando su actitud violenta y que de esta manera las cosas irán de mal en peor.*

(...)

*Al volver al Colegio Salzillo pregunto por x, que ha sido el instigador junto con x. de toda esta mañana de caos y me dice que ha desaparecido. Él es el más cuco y cuando arma el follón se dispersa y se va rápidamente”.*

**QUINTO.-** Con fecha 1 de septiembre de 2010 se concede un trámite de audiencia a la reclamante (notificado el 8 de septiembre), sin que hiciese uso de su derecho durante el plazo otorgado.

**SEXTO.-** La propuesta de resolución, de 27 de septiembre de 2010, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar el carácter antijurídico del daño, que no puede considerarse inherente a las características propias del servicio público educativo que presta la reclamante en un centro escolar, sin que tenga la profesora el deber jurídico de soportarlo.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 5 de octubre de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. La reclamación se ha interpuesto en plazo y por quien goza de legitimación activa para ello, remitiéndonos en este punto a la doctrina del Consejo Jurídico (por todos, Dictámenes 75/1999 y 145/2006), acogiendo la del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sostienen que no es admisible excluir del concepto de “particulares”, a que se refiere el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), a los funcionarios que reclamen indemnización a título de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación, Formación y Empleo competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación, en el que se integra el centro educativo donde se produjo la agresión a la profesora.

2. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten considerar que se ha cumplido el procedimiento previsto en la LPAC, si bien existe una ausencia total de datos sobre las actuaciones posteriores seguidas por la profesora tras la denuncia presentada y por la Administración educativa respecto al menor que agredió a la profesora, en atención a la normativa que posteriormente se citará.

**TERCERA.- La existencia de otras vías específicas de resarcimiento en el presente caso.**

Este Consejo Jurídico ha abordado la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial para el resarcimiento de los daños ocasionados al profesorado, entre otros, en los Dictámenes 175/2009 y 257/2010, alcanzando la conclusión de que la responsabilidad patrimonial es una vía de resarcimiento para los empleados públicos, cuando no existe un procedimiento específico de compensación, o incluso, existiendo, su aplicación no repare los daños causados, siempre, claro está, que concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial (Dictámenes 75 y 76 de año 1999): relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público docente y el daño alegado (artículo 139.1 LPAC) y la antijuridicidad del daño sufrido, es decir, que se trate de daños que el lesionado no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley (artículo 141,1 LPAC).

Del relato de lo sucedido se desprende que la rotura de las gafas de la profesora se produjo como consecuencia de la agresión de un alumno, cuya conducta fue gravemente contraria a las normas de convivencia en un centro escolar, lo que origina la plena aplicación del Decreto

115/2005, de 21 de octubre, que establece las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares. De los informes del profesorado se infiere que el alumno agresor fue expulsado de clase aquella semana (se desconoce el alcance y extensión de las medidas correctoras aplicadas por el centro docente), sin que la propuesta de resolución haga referencia, en ningún caso, a la aplicación de aquella normativa.

En lo que concierne a la reparación de los daños ocasionados por el alumno agresor, el artículo 43 del Decreto 115/2005 citado establece la obligación del causante del daño a la profesora de hacerse cargo de su reparación, correspondiendo, no obstante, a los padres la responsabilidad civil en los términos previstos en las leyes (artículo 1903 del Código Civil).

En el presente caso se desconoce si la Administración educativa ha procedido a actuar conforme a lo indicado en el precepto señalado frente al alumno causante de la agresión, sin que tampoco aparezca documentado en el expediente la imposibilidad de aplicar tal vía de resarcimiento prevista en la normativa regional.

De otra parte, sí consta en el expediente la interposición de una denuncia de la profesora por los hechos ocurridos (Atestado núm. 12.079), en la que se identifica al menor, desconociéndose también si la perjudicada o el Ministerio Fiscal han proseguido en el ejercicio de las acciones penales o civiles frente al alumno responsable.

En suma, cuando se ha previsto en el ordenamiento una vía específica de resarcimiento para perjuicios acaecidos en el seno de una determinada relación jurídica, tal vía resulta de aplicación preferente, y de esta forma se consigue evitar una indeseable duplicidad de vías resarcitorias, conforme a la doctrina del Consejo de Estado (por todos, Dictamen núm. 640/2003).

Sin embargo, en el presente caso no se justifica en la propuesta elevada la falta de resarcimiento de la profesora por tales vías específicas, con carácter previo a la aplicación del título de imputación de la responsabilidad patrimonial.

**CUARTA.- Deber de la Administración de resarcir al perjudicado en el daño no cubierto o insuficientemente cubierto por la vía resarcitoria principal.**

No obstante lo anterior, este Consejo Jurídico también ha sostenido que la compensación a los empleados públicos descansa en el principio de indemnidad, en virtud del cual el desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado

público algún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su propio patrimonio, un daño generado en el seno de la relación específica funcional, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte (por todos, nuestro Dictamen núm. 143/2003). Dicha doctrina refleja el principio general de la indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona o en sus bienes por el desempeño de funciones o tareas reconocidos en la legislación sobre función pública.

En consecuencia, la aplicación de la vía resarcitoria del instituto de la responsabilidad patrimonial ha sido dictaminada favorablemente por el Consejo Jurídico (presupuesto el principio de indemnidad de los empleados públicos y que se trata de daños que no tienen el deber jurídico de soportar), por entender acreditado el nexo causal (“como consecuencia del funcionamiento del servicio público”), al resultar atribuible como inherente a alguno de los factores que la componen, como la actividad docente o la vigilancia o custodia de los alumnos, en aquellos casos en que los daños al profesorado se producen durante el ejercicio de sus actividades docentes, derivadas de acciones de alumnos que se encuentran bajo la vigilancia del centro escolar, siempre y cuando no medie culpa o negligencia del profesor (Dictámenes 188/02, 247/2002 y 86/2004).

Desde esta vertiente, cabe traer a colación la motivación de la propuesta estimatoria elevada, en el sentido de destacar la antijuridicidad del daño, que no puede considerarse, a la vista de los hechos acaecidos, como un riesgo voluntariamente asumido inherente a las funciones propias de la actividad docente, sino derivado de una actuación presuntamente delictiva cometida por un alumno en un centro docente, sin que de los hechos descritos se infiera que la perjudicada cooperase al funcionamiento anormal del servicio, ni menos que su actuación fuese la causa determinante del incidente escolar, por lo que no existe para ella un deber jurídico de soportar el perjuicio sufrido (artículo 141.1 LPAC), conforme a la doctrina expresada, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 1 de febrero de 2003.

En tal sentido, este Consejo Jurídico ya ha dictaminado favorablemente la estimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial ejercitada por una profesora, por el daño derivado también de la agresión de una alumna (Dictamen núm. 188/2002), con el siguiente argumento:

*“Asimismo, la antijuridicidad del daño viene determinada por la inexistencia del deber jurídico de soportarlo por parte de la reclamante, quien en el desempeño de su labor profesional no puede venir obligada a realizar sacrificios patrimoniales. Ello, además, sin olvidar que el artículo 71 del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, establece que la Administración regional protegerá a su personal en el ejercicio de sus funciones. En términos similares se expresa el 63.1 del Texto Articulado de la Ley de*

*Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, cuando dispone que el Estado dispensará a los funcionarios la protección que requiera el ejercicio de sus cargos. La existencia misma de la agresión deja patente la vulneración del derecho de la funcionaria y, en consecuencia, un funcionamiento anormal de la Administración".*

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Debe justificarse en el expediente que la reclamante no ha podido ser resarcida por las vías específicas referidas en la Consideración Tercera.

**SEGUNDA.**- En el caso de que se produjera dicha justificación, se dictamina favorablemente la propuesta de resolución elevada que estima la reclamación, sin perjuicio de la posibilidad de su repetición al alumno causante del daño en los términos previstos en la normativa regional.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 28-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

**Fecha** 09/02/2011

**Extracto doctrina**

Es abundante la doctrina sentada por el Consejo Jurídico que, reiteradamente, ha propugnado la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone la práctica deportiva escolar, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (por todos, Dictámenes 40 y 82/2003, emitidos en supuestos prácticamente idénticos al que es objeto del presente Dictamen).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante oficio de 25 de junio de 2010, el Director del Instituto de Enseñanza Secundaria (IES) Gil de Junterón remitió a la Consejería consultante un escrito de x, de reclamación por daños patrimoniales, que se concretan en la rotura de la pieza dentaria 21 de su hijo, x; daños causados, según dice, cuando el 12 de mayo de 2010 se encontraba jugando al hockey, en la actividad escolar de educación física, y fue golpeado en la boca por un *stick* que salió volando debido a que estaba roto.

**SEGUNDO.-** Consta en el expediente la siguiente documentación:

- Factura de una clínica dental, por importe de 80 euros.
- Fotocopia cotejada del Libro de Familia.
- Informe del accidente escolar firmado por el Director del centro, en el que se relatan los hechos acaecidos del siguiente modo: *“Estando jugando al jockey, el stick ha salido volando encontrándose en su trayectoria a x”*.

**TERCERO.-** El 12 de julio de 2010 el Secretario General de la Consejería resuelve admitir a trámite la reclamación y nombrar instructora, lo que le fue notificado a la reclamante.

**CUARTO.-** Solicitado informe al Centro escolar, fue emitido con fecha 22 de julio de 2010, en el siguiente sentido:

*“Relato pormenorizado de los hechos.*

*El grupo de 3º. E.S.O. donde se encuentra x, el día de los hechos, estaba en la pista del centro escolar IES Gil de Junterón de Beniel, realizando la sesión práctica de la Unidad Didáctica "deportes alternativos" recogida en la Programación de Aula y en la P.G.A., temporalizada en el tercer trimestre del presente curso escolar. En presencia de la profesora de Educación Física, x, que imparte clases en este grupo, y después de haber tomado todas las medidas oportunas para el control de la contingencia educativa, léase, comprobación del estado óptimo del material a usar (adaptado y no lesivo a priori); normas de seguridad adaptadas del reglamento de minihockey incidiendo en la especificación de "no elevar el stick por encima de la rodilla" (juego peligroso) ni en el golpeo ni en su recepción (siempre jugando la bola rasa) así como organización correcta de los alumnos en el espacio suficiente, sucede el siguiente incidente: en la actividad didáctica global de situación real de juego, a uno de los alumnos próximos a x. se le escapa el stick, sin intención alguna (no incurrió en sanción alguna tipificada en el Reglamento de régimen Interno), ni uso incorrecto del dicho material, con el resultado de un impacto en la dentadura del alumno x, con rotura de una pieza dental. Tras atenderle en primera instancia y llevarlo a Urgencias, se sigue el protocolo establecido con la cumplimentación del parte de lesiones y la información correspondiente al alumno de la posible cobertura del seguro escolar.*

*¿Se encontraba algún profesor presente en ese momento? Testimonio del mismo.*

*Se encontraba presente la profesora x. Su testimonio se ha reproducido en la cuestión precedente.*

*- ¿Suponía la actividad un peligro para los alumnos?*

*No existía "peligro" en la actividad realizada, adaptada incluso por reglamento al medio escolar.*

*- ¿Se encontraba la actividad realizada dentro de las actividades programadas por el centro?*

*Sí se encontraba la actividad en la 'Programación General Anual, aprobada en C.C.P., por la inspección, etc.*

*- ¿El Stick lo estaba utilizando el propio alumno accidentado o el golpe lo recibió del stick utilizado por otro alumno?*

*El golpe lo recibió el alumno por el stick que portaba otro alumno.*

*- ¿Se encuentran los sticks en óptimas condiciones para ser utilizados por los alumnos?*

*Todos los sticks utilizados se encuentran en óptimas condiciones, como consta en el inventario del Centro.*

*- ¿El golpe fue intencionado o fortuito?*

*El golpe fue totalmente fortuito e imprevisible.*

*- Otras circunstancias que estime procedentes.*

*Otra circunstancia a destacar por último es el seguimiento del protocolo establecido por parte de la profesora”.*

**QUINTO.-** Otorgado a la reclamante el preceptivo trámite de audiencia, al objeto de que pudiera examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes, no consta que haya hecho uso de este derecho.

**SEXTO.-** El 11 de octubre de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por no estimar acreditada la necesaria relación de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento de los servicios públicos regionales.

**SÉPTIMO.-** El 19 de octubre de 2010 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Consejero de Educación, Formación y Empleo solicitando la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

La propuesta de resolución, que culmina las actuaciones practicadas, trata de finalizar un procedimiento iniciado para resarcir los daños que se dicen causados por el funcionamiento de los servicios públicos regionales. Por ello, el Dictamen se emite con carácter preceptivo, al así ordenarlo el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Tramitación.**

I. A la vista de las actuaciones que constan en el expediente remitido, puede afirmarse que se ha cumplido sustancialmente lo exigido por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y normativa de desarrollo para la tramitación de esta clase de reclamaciones.

II. La legitimación activa corresponde, a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil, a las personas que ostenten y acrediten la representación legal del menor, circunstancia que, respecto de la reclamante, se constata con la fotocopia compulsada del Libro de Familia.

III. La pretensión indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de un año al que se refiere el artículo 142.5 LPAC.

IV. La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional y el órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse la conformidad de este Órgano Consultivo con la propuesta de resolución que las concluye, al no advertir que concurren en el accidente sufrido por el alumno todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada a causa del mismo.

En efecto, según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, aquéllos tienen el derecho a que la Administración les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que

nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Asimismo el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que *“durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”*. En el supuesto examinado puede afirmarse que ese grado de diligencia no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas, y que el evento se produjo en el desarrollo de la clase de Educación Física, como consecuencia de la realización de una actividad programada de hockey, y hay que tener en cuenta que los daños físicos constituyen un riesgo inherente a la práctica deportiva que ha de ser soportado por quien lo sufre, máxime cuando, por un lado, no se ha constatado que la concreta actividad se apartase de las reglas ordinarias de su práctica ni que haya mediado agresión por parte del compañero implicado en el incidente y, por otro, aunque la reclamante alega que el stick estaba roto no despliega actividad probatoria alguna para acreditar tal afirmación, a pesar de que a ella le corresponde la carga de la prueba a tenor de lo que, al respecto, se recoge en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por el contrario, del exhaustivo informe del Director del IES se desprende que tanto el stick que golpeó a x. como el resto de los usados en el centro, se encontraban *“en óptimas condiciones”*, circunstancia que consta recogida en el correspondiente inventario. Finalmente, no cabe imaginar de qué forma la profesora de Educación Física pudiera haber evitado el accidente, por lo que no existe la conexión con el servicio público educativo que es necesaria para estimar la pretensión indemnizatoria formulada.

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que *“deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”*, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996). En este mismo sentido se ha manifestado dicho Órgano Consultivo en supuestos similares al que nos ocupa (golpes de stick durante el desarrollo

de la clase de Educación Física), estimando la no concurrencia de responsabilidad de la Administración educativa (entre otros, Dictámenes 1.960/2000, 1.428/2003 y 2.032/2004).

También es abundante la doctrina sentada por el Consejo Jurídico que, reiteradamente, ha propugnado la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone la práctica deportiva escolar, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (por todos, Dictámenes 40 y 82/2003, emitidos en supuestos prácticamente idénticos al que es objeto del presente Dictamen).

En definitiva, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, a partir del relato del Director se pone de manifiesto que el golpe que recibe el menor se produce sin intencionalidad alguna, en un lance desafortunado del juego, lo que, como ya se adelantaba antes, no permite apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por el menor y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 29-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x. y otro, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 09/02/2011

**Extracto doctrina**

En supuestos en los que fracasa la atención sanitaria dirigida a evitar la concepción y consiguiente nacimiento de hijos, cabe calificar el alumbramiento de aquéllos como un daño, que debe ser adecuadamente entendido como la frustración de una expectativa del resultado esperado del tratamiento anticonceptivo a que se somete la Sra. Muñoz. Tal daño ha de ser encuadrado en la categoría del daño moral.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 24 de agosto de 2009, x, y. presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, en solicitud de una indemnización, cuya cuantía no precisan, por los daños que dicen haber sufrido como consecuencia del anormal funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

Según los reclamantes, el 28 de abril de 2009, x. acudió al Centro de Salud de Cabezo de Torres para que le recetaran un anticonceptivo. Comenzó a tomar el anticonceptivo que le prescribió el facultativo que le atendió (Duofemme) en la creencia de que podía mantener relaciones sexuales con su pareja sin riesgo de concebir un hijo. El 22 de julio volvió a acudir al centro de salud porque no se encontraba bien. Su médico le cambió el supuesto anticonceptivo, recetándole otro distinto (Diane).

Como intuía que algo no iba bien no llegó a adquirir el fármaco, acudiendo el día siguiente a una clínica privada donde la informaron que estaba embarazada y que el medicamento recetado inicialmente, Duofemme, no es un anticonceptivo sino un medicamento indicado únicamente para los problemas de la menopausia y osteoporosis.

Consideran evidente que el facultativo del centro de salud confundió un fármaco para la menopausia con un anticonceptivo. Ello ha provocado la imposición de una paternidad no deseada a una pareja joven, no consolidada y sin autonomía económica, que se encuentra todavía en fase

de formación profesional y que no va a poder acceder a un trabajo cualificado como tenían planificado.

Se propone como medio de prueba la historia clínica de la paciente en el Centro de Salud del Cabezo de Torres y la documental que adjunta con el escrito de reclamación, relativa a la identidad de los reclamantes y documentación clínica acreditativa del embarazo.

**SEGUNDO.-** Por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 22 de septiembre de 2009 se admite a trámite la reclamación y se encarga su instrucción al Servicio Jurídico del referido Ente Público, que procede a comunicar la reclamación a la aseguradora de éste, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la Dirección de los Servicios Jurídicos. Del mismo modo, recaba de la Gerencia de Atención Primaria de Murcia copia de la historia clínica de la paciente e informe del facultativo que la atendió.

El referido informe se expresa en los siguientes términos:

*“Paciente adscrita a mi cupo hasta el mes de julio de 2009 en cuya historia clínica consta que le prescribí DUOFEMME el 28-4-2009 por error como anticonceptivo (en lugar de DIANE 35) ya que la intención era utilizar una asociación de estrógenos con antiandrógeno para regular mejor la menstruación”.*

**TERCERO.-** El 19 de abril de 2010, los reclamantes aportan informe médico que acredita haberse producido el alumbramiento de una niña el 17 de marzo anterior. Valoran el daño sufrido en 150.001 euros para cada progenitor.

**CUARTO.-** Solicitado informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Sanitarias (Inspección Médica), se recibe el 4 de junio de 2010 y en él se recoge como conclusión que:

“1. x, de 25 años, acude a su médico de cabecera el 28/04/09 para que le prescribiera un anticonceptivo oral. El Facultativo le receta por error un medicamento cuya indicación terapéutica es como Terapia Hormonal Sustitutiva (THS) y como prevención de osteoporosis; no está indicado como anticonceptivo.

2. Tomando anticonceptivos orales la tasa de promedio de fallos está en 2 de cada 100. La cuestión es que no se le prescribió, con el resultado de un embarazo no deseado que ha finalizado con el alumbramiento de una niña sana”.

**QUINTO.-** Conferido trámite de audiencia a los reclamantes y a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud, a efectos de que formularan alegaciones y presentaran los documentos que estimaran convenientes, la mercantil informa a la Administración que el supuesto a que se refiere la reclamación se encuentra excluido de cobertura al tratarse de un daño estrictamente moral que no va acompañado de daño corporal o perjuicio económico alguno.

Por su parte, los reclamantes no realizan alegación alguna.

**SEXTO.-** Con fecha 21 de septiembre de 2010, el órgano instructor formula propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación, al considerar que concurren los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, declarando el derecho de los interesados a ser indemnizados en la cantidad de 3.000 euros.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 29 de octubre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. Los reclamantes ostentan la condición de interesados para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

Respecto de la x. el hecho de su maternidad queda acreditada por la documentación sanitaria obrante en el expediente, singularmente el informe de parto (folio 42). El x, por su parte, ha reconocido su paternidad respecto de la recién nacida en el documento acreditativo de su afiliación a la Seguridad Social (folio 57 del expediente), en el que aquella, que porta el apellido del reclamante, consta como su hija, lo que de conformidad con los artículos 113 y 120 del Código Civil, permite tener por acreditada la filiación.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Sanidad y Consumo competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del Servicio Murciano de Salud de ella dependiente.

2. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

3. La reclamación interpuesta el 24 de agosto de 2009, lo ha sido en el plazo de un año desde la manifestación del efecto lesivo (artículo 142.5 LPAC) generado por el hecho al que se anuda el daño, identificado por los reclamantes como la concepción de su hija, que tuvo lugar en junio de 2009, y antes incluso del alumbramiento de la niña el 17 de marzo de 2010, fecha que la jurisprudencia señala de ordinario como *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de indemnización.

### **TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial. El daño.**

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Esta regulación constitucional resulta completada por los artículos 139.2 y 141 LPAC, para configurar así un régimen objetivo de responsabilidad patrimonial, de modo que cualquier consecuencia dañosa en los bienes y derechos de los particulares derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos debe ser indemnizada, siempre y cuando se den los siguientes requisitos:

a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.

c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La determinación del primero de estos elementos, el daño, en el supuesto planteado reviste características singulares. Nos encontramos ante una acción de las denominadas en la terminología anglosajona como “wrongful conception” o de anticoncepción fallida. Se trata, por tanto, de supuestos en los que fracasa la atención sanitaria dirigida a evitar la concepción y consiguiente nacimiento de hijos. Sólo desde esta perspectiva cabe calificar el alumbramiento de aquéllos como un daño, que debe ser adecuadamente entendido como la frustración de una expectativa del resultado esperado del tratamiento anticonceptivo a que se somete la x. Tal daño ha de ser encuadrado en la categoría del daño moral, siendo útil acudir a la doctrina jurisprudencial para determinar su alcance y extensión. A tal efecto, la STS, Sala 3ª, de 3 de octubre de 2000, efectúa un completo análisis de los perjuicios que pueden derivarse de un tratamiento anticonceptivo (vasectomía) ineficaz, indicando que:

a) No puede entenderse como daño moral una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando ha tenido una repercusión psicofísica grave.

b) Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.

c) Sí puede existir daño moral si, concurriendo los elementos necesarios, se hubiese lesionado el poder de autodeterminación de la persona, lo que a su vez podría constituir una lesión de su dignidad, entendida ésta como *“valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”* (Tribunal Constitucional, sentencia 53/1985). En este sentido, el embarazo supone haberse sometido a una delicada intervención (vasectomía) que se ha demostrado inútil, al tiempo que frustra la decisión sobre la propia paternidad y, con ello, restringe la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1, Constitución Española). En el supuesto sometido a consulta el tratamiento anticonceptivo oral no es invasivo como la vasectomía, pero no está exento de ciertos riesgos y, al igual que aquélla, su fracaso incide negativamente en la libertad de decidir el momento vital y con qué pareja procrear.

d) Como daño emergente pueden calificarse los gastos derivados de la comprobación de la paternidad, lo que no es aplicable al supuesto objeto de Dictamen, pues el x. ha reconocido a la niña como su hija, sin alegar la realización de pruebas de paternidad.

e) Como lucro cesante cabe admitir los perjuicios derivados de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación de recursos para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo, en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica y familiar de los padres. No obstante, la apreciación de este daño exige una prueba de las referidas circunstancias económicas y sociales que acredite su carácter precario.

Por su parte, la STS de 23 de febrero de 2005 destaca asimismo que el daño relativo al sustento de un hijo no deseado es *“difícilmente cuantificable en el aspecto económico, ya que los perjuicios o costos derivados del nacimiento del niño serán distintos según la situación familiar, el status patrimonial y laboral de cada familia e inversamente proporcional a su capacidad económica”*.

Desde esta perspectiva y aplicados los criterios expuestos al supuesto planteado, cabría reducir sensiblemente la valoración del daño efectuada por los reclamantes, cuestión ésta que, por razones sistemáticas, se abordará en la última Consideración de este Dictamen. No obstante, cabría considerar que los interesados han sufrido un daño moral, aunque limitado al que deriva de la privación de la capacidad de decidir acerca de la propia paternidad, así como de haberse sometido a un tratamiento farmacológico ineficaz, en los términos expresados. No han acreditado, sin embargo, la ajustada situación económica a que aluden en su escrito inicial, ni que destinar recursos al embarazo, al parto o a la manutención de su nuevo hijo les obligue a desatender obligaciones laborales o formativas, ni fines ineludibles o muy relevantes. Por consiguiente, los desembolsos económicos derivados del embarazo y posterior nacimiento serían incardinables dentro de la obligación de alimentos que incumbe a cada padre respecto de sus hijos.

#### **CUARTA.- Nexo causal y antijuridicidad.**

Para los reclamantes la causa del embarazo se encuentra en el error del médico de Atención Primaria que, ante el deseo de la x. de someterse a tratamiento anticonceptivo oral, prescribe un medicamento que carece de tal efecto, haciendo creer a la paciente que podía mantener relaciones sexuales sin riesgo de quedar embarazada.

El expediente es meridianamente claro acerca del error cometido por el facultativo, que él mismo reconoce en su informe cuando afirma que *“le prescribí Duofemme el 28-4-2009 por error como anticonceptivo (en lugar de Diane 35) ya que la intención era utilizar una asociación de estrógenos con antiandrógeno para regular mejor la menstruación”*.

El medicamento prescrito no es un anticonceptivo, sino que está indicado en terapia hormonal sustitutiva para síntomas de deficiencia estrogénica en mujeres postmenopáusicas y prevención de osteoporosis. Así consta en la ficha del producto de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y así lo confirma el informe de la Inspección Médica.

El reconocimiento del error por parte del facultativo y la confirmación de que el medicamento prescrito no estaba indicado para el tratamiento querido por la interesada, unido al lógico convencimiento de ésta de estar siguiendo un tratamiento anticonceptivo eficaz que no le exigía la adopción de mayores precauciones o el uso de otro método para evitar la concepción, se sitúan en la causa del indeseado embarazo por el que se reclama. Comoquiera que dicho convencimiento viene inducido por la actuación del propio médico del SMS, que pauta un tratamiento ineficaz para el deseo anticonceptivo manifestado por la paciente, ni ésta ni su pareja vienen jurídicamente obligados a soportar el daño alegado, que, en consecuencia, ha de reputarse antijurídico.

#### **QUINTA.- Cuantía de la indemnización.**

Como ya quedó apuntado en la Consideración Tercera, el único perjuicio resarcible en la reclamación planteada sería el consistente en un daño moral, limitado al que deriva de la privación de la capacidad de decidir acerca de la propia paternidad o maternidad, así como de haberse sometido a un tratamiento ineficaz, sin que quepa incluir en dicho concepto de perjuicio moral el nacimiento de un hijo.

No obstante, resulta del todo desmesurado valorar el daño moral sufrido en 300.000 euros (150.000 por cada progenitor), no aportando los reclamantes un mínimo criterio o argumento para establecer dicha cifra y no cualquier otra. Si bien es cierto que la propia naturaleza del daño moral lo sitúa en el ámbito subjetivo del interesado, de forma que sólo él será capaz de apreciar en qué medida le afecta, ello no puede amparar pretensiones indemnizatorias absolutamente desproporcionadas. Obsérvese, meramente a efectos ilustrativos, que se está reclamando una cantidad tres veces superior a la que, de conformidad con el baremo establecido por la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, correspondería para el caso de muerte del niño, 96.101,05 euros, incluidos daños morales.

El problema radica en que el artículo 141 LPAC no ofrece criterio alguno aplicable para la valoración del daño moral, obligando a quien haya de fijar la cuantía de la indemnización a efectuar un juicio de equidad en el que, con valoración de las circunstancias concurrentes, establezca una cantidad que se considere adecuada para el resarcimiento del perjuicio sufrido. A

tal efecto, el Consejo Jurídico es consciente de la dificultad de aplicar el baremo contemplado por la Ley 30/1995, usado de ordinario como referente valorativo del daño personal, a supuestos en los que el perjuicio no se produce como consecuencia de la pérdida de un hijo -daño típico expresamente contemplado en el baremo-, sino por su indeseado nacimiento; pero lo cierto es que la valoración de los daños que de forma apriorística y general contiene la citada Ley constituye el único referente mínimamente objetivo que ofrece el ordenamiento jurídico para la valoración de los daños físicos, de la propia vida humana y de las consecuencias morales que de la producción de aquéllos y de las alteraciones en el normal devenir de ésta se deriven. Por ello, este Consejo Jurídico, en Dictamen 114/2003, que tenía por objeto una reclamación por nacimiento de un hijo como consecuencia de una vasectomía inoperante, efectuó una valoración de tal daño por referencia al baremo, aplicando un porcentaje (el 25% en aquel supuesto) al total de indemnización que allí se señalaba para el fallecimiento de un hijo.

Sin embargo, esta solución, aunque avalada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en su sentencia 489/2008, de 23 de mayo, no deja de tener un fuerte componente prudencial, en la medida que el porcentaje ha de fijarse, no conforme a criterios normativamente tasados de los que lógicamente carece el baremo de referencia, sino acudiendo a un razonamiento de equidad.

En cualquier caso, este método de cálculo de la indemnización no es seguido por la generalidad de la jurisprudencia, que de forma unánime manifiesta la necesidad de acudir a un juicio estrictamente prudencial que, en equidad, fije directamente una cantidad que resarza el daño moral sufrido. Así, recuerda la STSJ País Vasco 242/2009, de 25 de marzo, que, careciendo de la referencia del baremo, la indemnización habrá de fijarse recurriendo al prudente arbitrio y aplicando para ello los criterios jurisprudenciales relativos al daño moral. La STS, Sala 3ª, de 19 febrero 2008, con cita de la de la Sala 1ª, de 27 de julio de 2006, advierte del carácter *“borroso, relativo e impreciso”* del daño moral, de forma que *“en cuanto no haya sido objeto de un sistema de tasación legal y dado que no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial”*.

Las resoluciones judiciales recaídas en asuntos relativos a la indemnización de este peculiar daño moral derivado del nacimiento indeseado de hijos, especialmente las de los Tribunales Superiores de Justicia, al margen del elevado casuismo propio de tales pronunciamientos, reconocen su carácter indemnizable, identificando el perjuicio con la frustración del derecho a la autodeterminación acerca de la propia paternidad o maternidad, y ello aun cuando se presente como el único realmente producido y acreditado, es decir, sin la concurrencia de efectos lesivos añadidos como dificultades económicas de los padres, riesgos de salud, traumas psicológicos, etc.

En lo que los Tribunales ya no son uniformes es en la valoración de dicho daño, pues existe una amplia horquilla que, despreciando casos aislados extremos, abarca desde los 6.000 hasta los 80.000 euros, identificándose las cifras más bajas, por regla general, con concepciones que no han llegado a término y que han finalizado en aborto (así, 6.000 euros en las SSTSJ Madrid 583/2005, de 27 de junio, y Asturias 238/2008, de 22 de febrero), aunque también hay resoluciones como la STSJ Baleares 812/2002, de 1 de octubre, que fija dicha cantidad (6.000 euros) como indemnización para el daño moral en cuestión, en un supuesto en el que se produjo el alumbramiento.

Sobre este mínimo, las cantidades varían de forma importante en función de los factores concurrentes en el caso, como la aparición de trastornos psicológicos (la STSJ País Vasco, de 4 de marzo de 1998, en un supuesto de aborto terapéutico y trauma psicológico de él derivado concede una indemnización de 18.000 euros); riesgos físicos para la madre (SSTSJ Castilla y León de 19 de septiembre de 2000 (33.055 euros) y 963/2008, de 14 de mayo (21.000 euros); situación económica y número de miembros de la familia (STSJ Andalucía-Sevilla, de 2 de noviembre de 2008 (36.000 euros); Madrid 346/08, de 14 de marzo (60.000 euros); Baleares 812/02, de 1 de octubre (75.800 euros); Castilla y León 1191/2006, de 13 de junio (72.000 euros).

Existen también pronunciamientos judiciales que, por el importe concedido, se separan de forma significativa de las cantidades manejadas de ordinario por los Tribunales para la indemnización de este tipo de daño moral. Así, la STSJ Valencia, de 17 de enero de 2005, condena al Servicio Público de Salud a abonar al demandante la cantidad de 150.253,62 euros, en atención a las necesidades familiares presumibles y los medios económicos disponibles para ello, criterios ambos de cuantificación que son avalados por la STS, Sala 3ª, de 26 de abril de 2006. Este mismo Tribunal Superior de Justicia, en sentencia de 22 de diciembre de 2003, valora en 40.000 euros la indemnización que corresponde a la frustración del derecho a la autodeterminación sobre la propia paternidad, sin la concurrencia de factores lesivos añadidos.

El Tribunal Supremo, por su parte, en sentencia de su Sala 3ª de 9 de mayo de 2005, concede una indemnización de 60.000 euros en el caso de una paciente cuya esterilización había sido indicada con fines terapéuticos, para evitar los riesgos que un nuevo embarazo podría ocasionar. Considera el Alto Tribunal que se le genera *“un daño moral de especial relevancia en sus condiciones en cuanto era sabedora de que de su estado podían derivarse daños para su visión, circunstancia de incertidumbre y temor que por sí sola configura dicho daño moral, con independencia de que luego se consumaran o no concretos daños para su visión”*.

Del escenario jurisprudencial expuesto y haciendo abstracción de la inevitable orientación al caso concreto de cada pronunciamiento judicial, puede advertirse que, cuando el daño a indemnizar se limita de forma estricta a la frustración del derecho a la autodeterminación sobre la propia maternidad o paternidad y el embarazo llega a término, las cantidades concedidas en concepto de indemnización se mueven en el entorno de los 10.000 ó 12.000 euros (9.000 euros, la STSJ Extremadura de 15 de mayo de 2008; 10.000 euros, la STSJ Madrid 443/2006, de 30 de marzo; y 12.000 euros, la STSJ Madrid 1346/2008, de 15 de julio).

En el supuesto sometido a consulta, por su parte, si bien se alega por los interesados (de 25 y 28 años de edad) una situación económica precaria y estar todavía en período de formación, ningún esfuerzo probatorio se ha hecho para acreditar tales extremos que, en consecuencia, no pueden darse por ciertos. Tampoco consta en el expediente que hubiera complicaciones en la gestación o riesgos extraordinarios para la salud de la madre y, además, la niña nació sana con parto eutócico y embarazo a término. Del mismo modo, no se acredita que los padres hayan de efectuar un esfuerzo económico desmesurado para poder atender a la niña, como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación de recursos en principio no previstos para dicha finalidad.

Por otra parte, el haberse sometido la reclamante a un tratamiento hormonal que se ha demostrado ineficaz como anticonceptivo, no ha tenido consecuencias desfavorables sobre su salud o la de su hija, sin que se hayan llegado a materializar los riesgos que se anudan a cualquier tratamiento farmacológico. El someterse a dicho tratamiento, además, no respondía a una razón terapéutica ni a prescripción facultativa, sino a una decisión de la paciente basada en motivos de planificación familiar.

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que el único daño a indemnizar ha de ser el correspondiente a la frustración de la capacidad de autodeterminación acerca de la propia maternidad y paternidad, en los términos expresados en la Consideración Tercera de este Dictamen, lo que de forma prudencial se valora en 12.000 euros para la pareja de progenitores. Esta cantidad, que se establece con referencia al día en que se entiende producido el daño, habrá de actualizarse a la fecha de la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo iniciado con la reclamación, para lo que habrá de atenderse a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que declara el derecho de los reclamantes a ser indemnizados por el anormal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, pues concurren en el supuesto los elementos a los que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

**SEGUNDA.**- En cuanto al extremo relativo al quantum indemnizatorio, habría de tenerse en cuenta lo expuesto en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 30-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de - -, como consecuencia de los daños sufridos por el sacrificio obligatorio de ganado caprino durante los años 2008 y 2009.

**Consultante** Consejero de Agricultura y Agua (2004)

**Fecha** 14/02/2011

**Extracto doctrina**

De la prueba de diagnóstico de la enfermedad prevista por la norma reguladora del programa de que se trate, pues se trata de un juicio técnico de la exclusiva responsabilidad de estos facultativos a responsabilidad de la Administración ganadera no es la misma cuando los servicios veterinarios públicos actúan directamente sobre las explotaciones ganaderas que cuando su función es controlar y vigilar la ejecución por parte de las ADS del correspondiente programa sanitario en las explotaciones de sus asociados; así, la responsabilidad administrativa no puede alcanzar a aspectos de la ejecución de tales programas por parte de los veterinarios de cada ADS como el de la corrección o no de su interpretación, respecto de unos determinados animales de una explotación.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 30/12/2009, x, en representación de “-”, presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Consejería de Agricultura y Agua de esta Administración regional. En síntesis, alega que es titular de una explotación de ganado caprino inscrita en el registro regional de explotaciones ganaderas e integrada en la Agrupación de Defensa Sanitaria Ganadera (ADS) COAG-IR MURCIA, estando sujeta al programa obligatorio de erradicación de la tuberculosis caprina regulado en la Orden de dicha Consejería de 30 de marzo de 1995, conforme a la cual corresponde a la Administración regional la realización de oficio de los diagnósticos de control de dicha enfermedad, mediante la prueba de intradermorreacción de tuberculina comparativa. Alega que durante los años 2005 a 2007 los servicios veterinarios oficiales realizaron tres análisis al ganado de su explotación (el 14/7/05, 30/10/06 y 25/7/07), siendo todos ellos negativos a la referida enfermedad, no obstante lo cual dicho administrador entendió “ya en el año 2007” (apartado tercero de su escrito) que el ganado no se encontraba en las condiciones que indicaban dichos análisis, por lo que remitió tres de dichos animales a la Facultad de Veterinaria de la Universidad de Murcia para que, previo sacrificio, realizaran la correspondiente necropsia, cuyo informe de 10 de diciembre de 2007, nº de referencia 314.07, diagnosticó tuberculosis en uno de ellos, lo que dio lugar a que dicha Facultad cursara notificación oficial del hecho a la Administración

regional, que realizó una nueva revisión del ganado que confirmó el contagio, lo que ha motivado hasta el presente los obligatorios sacrificios de 450 animales en una explotación de 1709 ejemplares cuando comenzaron aquéllos, sin la posibilidad actualmente de vender animales ni disponer de la producción de leche. Considera el reclamante que, según el informe de necropsia citado y el informe pericial que aporta, la enfermedad tenía al menos dos años de antigüedad, por lo que los servicios veterinarios oficiales fueron incapaces de detectarla desde 2005 a 2007, resultando que la detección precoz es fundamental para evitar su rápida propagación en una explotación intensiva como la del caso, lo que motivó un número muy elevado de sacrificios, con los correspondientes perjuicios.

Por todo ello, considera que los servicios veterinarios oficiales, al no detectar en su momento la enfermedad, actuaron negligentemente, lo que determina su responsabilidad, a cuyo efecto cifra los daños producidos en 1.914.957,40 €, que desglosa en los conceptos de pérdida por producción de leche y de carne, y el coste en determinadas inversiones realizadas en 2007 en la explotación (que afirma que no hubiese hecho de conocer la enfermedad).

A su escrito adjunta diversa documentación sobre la explotación, análisis oficiales realizados y sacrificios de animales, así como los informes técnicos antes reseñados, dos escritos de la Asociación Española de Criadores de la Cabra Murciano-Granadina (ACRIMUR), sobre el valor de mercado de la especie, y diversas facturas sobre inversiones realizadas en la explotación.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y solicitado informe al Servicio de Sanidad Animal de la Dirección General de Ganadería y Pesca, fue emitido el 2 de febrero de 2010.

En síntesis, el mismo se refiere esencialmente a los dos informes presentados por el reclamante como fundamento de su imputación de negligencia a los servicios veterinarios oficiales. Por lo que se refiere al informe de necropsia de 10 de diciembre de 2007, señala que éste no identifica al animal examinado mediante su preceptivo número de crotal, ni tampoco al titular de la explotación y, en todo caso, no hace mención alguna a la antigüedad de la enfermedad. Respecto del informe pericial, señala que el informante basa sus apreciaciones en las meras manifestaciones del reclamante de que en 2005 apreció determinados síntomas en el ganado y que los servicios veterinarios oficiales consideraron que eran falsos positivos de la enfermedad, manifestaciones a partir de las cuales el perito concluye que desde aquella fecha existían signos clínicos de la enfermedad que hubieran justificado el diagnóstico favorable de la misma; sin embargo, frente a las manifestaciones del reclamante y el consiguiente juicio del perito, el indicado Servicio expresa que en la documentación sobre los análisis realizados entre los años 2005 a 2007 por la veterinaria de la Agrupación de Defensa Sanitaria (ADS) a la que pertenece la sociedad reclamante, encargada

del control de la explotación, no existe indicación de que el titular de ésta le pusiese de manifiesto ninguna sospecha sobre enfermedad del ganado (siendo obligatoria para aquél la comunicación de tales sospechas, ex art. 7, m) de la Ley 8/03, de 24 de abril, de Sanidad Animal -LSA), ni su desacuerdo con los análisis realizados, ni se consigna nada sobre los alegados falsos positivos, añadiéndose a todo ello que los criterios técnicos aplicables en esta Comunidad sobre la interpretación de las pruebas diagnósticas aplicables (la intradermorreacción tuberculina comparativa) son más exigentes que los indicados por dicho perito, según el protocolo aprobado por dicha Dirección General por Resolución de 2 de marzo de 2005, sin que hubieran constado reacciones positivas a las pruebas diagnósticas realizadas en la explotación de referencia sino hasta 10 de abril de 2008, tras el análisis realizado el 7 anterior, a partir del cual se procede conforme con lo establecido para los casos de aparición de esta enfermedad. Asimismo, señala dicho informe que todos los animales sacrificados por tal motivo han sido indemnizados al titular conforme con lo establecido en la Orden de la Consejería de 3 de abril de 1995.

Se adjunta a dicho informe la documentación oficial relativa a los análisis efectuados en la explotación desde 1998 a 2010 e informe-certificado de la veterinaria encargada del control de la explotación, fechado el 29 de enero de 2010, en el que relaciona los análisis realizados desde 1999 a 25 de julio de 2007, informando que de ellos resultaron *“todos los animales en todas estas fechas negativos a las pruebas. Y en ningún momento el titular de la explotación me comentó su duda sobre estos resultados, ni que sospechara la existencia de tuberculosis en la explotación. Es a partir de la prueba realizada el 7 de abril de 2008 cuando aparecen los primeros animales que reaccionan positivos a la prueba antes indicada y en las sucesivas pruebas realizadas...”*.

**TERCERO.-** El 3 de mayo de 2010 la instructora formula una *“propuesta de resolución”* en la que, en síntesis, y tras acoger esencialmente lo expresado en el anterior informe del Servicio de Sanidad Animal, considera, de un lado, que el daño producido por los sacrificios de animales ya ha sido indemnizado conforme a la normativa aplicable; de otro, que no se ha acreditado el anormal funcionamiento de los servicios públicos veterinarios regionales ni existe relación de causalidad entre éstos y los daños por los que se reclama indemnización.

**CUARTO.-** Otorgado a la reclamante el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, presentó alegaciones el 27 de mayo de 2010. En síntesis, reitera lo expresado en su escrito inicial sobre la existencia de tuberculosis en su ganado desde 2005, añadiendo que el informe de necropsia de 10 de diciembre de 2007 de la Universidad de Murcia expresa el domicilio y NIF de la sociedad cooperativa titular de los animales examinados, y que la prueba de que el animal al que se refiere dicho informe es uno de los de su explotación está en que, previamente al traslado de los animales a dicha Universidad, solicitó y obtuvo de la Consejería la preceptiva

autorización al efecto, que aporta, donde se consignan las identificaciones de los tres animales que luego se analizaron. También alega que desde 2005 expresó sus sospechas de la enfermedad al veterinario oficial, y que, en todo caso, sólo son de comunicación obligatoria las sospechas de enfermedades incluidas en la lista oficial de las de declaración obligatoria, entre las que no está la tuberculosis caprina.

Por lo que se refiere al daño producido, alega que las indemnizaciones recibidas por los sacrificios de animales no son suficientes, porque el elevado número de animales sacrificados (debido, según insiste, a la propagación de la enfermedad no detectada desde 2005), incidió en el rendimiento económico de la explotación y se realizaron gastos e inversiones para un mejor desarrollo económico de la misma.

**QUINTO.-** Solicitado al Servicio de Sanidad Animal un informe sobre las anteriores alegaciones, fue emitido el 14 de junio de 2010, del que se destaca su consideración de que no se demuestra que alguno de los animales para los que se otorgó la autorización de traslado a que se refiere la reclamante, fuera el animal sobre el que versa el informe nº 314.07, de 10 de diciembre, de la Universidad de Murcia; y, en cuanto a la antigüedad de la enfermedad, que este último informe no indica nada, ni la interesada aporta prueba alguna al respecto, por todo lo cual dicho Servicio se ratifica en lo expresado en su informe anterior.

**SEXTO.-** El 28 de junio de 2010 la instructora informa que, vistas las alegaciones e informe reseñados, se ratifica en la propuesta de resolución formulada en su momento.

**SÉPTIMO.-** En la fecha y por el órgano reseñado en el encabezamiento de este escrito se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Administración regional.

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo de la acción y procedimiento.**

I. La sociedad cooperativa reclamante está legitimada para deducir la pretensión indemnizatoria de que se trata, por aducir daños económicos sufridos por la misma, en el ejercicio de la explotación ganadera de su titularidad.

La Administración regional, por medio del Consejero consultante, está legitimada para resolver la reclamación presentada, por dirigirse contra ella.

II. En cuanto al plazo de un año establecido en el artículo 142.5 LPAC para el ejercicio de la acción resarcitoria, debe decirse que ésta resulta temporánea, vista la fecha de la presentación de la reclamación y que el último de los sacrificios de animales realizado hasta el momento se produjo el 29 de octubre de 2008, según las actas obrantes en el expediente.

III. Respecto del procedimiento, de las actuaciones remitidas se desprende que se han seguido, en lo sustancial, los trámites legalmente previstos para esta clase de reclamaciones.

**TERCERA.- La responsabilidad patrimonial administrativa. Consideraciones generales.**

La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

**CUARTA.- Los daños por los que se reclama indemnización.**

Procede en primer lugar analizar la efectividad de los daños por los que se reclama indemnización, por ser el presupuesto inicial a los efectos de determinar la existencia o no de responsabilidad patrimonial administrativa.

Así, por lo que se refiere a las alegadas pérdidas de producción de leche y carne estimadas para el período 2008 o 2009 a 2012 o 2015 (según los diferentes supuestos que se relacionan en la reclamación), debidas al sacrificio de 446 animales de la especie caprino murciano-granadina, realizado en indiscutido cumplimiento de la normativa de sanidad animal aplicable al caso (específicamente, la Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Pesca de 30 de marzo de 1995, por la que se establece un programa para la erradicación de tuberculosis caprina en la Región de Murcia), debe decirse que, según esta normativa, al igual que en la estatal aprobada para programas sanitarios similares (RD 1328/00, de 7 de julio, por el que se establecen los baremos de indemnización por sacrificio obligatorio de los animales objeto de programas nacionales de erradicación de enfermedades), y a partir de lo previsto en el artículo 21 LSA, la vía de resarcimiento de esta clase de perjuicios es mediante el establecimiento de una indemnización por cada animal sacrificado, fijada en el correspondiente baremo para determinar el valor de reposición de los mismos, de forma que el ganadero pueda proseguir con la explotación de los nuevos animales que incorpore en sustitución de los eliminados; a tal efecto, la Orden de la citada Consejería de 21 de mayo de 2008, de modificación de la de 1995 antes citada, establece, con efectos de 1 de enero de 1998, las indemnizaciones por tal causa, para así *“ajustar las indemnizaciones al valor real de estos animales con el fin de no perjudicar a los propietarios de los animales afectados”*, refiriéndose con ello dicha Orden al valor del ganado de la especie en cuestión que sea sacrificado en el marco del programa sanitario animal antes mencionado; con el mismo fundamento, para su ámbito de aplicación, se pronuncia el Real Decreto reseñado, según es de ver en su exposición de motivos. De la citada Orden regional se desprende (apartados 1 y 2 del Anexo) que la indemnización a otorgar, que tiene realmente una naturaleza subvencionadora de apoyo al ganadero, puede alcanzar hasta el 85% del valor real del animal sacrificado si la explotación se integra en una ADS (como es el caso de la que nos ocupa), con un mínimo garantizado del 75% de aquél.

Frente a la afirmación del Servicio de Sanidad Animal de que la reclamante había percibido las indemnizaciones correspondientes en aplicación de dicha Orden (aunque no se incorpora al expediente la documentación correspondiente), la interesada no niega tal hecho, sino que manifiesta en su escrito de alegaciones que aquéllas son insuficientes para resarcir el daño

producido, porque el sacrificio del ganado *“incidió en el propio rendimiento económico de la propia explotación ganadera”* y porque *“se asumieron gastos e inversiones para un mejor desarrollo económico de la explotación”*. No se entienden estas alegaciones, pues ya se ha dicho que con las indemnizaciones legales establecidas se posibilita que el afectado adquiera animales, en sustitución de los sacrificados, con los que continuar su explotación y estar en disposición de obtener similares rendimientos futuros a los que hubiera obtenido con el ganado sacrificado.

De lo anterior debe concluirse que, en el caso de existir la responsabilidad patrimonial cuya declaración se pretende, la reparación en su integridad del daño causado por el sacrificio de ganado de la explotación de la reclamante exigiría el abono del porcentaje restante hasta alcanzar el 100% del valor de cada animal sacrificado según viene establecido en la referida Orden. Y ello porque el valor del ganado que se indica en los escritos de x. presentados por la reclamante viene falto de la necesaria justificación documental en la que se evidencie que los importes indicados por dicha Asociación son los que efectivamente se pagan en el mercado, frente a lo establecido como valor real por la referida Orden a los indicados efectos subvencionadores.

Lo anterior justificaría la devolución del expediente al órgano consultante para que se completara con la documentación acreditativa de las indemnizaciones abonadas a la reclamante en aplicación de la mencionada norma, para así determinar las cantidades que eventualmente pudieran ser objeto de indemnización adicional. No obstante, ello no se considera necesario, por cuanto, por lo que se expresará a continuación sobre el funcionamiento de los servicios veterinarios regionales, no procede declarar la pretendida responsabilidad administrativa, lo que no empece para que el expediente deba completarse con la mencionada documentación.

**QUINTA.- Sobre la imputación del daño al funcionamiento de los servicios veterinarios regionales.**

La reclamante imputa a los servicios públicos veterinarios regionales su anormal funcionamiento, que viene a concretar en el diagnóstico erróneo del ganado en los exámenes y pruebas practicadas al mismo en los años 2005 a 2007, lo que la reclamante considera que fue la causa de la propagación de la tuberculosis en el rebaño, enfermedad que no se habría extendido tan ampliamente si se hubiera diagnosticado en tales años y no en 2008, como aconteció, afectando así a los animales que luego tuvieron que ser sacrificados, lo que motivaría la indemnización pretendida.

A tal efecto conviene señalar que las pruebas de diagnóstico de la tuberculosis caprina en la explotación de la reclamante no se practicaron los referidos años por los servicios veterinarios

oficiales de la Administración regional, sino por la veterinaria de la ADS a la que pertenece la reclamante. Estas asociaciones, que agrupan a los ganaderos de un ámbito territorial determinado, una vez reconocidas como tales, colaboran con la Administración ganadera ejecutando los programas de sanidad animal que establezca aquélla, que asume entonces esencialmente una función de control y vigilancia de la actuación de dichas asociaciones, sin perjuicio de su intervención directa en determinados casos. Así se desprende del RD 1880/96, de 2 de agosto, básico en la materia de ADS, cuyo artículo 3,c), 2º exige a éstas tener al menos *“un veterinario responsable de desarrollar las funciones sanitarias relacionadas con los programas aprobados, y reconocido para este fin por la Comunidad Autónoma”*; en el mismo sentido se pronuncian diferentes normas autonómicas, como la Orden de la Consejería de Agricultura de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de 16 de mayo de 2006, sobre normas de ejecución de determinados programas de erradicación de enfermedades en el ganado, cuyos artículos 2.3 y 6 son expresivos al respecto.

En nuestra Comunidad, ya la Orden de la Consejería consultante de 10 de marzo de 1989 establecía, en su artículo 7, que todas las actuaciones de dicha Consejería referentes a programas de sanidad animal se canalizarán preferentemente a través de las ADS. Por ello, la Resolución de 2 de marzo de 2005, del Director General de Ganadería y Pesca, aprobatoria del protocolo de actuaciones del programa de erradicación de la tuberculosis caprina 2005, expresa que *“tal y como se ha venido desarrollando el programa en los años anteriores, y con el fin de seguir en la línea de hacer partícipe al sector de la ejecución del mismo, las Asociaciones desarrollarán los trabajos del programa en las explotaciones de sus asociados, siguiendo las mismas directrices y situaciones previstas tanto en la normativa (la Orden de 1995 ya citada) como en este documento.”* Ello sin perjuicio de que, a los efectos de normalización y control del diagnóstico de la citada enfermedad, el apartado 11 de dicha Resolución establezca que *“con el fin de homogeneizar la lectura de la prueba de tuberculosis se elegirán al azar algunas explotaciones, en las cuales se realizará dicha lectura conjunta con los Servicios Veterinarios Oficiales”*, refiriéndose con ello a la interpretación de los resultados de la prueba diagnóstica establecida en el artículo 4.1 de dicha Orden de 1995, esto es, la intradermorreacción tuberculina comparativa. Con ello se preveía, en supuestos aleatorios, pero no con carácter general, una intervención directa de los veterinarios públicos, como medida de control de la ejecución del programa por parte de las ADS en este concreto aspecto de la interpretación de dicha prueba y el consiguiente diagnóstico de la existencia o no de la enfermedad.

Por todo ello, el que la citada Orden de 1995 señale en su artículo 4.1 que corresponde a la Dirección General de Producción Agraria y de la Pesca la realización de oficio de los diagnósticos mediante la citada prueba técnica, no puede interpretarse, como parece pretender la reclamante, en el sentido de que todas estas pruebas diagnósticas debieran hacerlas los servicios veterinarios

públicos, o que las realizadas por las ADS deban considerarse realizadas por aquéllos, sino más bien como una asignación competencial o habilitación a dichos servicios para realizar tales pruebas sin necesidad de que las tenga que instar el ganadero, pero sin excluir con ello en modo alguno la posibilidad de que también pudieran ser realizadas por los veterinarios de las ADS, pues ello ya venía previsto, como se ha dicho, al menos desde la Orden de 1989 antes citada, criterio que de alguna manera vino reforzado por la aprobación del RD 1880/96, también citado. Cuestión distinta es que los diagnósticos de los facultativos de las ADS puedan ser utilizados como base para que la Administración dicte posteriores actos administrativos previstos en la normativa aplicable (lo que en ocasiones motiva que las actuaciones de aquéllos se califiquen, en cierto sentido, como “oficiales”), pero el reconocimiento administrativo de los veterinarios de las ADS a que se refiere el mencionado RD no autoriza a integrarlos en el ámbito administrativo, lo que es especialmente claro respecto de su responsabilidad.

Por tanto, a los efectos de la reclamación que nos ocupa, es esencial destacar que la responsabilidad de la Administración ganadera no es la misma cuando los servicios veterinarios públicos actúan directamente sobre las explotaciones ganaderas que cuando su función es controlar y vigilar la ejecución por parte de las ADS del correspondiente programa sanitario en las explotaciones de sus asociados; así, la responsabilidad administrativa no puede alcanzar a aspectos de la ejecución de tales programas por parte de los veterinarios de cada ADS como el de la corrección o no de su interpretación, respecto de unos determinados animales de una explotación, de la prueba de diagnóstico de la enfermedad prevista por la norma reguladora del programa de que se trate, pues se trata de un juicio técnico de la exclusiva responsabilidad de estos facultativos, ya que de lo contrario en todas estas pruebas tendrían que estar siempre y en todo caso supervisados “*in situ*” por un facultativo público (más allá, pues, de actuaciones puntuales de control, aleatorias o no), lo que desvirtuaría la función colaboradora de dichas asociaciones, cuya existencia responde, en parte, al objetivo de responsabilizar al sector en el desarrollo de las actuaciones precisas para cumplir con las obligaciones legales establecidas en materia de sanidad animal.

Conforme con lo dicho, en el caso que nos ocupa, realizadas las revisiones y pruebas del ganado de la reclamante por el veterinario de su ADS, la responsabilidad por el alegado diagnóstico erróneo de ausencia de tuberculosis realizado en los referidos años correspondería a dicho facultativo y no a los servicios públicos veterinarios. Además de ello, debe añadirse que, en la hipótesis de que la reclamante hubiera tenido sospechas o reservas sobre los diagnósticos realizados por dicho facultativo en los años 2005 a 2007 (lo que seguidamente veremos que no se acredita), no las comunicó a los servicios veterinarios oficiales (ni en los referidos años ni, por cierto, tampoco tras detectarse la enfermedad con el informe de necropsia de diciembre de 2007 –

tampoco consta que lo comunicara la Universidad de Murcia-, advirtiéndose la enfermedad en el examen anual de 2008), y ello al margen de que la comunicación de tales sospechas pudiera considerarse o no como legalmente preceptiva. Ante la falta de todo indicio de anormalidad en la realización de dichas pruebas por parte del veterinario de la ADS a efectos de que éstos realizaran una actuación específica de control en su explotación, no cabe aceptar que exista un anormal funcionamiento de las funciones de control asignadas a los servicios veterinarios públicos, lo que determina la inimputabilidad del daño a los mismos o, si se quiere, la inexistencia de toda relación de causalidad entre su funcionamiento y tales daños.

**SEXTA.- Sobre el alegado error en el diagnóstico de la enfermedad en las pruebas realizadas en los años 2005 a 2007.**

Aunque lo expresado en la Consideración precedente releva de entrar a analizar la realidad de las afirmaciones de la reclamante sobre la corrección o no de los diagnósticos realizados entre 2005 y 2007 de inexistencia de tuberculosis caprina en su explotación, un análisis de todas las cuestiones planteadas requiere efectuar algunas observaciones sobre la cuestión.

En este sentido, debe coincidir con el informe del Servicio de Sanidad Animal y la propuesta de resolución en que la reclamante no acredita que en tales años existiera dicha enfermedad en el ganado y, por tanto, que los diagnósticos negativos entonces realizados fueran incorrectos.

Así, por lo que se refiere al informe de necropsia de la Universidad de Murcia de 10 de diciembre de 2007, en primer lugar debe señalarse, en contra de lo que considera el informe del Servicio de Sanidad Animal, que aquél se refiere efectivamente a un animal de la explotación de la reclamante, siendo indicio suficiente al respecto la identificación de los mismos en la previa autorización de su traslado a la Facultad de Veterinaria de la Universidad de Murcia, y así se debería indicar en la propuesta de resolución. Ahora bien, se coincide con el informe de la Consejería en que tal informe de necropsia no hace referencia alguna a la antigüedad de la enfermedad, en contra de lo que afirma la reclamante.

Por lo que se refiere al informe pericial aportado, su apreciación de que la enfermedad tenía al menos dos años de antigüedad cuando se detectó en el citado informe de necropsia se funda esencialmente en las manifestaciones que realiza al perito el administrador de la sociedad, en el sentido de que en 2005 observó en el ganado circunstancias y síntomas (un 5% de animales con determinadas reacciones cutáneas a las pruebas realizadas e inflamaciones dolorosas al tacto) que dicho perito considera signos clínicos de existencia de la enfermedad, así como que dicho

administrador le manifestó que el veterinario actuante consideró que eran falsos positivos. Sin embargo, ninguna acreditación documental hay en tal sentido, sin que dichas manifestaciones puedan prevalecer frente a lo informado en contra por la veterinaria de la ADS (Antecedente Segundo), que viene corroborado por el hecho de que en la documentación aportada al expediente sobre la realización de dichas pruebas y diagnósticos no existe indicio alguno de que el titular de la explotación, en ninguno de los años a que se refiere (y fueron tres seguidos, de 2005 a 2007) le pusiese de manifiesto ninguna sospecha sobre enfermedad del ganado (fuera o no obligatoria para aquél la comunicación de tales sospechas), ni su desacuerdo con los análisis realizados, ni se consigna nada sobre los alegados falsos positivos. Y ello al margen de hacer notar que la reclamante se contradice en sus manifestaciones sobre el año en que dice haber advertido sospechas sobre el estado de los animales, pues en el escrito de reclamación expresa que fue en 2007, mientras que en el escrito de alegaciones señala que la sospecha la tuvo en 2005, sin acreditación alguna. Por otra parte, y para abundar en sus conclusiones, el perito señala también que las lesiones reflejadas en el citado informe de necropsia revelan que la tuberculosis había superado la fase de complejo primario y el animal había sufrido una generalización crónica posterior; sin embargo, tal afirmación carece de un mayor apoyo argumentativo necesario para llevar a la convicción de la afirmada antigüedad de la enfermedad.

Además, en todo caso, el informe pericial no justifica que con tales lesiones la interpretación de las pruebas diagnósticas realizada por la facultativo actuante fuera contraria a la "*lex artis ad hoc*" veterinaria, considerando a tales efectos los criterios técnicos establecidos en el protocolo administrativo aprobado al efecto por la ya citada Resolución de 2 de marzo de 2005, circunstancia que resulta decisiva para afirmar que no se ha acreditado la adecuada relación de causalidad entre la actuación veterinaria que se cuestiona y los daños por los que se reclama.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No pueden imputarse a la Administración regional los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta del presente Dictamen, ello sin perjuicio de lo expresado en la Consideración Tercera sobre los daños susceptibles de resarcimiento.

**SEGUNDA.**- En todo caso, no se ha acreditado la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios veterinarios regionales y los daños por los que

se reclama indemnización, conforme con lo expresado en la Consideración Quinta del presente Dictamen.

**TERCERA**- Por todo ello, la propuesta de resolución dictaminada, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente, si bien debería redactarse otra, incorporando en síntesis, las consideraciones expresadas en el presente Dictamen, con las modificaciones oportunas de la primera.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 31-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	14/02/2011

**Extracto doctrina**

Es abundante la doctrina sentada por el Consejo de Estado en supuestos similares al presente que propugna que la sustracción de objetos de los centros públicos de enseñanza no puede imputarse a una falta de vigilancia de los profesores o demás responsables del centro, porque éstos 'no asumen en ningún caso la específica obligación de conservación de las pertenencias de los alumnos del centro -como sería propio de un depositario-, más allá de su genérica obligación de guarda y custodia'.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado el 21 de diciembre de 2009 en el Registro del Instituto de Educación Secundaria (IES) "La Flota", de Murcia, x. formuló reclamación por los daños y perjuicios sufridos en el citado centro. Expresa a tal efecto que los anteriores días 30 de noviembre y 17 de diciembre le fueron sustraídas a su hija, x, sendas bicicletas que tenía, en ambos casos, aparcadas en un espacio destinado al efecto en las dependencias del citado Instituto. Solicita una indemnización de 780 euros, cantidad en la que valora las bicicletas robadas, al tiempo que insta al centro escolar a que mantenga las puertas de acceso al recinto cerradas; que se lleve a cabo un control de las entradas y salidas durante los recreos, si es que las puertas se encuentran abiertas; que se instalen cámaras con una resolución suficiente de modo que se pueda identificar a las personas que entran y salen del centro.

A la reclamación se acompañaba la siguiente documentación:

- Fotocopia de denuncia de la sustracción de la primera bicicleta, llevada a cabo ante la Jefatura Superior de Policía de Murcia en la que se hace constar lo siguiente:

*"Que denuncia los hechos, que se detallan a continuación, ocurridos entre las 08:15 horas y las 15:30 horas del día 30/11/2009, en el Instituto de la Flota, de Murcia. Que persona/s*

*desconocida/s han sustraído la bicicleta de su hija llamada x., de 14 años de edad, la cual dejó atada con candado dentro del instituto en unos pivotes que hay junto a conserjería.*

- *Que el instituto tiene una verja alta.*
- *Que ignoran circunstancias del hecho.*
- *Relación de objetos sustraídos: Una bicicleta de montaña, granda, marcha BH, modelo OBX, color roja y negra.*

*El denunciante valora los objetos en 500 euros”.*

- *Fotocopia de denuncia de la sustracción de la segunda bicicleta, llevada a cabo ante la Jefatura Superior de Policía de Murcia en la que se hace constar lo siguiente:*

*“- Que denuncia los hechos que se relatan a continuación, ocurridos entre las 11:00 horas y las 13:00 horas, del día 17/12/2009, en el Instituto de la Flota, C/ Navegante Juan Fernández de Murcia.*

- *Que en el intervalo de tiempo y lugar señalado, persona o personas desconocidas han accedido al recinto del Instituto, sustrayendo del lugar donde tenía estacionada su hija x, nacida en Sevilla el 27/05/1995, la bicicleta abajo reseñada, la cual dejó atada con candado en el sitio para ello destinado junto a la conserjería del centro.*

- *Que quiere significar que es la segunda ocasión en que estos hechos se producen, habiéndole sido sustraída otra bicicleta valorada en quinientos (500) euros, en fecha 03/12/2009 (sic), también asegurada con candado en el mismo sitio, formulando denuncia por estos hechos con número 133382 y remitida al Juzgado de Instrucción número tres de Murcia.*

- *Que en este Acto es informado de los derechos que le asisten como perjudicado.*

- *Relación de objetos: Una bicicleta de niña, tipo paseo, BH, modelo Bolero, de color lila, valorada en doscientos ochenta (280) euros”.*

**SEGUNDO.-** Con registro de salida de fecha 7 de enero de 2010, el Director del Instituto remite a la Consejería de Educación, Formación y Empleo informe de incidente escolar en el que se hace constar que la alumna x. *“se presentó en Jefatura de Estudios sobre las 14:20 horas del pasado lunes 30 de noviembre denunciando que le había desaparecido su bicicleta del aparcamiento habilitado por el centro para ello, que había dejado atada con cadena cuando entró a*

*las 8:15 horas. A pesar de nuestros intentos, no pudimos averiguar nada acerca de la desaparición. Comprobamos que la grabación de las cámaras de vigilancia, ubicadas algo lejos del lugar de los hechos, no permitía identificar al posible autor/es dada la escasa calidad de sus imágenes. Decidimos colocar otra nueva cámara que enfocara directamente al aparcamiento, cosa que solicitamos a la empresa instaladora y que se está realizando en estos días de vacaciones.*

*La misma alumna sufrió una sustracción similar el jueves 17 de diciembre de una segunda bicicleta que igualmente dejó encadenada en el aparcamiento de bicicletas y que permanecía en ese lugar alrededor de las 11 horas, momento en que fue vista por su dueña al abandonar el centro en el simulacro de evacuación que en ese momento se realizaba. El robo, por tanto, fue posterior a esa hora y seguramente facilitado porque tras ese simulacro se quedó abierta sin candado, durante el resto de la mañana, la puerta corredera grande de acceso al centro, por donde salió la persona autora del mismo, que no se puede identificar en la grabación”.*

**TERCERO.-** Con fecha 10 de febrero de 2010, el Secretario General de la Consejería consultante dirige escrito al reclamante a fin de que, en el plazo de diez días, adjunte fotocopia compulsada del libro de familia y acredite documentalmente la cantidad reclamada.

El requerimiento es cumplimentado incorporándose al expediente presupuesto por importe de 600 euros, así como fotocopia del libro de familia acreditativo del parentesco entre el reclamante y la menor.

Seguidamente el citado Secretario General resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente.

**CUARTO.-** Con fecha 2 de marzo de 2010 el órgano instructor solicita informe al Director del Centro sobre los hechos, concretando los siguientes extremos:

*“-Relato pormenorizado de los hechos acaecidos el 30 de noviembre de 2009 y el 17 de diciembre de 2009.*

*-Nos describa la ubicación del aparcamiento del centro, señalando si se accede al mismo directamente desde la calle.*

*-Describa el aparcamiento y señale quiénes pueden acceder al mismo.*

- *Aclare cómo entran los alumnos al aparcamiento: tocando un timbre y se les abre la puerta, con llave propia, etc.*

-*Determine el motivo por el que, según el padre de la alumna, en los días mencionados, las puertas del aparcamiento se encontraban abiertas durante el horario escolar.*

-*Indique porqué, según el padre de la alumna, la cámara que enfocaba a las bicicletas el día 30 de noviembre de 2009 se encontraba fuera de uso.*

-*Señale dónde se encuentran las cámaras de seguridad, a qué distancia del aparcamiento y si la grabación de dichas cámaras es vista simultáneamente por el conserje, o por cualquier otra persona.*

-*Cualquier otro dato que estime conveniente”.*

**QUINTO.-** En el informe remitido, de 11 de marzo de 2010, el Director manifiesta lo siguiente:

*“La citada alumna se presentó en Jefatura de Estudios sobre las 14:20 horas del lunes 30 de noviembre denunciando que le había desaparecido su bicicleta del aparcamiento habilitado por el centro para ese fin, bicicleta que había dejado atada con cadena cuando entró a las 8:15 horas. A pesar de nuestros intentos, no pudimos averiguar nada acerca de la desaparición. Comprobarnos que la grabación de las cámaras de vigilancia, ubicadas, una bastante lejos del lugar de los hechos (unos 50 metros), y otra enfocando directamente a la puerta de entrada del centro no permitía identificar al autor del robo, dada la escasa calidad de las imágenes y a que además pasaba ante la cámara cubriéndose. Decidimos cambiar la ubicación de una de las cámaras para que enfocara directamente al aparcamiento, cosa que poco después solicitamos a la empresa encargada, y se ha hecho recientemente, junto a la instalación de otras nuevas cámaras en el centro.*

*La misma alumna sufrió una sustracción similar el jueves 17 de diciembre de una segunda bicicleta, que igualmente dejó encadenada en el aparcamiento de bicicletas y que permanecía en ese lugar alrededor de las 11 horas, momento en que fue vista por su dueña al abandonar el centro en el simulacro de evacuación que en ese momento se realizaba. El robo, por tanto, fue posterior a esa hora y seguramente facilitado porque tras ese simulacro se quedó abierta sin candado, durante el resto de la mañana, la puerta peatonal corredera grande de acceso al centro, por donde salió la persona autora del mismo, que nuevamente no se puede identificar en la grabación. El hecho de que no tuviera echado el candado permitió que un alumno la abriera parcialmente y así, se observa*

*en la grabación, quedó durante el resto de la mañana. Este hecho tampoco es concluyente pues la puerta pequeña, aledaña a la corredera, está continuamente abriéndose por las continuas llamadas al timbre de quien quiere acceder al centro y por ella salió la primera bicicleta robada.*

*Hemos de manifestar la gran complejidad que supone ejercer un verdadero control de entradas y salidas al centro dada la enorme variedad de alumnado del mismo. Por un lado el alumnado de ESO no tiene permitida la salida durante el horario escolar, pero muchos de ellos salen y entran, con autorizaciones, para visitas médicas u otros motivos. El numeroso alumnado de Ciclos Formativos, generalmente mayor de edad, no puede ser retenido contra su voluntad. Un gran número de ellos entran y salen del centro, varias veces al día, por cursar sólo algunos módulos del Ciclo en el que están matriculados. Ello, unido a los numerosos padres que acuden a hablar con los profesores de sus hijos, las personas que acuden a la secretaría del centro, proveedores, etc. hace que el timbre de la puerta de entrada exterior no pare de sonar y sea realmente complejo controlar el acceso. Si a ello añadimos los días de lluvia y de frío y la ubicación de la conserjería del centro, parece lógico aceptar que el verdadero control de entrada se realice en las dos puertas de cristales que permiten realmente el acceso al interior del centro (ver plano). Por supuesto que la zona de aparcamiento, de bicicletas o de coches, pertenece al instituto, pero no tenemos suficientes recursos humanos para hacer una vigilancia efectiva de esos u otros espacios del centro y las cámaras instaladas tienen más bien un efecto disuasorio y de búsqueda de pruebas que de vigilancia en tiempo real. Aunque en la dependencia de conserjería está el monitor donde se visualizan las imágenes de las cámaras, son otras muchas las tareas que han de realizar las dos personas allí destinadas, una sola en las numerosas ocasiones en que alguna de ellas está de baja, entre otras cosas atender las llamadas telefónicas, localización de profesores o alumnos que son reclamados por algún motivo y por supuesto identificar y controlar la entrada y salidas de personas al edificio del centro.*

*Por nuestras averiguaciones existían fundadas sospechas sobre el autor de ambos robos: un adolescente de baja estatura y edad aproximada entre 13 y 14 años, que no es alumno del centro y es vecino de la barriada de La Paz de esta localidad; individuo que a la vuelta de vacaciones de Navidad perpetró otro robo más de bicicleta a un alumno de cocina del centro, identificado por algunos de nuestros alumnos y escapándosele de las manos, en el momento del robo, a una de nuestras conserjes, el autor fue luego reconocido en las fotos que nos presentó la Policía Nacional, cuando fue denunciado este último robo y le comunicamos a la citada policía nuestras sospechas. Pero nada ha trascendido; aún identificado y conocida su filiación y domicilio ni han sido recuperadas las bicicletas ni hay esperanzas de ello. Estamos convencidos de que los tres robos fueron cometidos por la misma persona que según la policía también había sustraído*

*otras bicicletas en el aparcamiento de la Piscina Municipal de La Flota ubicada en las cercanías del centro.*

*Hemos extremado las precauciones pero ante la imposibilidad de una vigilancia permanente y con el fin de evitar nuevas reclamaciones, nuestro Consejo Escolar aprobó en su reunión del pasado 26 de enero un documento con las condiciones para la utilización del aparcamiento del centro (se acompaña). Los usuarios deberán firmarlo a partir de ahora, a la vez que un cartel visible en dicho aparcamiento avisa de que el centro no se hace responsable de los daños o sustracciones que puedan producirse”.*

**SEXO.-** Requerido por la instructora, el Director del IES remite el Reglamento de Régimen Interior del Centro, en cuyo artículo 35 se hace constar lo siguiente:

(...)

*“e) La puerta de entrada al centro se cerrará cinco minutos después del inicio de la primera clase. Se abrirá para los alumnos de Bachillerato y Ciclos Formativos entre clase y clase, para su incorporación o salida al centro, y durante los períodos de recreo. Para acreditar la pertenencia a esas etapas educativas, los alumnos deberán mostrar el carné escolar al bedel que realice el control de puertas.*

*f) No obstante lo anterior, al alumnado de la ESO se le permitirá el acceso al centro en cualquier momento; si la entrada de éste coincide con un período de clase, será dirigido a un aula, designada al efecto, en la que un profesor de guardia tomará nota para la aplicación del apartado c).*

*g) Durante la jornada escolar, con la excepción señalada en el apartado e), no se podrá abandonar el recinto escolar, salvo autorización familiar expresa, documental o telefónica, o de algún miembro del Equipo Directivo”.*

**SÉPTIMO.-** Con fecha 13 de mayo de 2010 se procede a la apertura del preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, formulando el reclamante alegaciones mediante las que afirma que no es cierto que las puertas del centro estén habitualmente cerradas, puesto que en las ocasiones en las que él o su esposa han ido al centro en horario escolar siempre han estado abiertas.

Asimismo indica que durante las tres semanas que mediaron entre los dos hurtos no se adoptó medida alguna por parte del Centro. Fue a partir de la interposición de la reclamación por responsabilidad patrimonial cuando se ha procedido a cambiar las cámaras y mantener cerradas las puertas de acceso. Añade que conoce personas que pueden testificar el hecho de que las puertas se encontraban siempre abiertas, reservándose la posibilidad de aportar, durante el plazo que resta para formular alegaciones, las declaraciones de esos testigos.

Finaliza solicitando a la instructora que requiera la incorporación al expediente de las grabaciones de las cámaras de seguridad correspondientes a los días en los que ocurrieron los hechos.

**OCTAVO.-** El 2 de junio de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, ya que, según doctrina consultiva, la Administración no asume la específica obligación de conservación de las pertenencias de los alumnos del centro como si de un depositario se tratara. Dicha propuesta fue remitida a este Consejo Jurídico, en unión del expediente tramitado y su extracto e índice reglamentarios, en solicitud de su preceptivo Dictamen.

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. La legitimación activa reside, en este caso, en el propietario de los objetos sustraídos. En el expediente no queda claro si lo era el reclamante o su hija. En cualquier caso, bien en su propio nombre bien en el de su hija menor de edad, el x. se encuentra legitimado para iniciar el presente expediente de responsabilidad patrimonial.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, por acaecer los presuntos hechos en un centro dependiente de la misma.

II. La reclamación ha sido presentada en el plazo de un año desde el acaecimiento de los hechos alegados, conforme con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. El examen conjunto del expediente permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. Según el artículo 139 LPAC, cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley.

Ahora bien, respecto de la sustracción de objetos en dependencias de la Administración, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en supuestos similares al presente (Dictámenes números 76/1999, 199/2002, 41/2009 y 205/2009), ha de destacar que *“el instituto de la responsabilidad patrimonial no puede desnaturalizarse de manera que se convierta en un seguro a todo riesgo, convirtiendo a la Administración en un centro de imputación de cualquier lesión, que conduciría a la larga a la paralización de la vida, administrativa o no, ya que la simple coexistencia en el tiempo y en el espacio de acciones no ligadas causalmente, constituirían al titular de tales acciones en asegurador universal de cualquier contingencia; en tal sentido la STS, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de 4 de mayo de 1998. En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de la misma Sala y Sección del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998, y cabe añadir que mantener sin más que cualquier objeto sustraído o perdido en los locales públicos en general y en los centros escolares en particular, pueda desplegar los efectos indemnizatorios de la responsabilidad patrimonial, constituiría una interpretación desmesurada de este instituto jurídico.*

*También es abundante la doctrina sentada por el Consejo de Estado en supuestos similares al presente que propugna que la sustracción de objetos de los centros públicos de enseñanza no puede imputarse a una falta de vigilancia de los profesores o demás responsables del centro,*

*porque éstos 'no asumen en ningún caso la específica obligación de conservación de las pertenencias de los alumnos del centro –como sería propio de un depositario-, más allá de su genérica obligación de guarda y custodia'. Por todos, Dictamen núm. 3015/2001”.*

II. Las precedentes consideraciones son aplicables al presente caso, dada su similitud con los contemplados en los citados Dictámenes de este Consejo Jurídico, especialmente los supuestos recogidos en los números 199/2002 y 205/2009, es decir, el de sustracción por un tercero de una bicicleta del aparcamiento del centro educativo. Es claro que el daño, surgido con ocasión de la prestación del servicio público, ha sido producido por la comisión de un hecho delictivo por persona o personas desconocidas, actuación y persona sobre las que la Administración carece, obviamente, de deberes tuitivos o de vigilancia, lo que permite apreciar la ruptura del posible nexo causal que pudiera existir entre la actuación u omisión de la Administración y los daños sufridos. La conclusión contraria nos llevaría, como ha afirmado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (entre ellas la de su Sala 3ª de 27 de julio de 2002), a convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras de todos los riesgos sociales, dada la amplitud de los servicios que prestan y de las competencias que ostentan, lo que tendría una consecuencia perturbadora *“para una correcta realización y progresiva ampliación de tales servicios públicos, pues el principio de solidaridad de riesgos, que late en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas sociales, puede verse frustrado con interpretaciones extensivas del requisito del nexo causal”.*

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el daño por el que se reclama y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 32-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios educativos
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	14/02/2011

**Extracto doctrina**

Ha de mantenerse una interpretación flexible de la prescripción extintiva del derecho a reclamar, con fundamento no sólo en el principio “pro actione”, que obliga a ser flexible en cuanto al rigor en la estimación de los defectos procesales o formales y sus consecuencias, sino también en el reflejo del artículo 24 CE y la necesidad de evitar que se produzcan situaciones de desamparo.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 30 de octubre de 2009, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo, en solicitud de una indemnización por los daños que dice haber sufrido como consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos de ella dependientes.

Según el reclamante, obtuvo nombramiento como profesor de secundaria interino en sustitución de otra profesora interina que obtuvo la baja por maternidad. El nombramiento del reclamante tiene efectos de 25 de febrero de 2008, siendo cesado por reincorporación del funcionario titular del puesto el 7 de abril de 2008.

Al solicitar las prestaciones por desempleo se le deniegan, porque sigue dado de alta en la Seguridad Social por la Consejería de Educación, la cual, además, no le entrega el certificado de empresa necesario para el abono de las prestaciones por desempleo, precisamente porque continúa estando en situación de alta por la Consejería, la cual continúa abonándole las retribuciones correspondientes al puesto de trabajo para cuyo desempeño había sido nombrado. Dicha situación se mantiene hasta el 17 de junio de 2008.

Posteriormente, la Consejería de Educación le reclama la devolución de las retribuciones indebidamente percibidas.

Considera el actor que la actuación de la Consejería ha resultado dañosa para sus intereses pues, por un error de la propia Administración, ni pudo cobrar las prestaciones por desempleo a las que tenía derecho desde el momento de su cese en el puesto de trabajo, ni pudo obtener un nuevo puesto de trabajo en las adjudicaciones que se produjeron entre el 7 de abril y el 17 de junio de 2008.

En consecuencia solicita, como pretensión principal, el abono de 6.145,33 euros, cantidad a la que asciende el salario percibido por el interesado desde su cese y que ha debido devolver a la Administración, alegando que, por culpa de la Consejería, no pudo obtener otro destino para trabajar durante el período comprendido entre el 7 de abril y el 17 de junio de 2008. Subsidiariamente reclama la cantidad de 4.301,73 euros, a que asciende la prestación de desempleo dejada de cobrar durante ese mismo período.

Se acompaña la reclamación de diversa documentación, entre la que destaca la siguiente:

- La relativa al procedimiento de reintegro, con Orden de 31 de julio de 2008, de la entonces Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, por la que se declara la existencia de deuda a favor del Tesoro Regional por la cantidad de 6.145,33 euros, en concepto de retribuciones indebidamente percibidas por el ahora reclamante.

En la liquidación que acompaña a dicha Orden, el importe a ingresar por el interesado asciende a 5.677,84 euros.

La referida Orden es notificada el 23 de septiembre de 2008.

- Credencial de adjudicación del puesto de Profesor Técnico de Formación Profesional en el IES “El Bohío” de Cartagena, en la que consta que la prestación de trabajo se desarrollará entre el 26 de febrero de 2008 y hasta que cesen las causas que han determinado el nombramiento, constando como tales la baja médica de la profesora a quien sustituye.

- Parte de reincorporación del profesor titular y cese del interino, con fecha de incorporación de 7 de abril de 2008.

- Diversas impresiones de pantalla, correspondientes a la consulta por el interesado de su expediente personal a través de medios electrónicos (“Educarm. Portal Educativo”). En la que, tras el cese efectivo el 7 de abril de 2008, y durante los meses de abril, mayo y junio de 2008, continuaba constando como fecha de cese la de 17 de junio de 2008.

**SEGUNDO.-** Por Resolución de 5 de noviembre de 2009, de la Secretaría General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo se admite a trámite la reclamación y se designa instructora, quien recaba del interesado diversa información y documentación complementaria: a) informe de vida laboral; b) si tiene derecho a prestación por desempleo; c) resolución del INEM expresiva del importe de la prestación que le habría correspondido entre el 7 de abril y el 17 de junio de 2008; d) plazo para solicitar la prestación y día en que la solicitó; y e) resolución del INEM que acredite que se le denegó la prestación por seguir dado de alta en Seguridad Social por la Consejería de Educación).

El reclamante aporta informe de vida laboral y señala que el resto de informaciones y documentación solicitada puede obtenerla la Administración, bien aplicando las normas reguladoras de las prestaciones por desempleo, bien solicitando cualesquiera documentos que precise a la Administración competente, autorizando expresamente el interesado a la Consejería para ello.

Adjunta, asimismo, certificación expedida por la Oficina de Prestaciones del Servicio Público de Empleo Estatal de Lorca, de 28 de diciembre de 2009, en el que se indica que el plazo para solicitar la prestación de desempleo es de 15 días hábiles desde la fecha de cese en la empresa; que no existe resolución de denegación de prestación, pues el interesado no pudo solicitar la prestación al carecer del certificado de empresa, necesario para efectuar tal solicitud y para poder calcular la prestación, toda vez que en dicho documento se especifican las bases de cotización.

En dicha certificación se afirma por el Director de la Oficina de Prestaciones que, aunque no es posible certificar lo que habría cobrado durante el período comprendido entre el 7 de abril y el 17 de junio de 2008, pues no existe solicitud del interesado ni se puede certificar sobre hipótesis, se adjuntan *“certificados con los importes que sí percibió en el año 2008”*. Estos certificados, sin embargo, no constan en el expediente.

**TERCERO.-** Recabado el informe de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería consultante, se emite el 4 de mayo de 2010, en los siguientes términos:

*“1º x, fue nombrado el 26/02/2008 en el I.E.S. “El Bohío” de Los Dolores, Cartagena, para sustituir a x..., con una duración prevista de 15 días; x... estaba a su vez sustituyendo a x..., el cual según consta se incorporó el 07/04/2008 como consecuencia de alta médica, procediendo la Sección de Personal a cesar a los profesores sustitutos si bien en el caso de x, por omisión involuntaria no se procedió a comunicar a la Sección de Nóminas y Seguridad Social hasta el*

30/06/2008, y como quiera que había estado percibiendo haberes indebidamente se procedió a la reclamación de haberes correspondiente por el período comprendido entre el 07/04/2008 y 17/06/2008.

2º No consta en la Sección de Nóminas y Seguridad Social que expresamente se haya denegado el certificado de empresa, ni en la Sección de Personal de Secundaria ningún escrito del interesado comunicando que se le estaban abonando haberes mas allá de la fecha de cese es decir el 06/04/2008.

Sí consta que el certificado de empresa correspondiente al cese de 06/04/2008 se hizo el 04/07/2008 y fue recogido el 22/07/2008, así mismo del periodo 01/07/2008 a 07/07/2008 fue realizado y recogido el mismo 22/07/2008.

3º El cese del citado profesor debió de comunicárselo el Director del Centro al producirse la incorporación de D. José Manuel... el 07/04/2008 con el fin de que x. pudiese participar en los siguientes actos de adjudicación si los hubiere.

4º x, una vez que fue nombrado desde el 26/02/2008, no podía participar en los actos de adjudicación que se celebraran por parte de la Consejería de Educación hasta la fecha de su cese efectivo, el 06/04/2008. Por parte de la Consejería no se volvió a convocar, en ninguno de los actos de adjudicación celebrados hasta el 30 de junio, las especialidades en las que figura el citado profesor, que son: PROCEDIMIENTOS DE DIAGNÓSTICO CLÍNICOS Y ORTOPROTÉSICOS (0591219) y PROCEDIMIENTOS SANITARIOS ASISTENCIALES (0591220).

Por todo lo anterior esta Dirección General de Recursos Humanos considera que la reclamación de x...no debe de ser tenida en cuenta ya que como se ha expuesto, si bien hubo por parte de la Consejería un error involuntario en no comunicar a nóminas su cese el 06/04/2008, el citado profesor estuvo percibiendo haberes indebidamente hasta que se detectó el 17/06/2008, como consecuencia de los continuos controles que se llevan a cabo y sin que el citado profesor manifestara a la Sección de Personal correspondiente que no podía obtener la prestación por desempleo porque continuaba de alta, pues de haberlo hecho, hubiese sido posible su regularización con la antelación suficiente".

**CUARTO.-** Con fecha 1 de septiembre se confiere trámite de audiencia al interesado, que no hace uso del mismo.

**QUINTO.-** El 1 de octubre de 2010 la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que, al momento de formular la solicitud, ya había prescrito el derecho del interesado a reclamar, pues el hecho o acto que motiva la solicitud de indemnización es la notificación al interesado, con fecha 23 de septiembre de 2008, de la Orden por la que se le reclama la devolución de las retribuciones indebidamente percibidas. Constituyendo tal fecha el *dies a quo* del plazo anual que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) prevé para la prescripción del derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cuando el interesado solicita la indemnización el 30 de octubre de 2009, tal derecho ya habría fenecido por el transcurso en exceso del plazo prescriptivo.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 8 de octubre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo, conforme a lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, que dota de tal carácter a los que versen sobre reclamaciones que en concepto de responsabilidad patrimonial se formulen ante la Administración regional.

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

1. La reclamación ha sido formulada por quien ha sufrido en su patrimonio las pérdidas económicas que imputa al anormal funcionamiento de los servicios públicos, por lo que cabe atribuirle la condición de interesado a la luz de lo establecido en el artículo 31 LPAC, lo que, a su vez, le dota de legitimación activa para reclamar.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración titular del servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño. En el supuesto sometido a consulta, tal servicio viene constituido

por la gestión del personal docente que desarrolla la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería consultante, a la que se dirige la reclamación.

2. A la luz del expediente que acompaña a la consulta, se constata que se ha recabado y emitido el preceptivo informe del servicio al que se imputa el daño (art. 10.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en adelante RRP) y que se ha conferido trámite de audiencia al interesado, sin que se aprecien carencias esenciales en la tramitación.

### **TERCERA.- De la prescripción del derecho a reclamar.**

De conformidad con el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.

Respecto del momento en que el plazo de prescripción se inicia, ha de estarse a la doctrina contenida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la "actio nata". La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 10 junio 2008, con cita de la de 23 de enero de 2001, recoge que "*el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos- que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias de la Sala Tercera de 19 septiembre 1989, 4 julio 1990 y 21 enero 1991) del principio de «actio nata» (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad-»*".

La proyección al caso concreto de la doctrina anterior exige despejar diversas incógnitas. La cuestión fundamental se centra en determinar cuál es el acto que origina el daño por el que se reclama, que no es otro que el mantenimiento del reclamante en alta, como si siguiera prestando servicios en el puesto de trabajo, cuando de hecho ya había cesado su relación de empleo. Dicha irregular actuación administrativa se produce ya el 7 de abril de 2008, fecha de cese efectivo en la prestación de servicios, por reincorporación del titular del puesto ocupado por el interesado en régimen de interinidad. De esta actuación, a su vez, pretende derivar el actor los siguientes efectos lesivos:

a) En primer lugar, la imposibilidad de obtener el certificado de empresa, documento necesario para solicitar la prestación de desempleo, lo que impide que, mientras permanece dado

de alta, pueda beneficiarse de la misma. Tal efecto desaparece cuando la Administración le da de baja el 17 o el 30 de junio de 2008, pues la fecha concreta resulta dudosa en el expediente, constando en éste, según informa la Dirección General de Recursos Humanos, que el certificado de empresa correspondiente al cese de 6 de abril de 2008 se expide el 4 de julio, siendo recogido el 22 de julio de 2008.

b) También considera el actor que, al continuar indebidamente de alta, no se le permitió participar en los actos de adjudicación de plazas habidos entre el 7 de abril y el 17 de junio de 2008, razón por la que reclama las retribuciones correspondientes a dicho período y que identifica con el salario íntegro que hubo de devolver al Tesoro Regional. Comoquiera que en dicho período no hubo convocatoria de actos de adjudicación en las especialidades en las que figura el interesado en las correspondientes listas de espera, dicho efecto también habría cesado el 17 de junio de 2008.

De lo hasta aquí expuesto podría deducirse que el *dies a quo* del plazo para reclamar sería el 17 de junio de 2008, pues en tal fecha parecen cesar los efectos lesivos del hecho o acto por el que se reclama. Sin embargo, a tal fecha, el interesado había cobrado, aun indebidamente, las percepciones económicas correspondientes al puesto en el que había sido cesado y aún no se le había exigido su reintegro, por lo que, materialmente todavía no había sufrido detrimento patrimonial alguno derivado de la actuación administrativa. De hecho, este perjuicio no se manifiesta hasta que se le obliga a devolver las retribuciones indebidamente percibidas, como claramente se deduce de los propios términos de la reclamación, al sintetizar el interesado el daño padecido en el siguiente párrafo: *“que por lo tanto he tenido que devolver el salario percibido y a la vez me he quedado sin cobrar las prestaciones por desempleo por el actuar negligente de la Consejería de Educación”*.

En consecuencia, el perjuicio se identifica por el interesado como la imposibilidad de recibir una percepción económica, ya sea en concepto de retribución, ya como prestación por desempleo, durante el período comprendido entre el 7 de abril y el 17 de junio de 2008.

Desde esta perspectiva, y dado que el interesado ya había recibido tales percepciones en forma de retribución, el efecto lesivo de la actuación administrativa se manifiesta en el acto por el que se le obliga a reintegrar esas cantidades: la Orden de 31 de julio de 2008. Ahora bien, alcanzada esta conclusión, y en aplicación de la doctrina de la “*actio nata*”, ha de considerarse cuándo concurren en el supuesto los caracteres que permiten estimar plenamente determinado el daño en su dimensión fáctica y jurídica, pues sólo a partir de ese instante podrá el interesado ejercitar su acción. A tal efecto, considera el Consejo Jurídico que dicho momento se alcanza, no

tanto cuando se notifica al interesado la Orden de declaración de deuda, como razona la instructora, sino cuando tal acto alcanza firmeza, pues mientras tanto la propia pendencia de la cuestión relativa a la legalidad o no del acto, dificulta considerar el daño como real y efectivo (art. 139.2 LPAC) -dimensión fáctica- y comprobar su ilegitimidad -dimensión jurídica-.

En el supuesto sometido a consulta, se desprende del expediente que la Orden de reintegro ha sido recurrida por el actor (así lo manifiesta al oponerse a la providencia de apremio y no se niega por la Consejería consultante), si bien no consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico el indicado recurso ni su eventual resolución. A falta de tan determinantes datos, no puede afirmarse con rotundidad que la Orden de reintegro haya alcanzado firmeza, lo que unido a la doctrina jurisprudencial que aboga por una interpretación flexible de la prescripción extintiva del derecho a reclamar -con fundamento no sólo en el principio "pro actione", que obliga a ser flexible en cuanto al rigor en la estimación de los defectos procesales o formales y sus consecuencias, sino también en el reflejo del artículo 24 CE y la necesidad de evitar que se produzcan situaciones de desamparo- mueven a este Órgano Consultivo a disentir de la propuesta de resolución, considerando que la acción de resarcimiento del daño se ha formulado antes del transcurso del plazo de prescripción del derecho a reclamar.

#### **CUARTA.- Los elementos de la responsabilidad patrimonial: ausencia de nexo causal.**

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

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

responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

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

a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.

c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

#### I. El daño.

El interesado identifica el daño como la imposibilidad de recibir percepción económica alguna en el período comprendido entre el 7 de abril de 2008, fecha de su cese efectivo en la prestación de servicios como profesor, y el 17 de junio de 2008, fecha en la que se regulariza su situación y se le da de baja.

Las cantidades a las que según el interesado tendría derecho durante ese período, como principal y subsidiaria, respectivamente, serían las siguientes:

a) El importe de los salarios que le deberían haber correspondido, de haber podido acudir a los llamamientos efectuados por la Consejería para cubrir plazas de profesor interino, lo que no pudo hacer porque al estar dado de alta, como si estuviera trabajando, la Administración no le convocó a ningún acto de adjudicación de plazas.

Cabe recordar que el criterio mantenido por el Consejo de Estado en reclamaciones como ésta, en las que se pretende exigir una indemnización por la frustración de eventuales llamamientos de una lista de espera para prestar servicios en la Administración, es que la inclusión en la lista de aspirantes a puestos de interinidad no determina la existencia de un derecho consolidado a la obtención de un concreto puesto de trabajo, sino una simple expectativa de obtenerlo, cuya frustración no puede considerarse indemnizable a los efectos de una declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración (entre otros, Dictámenes números 2.486 y 2.495, ambos del año 2003). Según este criterio, en tales supuestos las reclamaciones se basan en meras

hipótesis carentes de la efectividad necesaria para poder indemnizar, pues se reclaman unos ingresos por servicios no efectivamente prestados por los interesados y respecto de los cuales no es posible determinar si hubiesen ocupado las plazas que, según su interpretación de los hechos, debían haberseles ofertado.

No es ésta, sin embargo, la línea mantenida por la Audiencia Nacional que, en diversas sentencias (entre otras, las de fechas 6 de junio del 2002 y 8 de octubre de 2003, ambas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), relativas a errores de la Administración en la baremación de los méritos de los aspirantes a desempeñar puestos de trabajo de carácter interino que tienen como consecuencia la preterición del interesado en el orden de preferencia para el llamamiento, ha considerado que ello puede lesionar un derecho concreto y determinado susceptible de ponderación en cuanto se ha privado al aspirante de las retribuciones correspondientes a dichos servicios.

Es parecer de este Consejo Jurídico, como ya se indicó en nuestros Dictámenes 114/2005, 41/2006 y 84/2007, que, en estos supuestos no cabe la generalización en ninguno de los dos sentidos; muy al contrario, se impone, como ocurre casi siempre en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, atender a las circunstancias concurrentes en cada caso particular, lo que, como señala el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en su Dictamen núm. 119/2003, estará ligado a la existencia de una base probatoria, *“será por tanto el acervo probatorio manejado en cada supuesto, ligado obviamente al esfuerzo realizado por el reclamante en tal sentido, el que posibilite o no llegar a un grado de convencimiento razonable respecto a la probabilidad de un acontecimiento que, sin haberse producido realmente, opera en su frustración como factor determinante de la efectividad del daño”*.

Cobra, entonces, especial relevancia la afirmación contenida en el informe de la Dirección General de Recursos Humanos, cuando señala que en el período de referencia no se produjeron nuevos llamamientos para adjudicación de plazas a los integrantes de las listas correspondientes a las especialidades en las que estaba inscrito el reclamante, sin que tal aseveración haya sido rebatida por éste. De donde se deduce que el daño alegado no fue real, sino meramente hipotético y, en consecuencia, inestimable en sede de responsabilidad patrimonial, en virtud de la exigencia de efectividad del perjuicio establecida por el artículo 139.2 LPAC.

b) Las cantidades que, en concepto de prestación por desempleo, le habrían correspondido durante el ya citado período y que el reclamante cuantifica en 4.301,73 euros. El importe concreto de tales prestaciones no ha quedado debidamente acreditado en el expediente, si bien tampoco ha sido objeto de discusión por la propuesta de resolución.

Así pues, descartada la pretensión resarcitoria principal por falta de efectividad del daño alegado, el único perjuicio económico que cabría considerar a efectos indemnizatorios sería el de las prestaciones por desempleo dejadas de percibir y que el actor reclama de forma subsidiaria.

## II. Nexo causal y antijuridicidad.

Considera el interesado que la causa de no poder percibir las indicadas prestaciones durante el período de constante referencia se sitúa en el error de la Administración, que no le consideró cesado hasta meses después de la efectiva finalización de la prestación de servicios. Según el reclamante, ello le impidió contar con el certificado de empresa, necesario para solicitar la prestación.

En este punto ha de acudirse al expediente para contrastar los siguientes extremos, relevantes en orden a la determinación de la existencia o no de nexo causal:

a) El interesado en ningún momento comunicó a la Administración empleadora la irregular situación en que se encontraba. El informe de la Dirección General de Recursos Humanos (folios 46 y 47 del expediente) señala al respecto que la detección de la situación irregular que afectaba al interesado se produjo *“como consecuencia de los continuos controles que se llevan a cabo y sin que el citado profesor manifestara a la Sección de Personal correspondiente que no podía obtener la prestación por desempleo porque continuaba de alta, pues de haberlo hecho, hubiese sido posible su regularización con la antelación suficiente”*.

b) No consta que el interesado formulara solicitud de prestación por desempleo ni que requiriera a la Consejería de Educación para que le facilitara el preceptivo certificado de empresa. Ha de precisarse que, si bien el interesado manifiesta en su escrito de reclamación que sí formuló dicha solicitud ante la entidad gestora y que lo acredita con un documento anexo a dicha reclamación, que identifica como documento 3, del examen de la prueba aportada por el interesado se advierte que tal documento no fue adjuntado a su escrito de reclamación. Si a ello se une que el Director de la Oficina de Prestaciones de Servicio Público Estatal de Empleo de Lorca (folio 42 del expediente) expresa que no consta solicitud de prestación por desempleo, cabe concluir que tal instancia no se formuló.

El régimen de las prestaciones por desempleo se contiene en la legislación de Seguridad Social, siendo norma cabecera del mismo la propia Ley General de Seguridad Social, cuyo Texto Refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (TRLGSS). De

conformidad con dicho texto legal, para acceder a la prestación por desempleo en el nivel contributivo se exigen varias condiciones: la afiliación y el alta o situación asimilada al alta, un período mínimo de cotización y estar en situación legal de desempleo.

Además, y por lo que aquí importa, el artículo 209.1 TRLGSS establece que quienes cumplan los requisitos exigidos por la Ley “deberán solicitar a la entidad gestora competente el reconocimiento del derecho a las prestaciones, que nacerá a partir de la situación legal de desempleo, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes”. En el mismo sentido se expresa la normativa reglamentaria de desarrollo (artículos 5.1 y 21.1 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo). A esta solicitud ha de acompañarse el certificado de empresa (art. 21.5 RD 625/1985) que el empleador ha de entregar al trabajador en el plazo de 10 días desde que éste queda en situación legal de desempleo (art. 27.1 RD 625/1985).

A la luz de las normas citadas, es cierto que la Administración regional incumplió la obligación de facilitar en plazo al trabajador el certificado de empresa, documento cuya relevancia reside en su carácter acreditativo de diversos extremos necesarios para el cálculo de la prestación, lo que impediría a aquél obtener de la entidad gestora el reconocimiento del derecho a la prestación. Sin embargo, de este hecho, totalmente involuntario y motivado por un error de gestión, no se sigue necesariamente que el interesado no pudiera instar del Servicio Público de Empleo Estatal el reconocimiento de la prestación, pues el mismo RD 625/1985 (art. 25.1) contempla expresamente el supuesto de solicitudes a las que no se acompañe la documentación preceptiva señalada en el artículo 21, respecto de las que se establece un trámite de subsanación.

De lo hasta aquí expuesto cabe extraer las siguientes consideraciones:

a) El reconocimiento de la prestación únicamente puede producirse a instancia de parte, de modo que sin solicitud previa no es posible el abono de la prestación. La solicitud corresponde efectuarla, exclusivamente, al trabajador en situación legal de desempleo, en este caso el interesado, por lo que su no presentación sólo a él es imputable, pues aunque careciera del certificado de empresa, podría haberla solicitado e instar de la Consejería la expedición del indicado documento, para subsanar el defecto de la solicitud.

b) La no presentación de la solicitud de reconocimiento del derecho a la prestación parece responder más bien a una decisión del trabajador, quien, conocedor de la situación irregular en que se encuentra, toda vez que sigue cobrando las retribuciones correspondientes a un trabajo que no ha prestado, en lugar de advertirlo a la Consejería competente en materia de Educación para que

proceda a su regularización, como le era exigible en atención a la lealtad y buena fe a que habría de ajustar su actuación respecto de la Administración en la que prestaba sus servicios (principio ético recogido por el artículo 53.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, opta por guardar silencio y continuar percibiendo, indebidamente, la remuneración correspondiente al puesto de profesor que, desde el 7 de abril de 2008, había dejado de ejercer.

c) En tales circunstancias, y aunque está acreditado que la Administración incurre en un error en la gestión de la baja del interesado, no se aprecia nexo causal entre dicho error y el daño que se dice haber sufrido, toda vez que éste, de existir, únicamente sería imputable al interesado, quien con su silencio ante la Consejería de Educación y omisión de solicitud ante el Servicio de Empleo Público Estatal contribuye de forma decisiva a la no percepción de la prestación por desempleo.

Cabe recordar aquí aquella doctrina que reconoce a la conducta de la propia víctima un efecto modulador de la responsabilidad, y que puede llegar a interrumpir el nexo causal cuando aquélla es de tal intensidad que impide reconocer en la actuación administrativa el origen del perjuicio. Así ocurre en el supuesto sometido a consulta, pues si el interesado no cobró la prestación durante el período en que no prestó servicios efectivos, lo fue sencillamente porque no solicitó su reconocimiento, sin que su alegación relativa a la imposibilidad de efectuar tal solicitud ante la no expedición del certificado de empresa pueda ser acogida, pues con una actuación mínimamente diligente por su parte se habría superado el obstáculo. En efecto, habría bastado la mera comunicación a la Consejería de la irregular situación en la que se encontraba, resultando especialmente significativo el silencio del interesado a la luz del documento que él mismo aporta junto a la reclamación, como documento número 5 (folios 22 y siguientes del expediente). Consiste en ocho capturas o impresiones de pantalla correspondientes a la consulta por medios electrónicos de su expediente personal efectuadas los días 24 de abril, 2, 10, 16, 23 y 30 de mayo, y 6 y 13 de junio de 2008. En todas ellas aparece como fecha de cese el 17 de junio de 2008, y en situación de “activo presente”, ambos datos incluidos en un apartado denominado “*Situación Actual. Centro Servicio*”. A pesar de lo manifiesto del error de los datos relativos a su situación y fecha de cese, cuando el hoy actor ya había dejado de prestar servicios el 7 de abril de 2008, éste no lo comunica a la Administración en ninguna de estas ocho ocasiones en que consultó su expediente, y ello aunque en la misma pantalla de consulta, en su parte superior, aparece el siguiente mensaje: “*si encuentra alguna incorrección en “Situación Actual: Centro Servicio”, puede comunicarnos la incidencia pinchando en...*”

En suma, fue la conducta del profesor, cuando no solicita la prestación ni comunica a la Consejería de Educación la irregular situación en la que se encuentra, la causa de que no pudiera cobrar la prestación por desempleo, actuación ésta de intensidad suficiente para interrumpir el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño alegado. Ello determina asimismo que, con su actuación, el interesado viene obligado a asumir las consecuencias de sus actos y omisiones, excluyendo cualquier antijuridicidad del perjuicio. De donde se deriva que, no concurriendo elementos esenciales de la responsabilidad patrimonial como el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño alegado, ni la antijuridicidad de éste, proceda desestimar la reclamación formulada por el interesado.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución objeto de consulta, al no apreciar el Consejo Jurídico la prescripción del derecho a reclamar que tal propuesta utiliza como fundamento para desestimar la solicitud.

**SEGUNDA.**- Procede, por el contrario, desestimar la reclamación al no concurrir en ella los elementos a los que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño que se dice haber sufrido, ni la antijuridicidad de éste.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 33-2011**

**Asunto** Resolución de contrato para la concesión de terrenos del término municipal de Fortuna para la explotación de una cantera.

**Consultante** Ayuntamiento de Fortuna

**Fecha** 14/02/2011

**Extracto doctrina**

Como expusimos en nuestros Dictámenes 169/2007 y 24/2010, debe recordarse lo señalado por el Consejo de Estado en su Dictamen nº 2230/2004, de 14 de octubre de 2004: “de acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado, con carácter general en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Dicha doctrina resulta de numerosos dictámenes, entre los que cabe citar los números 37.688, 34.387, 54.205, 55.563, 55.564, 717/91, 718/91 y 719/91, de 20 de junio de 1991, 1.656/92, de 27 de enero de 1993, 712/94, de 23 de junio de 1994, y 740/95 y 741/95, de 25 de mayo de 1995”. Y en otro de los Dictámenes de dicho Órgano Consultivo, el nº 55.564, de 31 de enero de 1991, se precisó que “el criterio fundamental, por tanto, es el de la preferencia por la causa primeramente perfeccionada en el tiempo -es decir, aquella que ha quedado integrada por todos y cada uno de sus perfiles institucionales- y será, por tanto, la que rijan el régimen sustantivo de la resolución”.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 1 de septiembre de 2005, el Ayuntamiento de Fortuna y la mercantil -- suscriben contrato administrativo para la concesión de la ocupación de terrenos (Parcela Letra G) en el Monte del Catálogo de Utilidad Pública número 58, denominado “Puntales de Sánchez”, de propiedad municipal.

El objeto del contrato, de conformidad con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que se incorpora al mismo, es la concesión para ocupación de terrenos con destino a cantera de mármol. La concesión tiene una duración de 15 años, obligándose el concesionario a abonar al Ayuntamiento un canon anual por ocupación de terrenos de 24.600 euros (que ha de ingresar hasta el 31 de enero del año correspondiente) y una indemnización por extracción de material, que se fija en 18 euros por cada metro cúbico de mármol extraído (a ingresar en la primera quincena del mes siguiente al que correspondan). La falta de pago de cualquiera de las liquidaciones aludidas “*determinará el inicio del procedimiento de apremio para su exacción con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento General de Recaudación, sin perjuicio de que tal incumplimiento constituya causa de resolución del contrato*” (Cláusula II PCAP).

De conformidad con la Cláusula XVII PCAP, el contrato podrá extinguirse, entre otras causas, por las siguientes:

- Falta de pago del precio de la concesión en los plazos establecidos.

- Las causas anunciadas en la Cláusula 26ª del Pliego de Condiciones Técnico-Facultativas, aprobadas por la Dirección General de Medio Natural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de 1 de junio de 1999 y su modificación de 16 de noviembre del mismo año. Entre estas causas, que se califican como de caducidad de la autorización, se establece la de “*no hacer uso de la concesión por un período de 6 meses consecutivos ó 9 alternos*” (Cláusula 26ª, letra b).

De conformidad con la Cláusula I PCAP, “*el contrato se ejecutará a riesgo y ventura del concesionario, sin que proceda reclamación alguna al Ayuntamiento por razón de los resultados de la explotación ni por la obtención o no de las autorizaciones necesarias para el ejercicio de la actividad, que le competen de modo exclusivo al concesionario. Por tanto, el concesionario vendrá obligado a abonar al Ayuntamiento el precio de la concesión desde que sea formalizado el presente contrato*”.

**SEGUNDO.-** El 23 de abril de 2007, la mercantil concesionaria solicita el cambio de titular en el contrato a favor de la sociedad “--”, en la que aquella participa.

**TERCERO.-** El 5 de mayo de 2008, la Dirección General del Medio Natural autoriza el cambio de titularidad de la concesión a favor de la indicada mercantil, que queda subrogada en cuantos derechos y obligaciones deriven de la concesión.

**CUARTO.-** El 27 de mayo, el Pleno del Ayuntamiento de Fortuna acuerda el cambio de titularidad solicitado, “condicionado a la aportación por la mercantil cesionaria de los oportunos certificados de estar al corriente en las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y la prestación de la garantía definitiva del contrato por importe de 18.000 euros.

**QUINTO.-** El 2 de octubre de 2009 (al no haber sido posible el 23 de septiembre por “ausente reparto”), el Ayuntamiento notifica a “--” que al comprobar las liquidaciones correspondientes a los años 2008 y 2009 por la explotación de la cantera, se encuentran pendientes de pago las cantidades de 37.312,38 euros (2008) y 28.772,41 euros (2009), intimando a la referida empresa a su pago antes del 30 de septiembre de 2009, con advertencia de iniciar los trámites para su cobro en vía ejecutiva si no se cumple tal requerimiento.

**SEXTO.-** El 10 de febrero de 2010, “--” contesta al Ayuntamiento manifestando que carecen de legitimación pasiva para hacerse cargo de la indicada deuda, toda vez que, tras la preceptiva autorización de la Dirección General del Medio Natural y del propio Ayuntamiento, se efectuó el cambio de titularidad en el contrato, subrogándose la empresa “--”, el 6 de febrero de 2008, en todos los derechos y obligaciones derivados del mismo, correspondiendo a dicha mercantil efectuar el pago de las cantidades adeudadas al Ayuntamiento, al ser ella la que explota la cantera.

**SÉPTIMO.-** Por Resolución de la Alcaldía de 22 de febrero, tras calificar el escrito de la mercantil como reclamación frente a las liquidaciones giradas en concepto de canon e indemnización por extracción de mármol, lo desestima al considerar que el condicionado a que se sometía la autorización municipal para el cambio de titularidad (acreditación por la cesionaria de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social) no se ha cumplimentado, por lo que no se habría llegado a producir la cesión, continuando “--” como titular de la concesión y, en consecuencia, obligada al pago de las liquidaciones efectuadas.

Dicha resolución ha sido impugnada ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, sin que hasta la fecha conste que haya recaído sentencia.

**OCTAVO.-** Por Providencia de la Alcaldía de 16 de noviembre de 2010 se incoa procedimiento de resolución contractual al amparo de lo establecido en la Cláusula XVII PCAP en relación con la 26ª del Pliego de Condiciones Técnico-Facultativas, consistente en no hacer uso de la concesión por un período de 6 meses consecutivos”, según se acredita por informe del Negociado de Canteras Municipales, de fecha 9 de noviembre de 2010 (que no consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico), según el cual la cantera no se explota desde el mes de octubre de 2008.

Se propone, asimismo, la incautación de la garantía definitiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 113.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP).

**NOVENO.-** Conferido trámite de audiencia a las empresas “--” y “--”, así como a la Dirección General del Medio Natural, sólo presenta alegaciones la primera de las mercantiles, oponiéndose a la resolución del contrato, pues la suspensión de trabajos en la explotación, que es un derecho que la Ley reconoce a la empresa minera, ha sido autorizada por la administración minera. Comoquiera que las cláusulas contractuales no pueden ir contra lo establecido en las leyes y en el contrato no se contempla la posibilidad de que la concesionaria pueda renunciar a los derechos otorgados por

la legislación de minas, ha de concluirse que no se ha vulnerado ningún precepto legal ni contractual.

Se adjunta Resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, de 17 de noviembre de 2009, por la que se aprueba la solicitud de paralización temporal de trabajos para la cantera, presentada el 16 de septiembre de 2009. De la documentación aportada por la alegante, no consta que se autorizara la solicitud de prórroga de la paralización de trabajos formulada el 13 de septiembre de 2010.

Del mismo modo, la concesionaria señala en sus alegaciones la imposibilidad de incautar la fianza constituida, toda vez que la empresa se encuentra en situación de concurso de acreedores declarado por auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Murcia, de 20 de abril de 2009, de modo que no se puede ejecutar dicho aval sin el consentimiento expreso del Juzgado, teniendo dicha cantidad la finalidad que corresponda según la Ley concursal.

El referido auto judicial, que la mercantil acompaña a su escrito de alegaciones, califica el concurso como voluntario.

**DÉCIMO.-** El 26 de enero de 2011 se emite informe de la Secretaría General municipal que fundamenta la procedencia de incautar la fianza en el artículo 113.4 TRLCAP, al haberse acreditado la falta de explotación del yacimiento durante el período temporal mínimo y continuado que determinan los Pliegos, falta de explotación que considera achacable a la empresa minera. Considera, asimismo, que nada obsta a esta consideración la situación concursal de la empresa, dado el principio de especialidad que impone la aplicación de la normativa de contratos.

En cuanto a la incidencia de la autorización administrativa de paralización temporal de la explotación en el régimen del contrato de concesión, el informe le niega relevancia alguna, considerando que dándose una causa de resolución expresamente prevista en el PCAP, procede dicha resolución pues, de seguir la tesis del concesionario, la sola voluntad unilateral de la empresa de suspender la explotación impediría de facto que el contrato desplegara sus efectos, privando al Municipio del ingreso del canon concesional y de su facultad de efectuar una nueva licitación de la explotación.

**UNDÉCIMO.-** Con la misma fecha y con idéntico fundamento, se formula propuesta de resolución para someterla a la consideración del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, acordándose la suspensión del transcurso del plazo para resolver el procedimiento y notificar la resolución, entre la petición del Dictamen (26 de enero de 2011) y su recepción.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo extracto de secretaría, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Fortuna remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 27 de enero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

En presencia de un procedimiento por el que se pretende resolver una concesión administrativa otorgada mediante contrato, al que se opone el contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 59.3, letra a) TRLCAP, aplicable al contrato cuya resolución se pretende en atención al momento de adjudicación de aquél, por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

#### **SEGUNDA.- Naturaleza y objeto del contrato.**

Las peculiaridades que reviste el contrato de concesión cuya resolución se pretende aconsejan una reflexión previa acerca de los extremos indicados en el epígrafe de esta Consideración.

Si se analizan los términos de los pliegos contractuales, singularmente el de condiciones técnico-facultativas elaborado por la entonces Dirección General de Medio Ambiente, se advierte que su verdadero objeto es la ocupación de los terrenos, toda vez que la explotación minera (sometida al oportuno régimen de autorización o concesión administrativa, según la clasificación que merezca el material a extraer, exigido por la legislación de minas) se ubica en unos terrenos que merecen la calificación legal de monte catalogado de utilidad pública, que es propiedad del Ayuntamiento de Fortuna, y que, a la fecha del contrato, tienen la condición de bien demanial de aquél, toda vez que la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (LM), a diferencia del régimen anterior, califica expresamente como bienes de dominio público a todos los montes incluidos en el Catálogo de los de Utilidad Pública (art. 12.1, letra a), sometiendo su uso privativo a concesión administrativa (art. 15.4). La demanialidad del bien, con el específico régimen de uso y aprovechamiento que ello conlleva, se acompaña, en el caso de los montes catalogados, de su función social o utilidad, cuya consideración es determinante de su catalogación. En este sentido, la

STS, Sala 3ª, de 2 de enero de 2003, apunta que “*la viabilidad de las ocupaciones temporales se sujeta a que sean compatibles con la utilidad pública, lo que es tanto como decir con las condiciones que fueron determinantes de la inclusión del monte en el Catálogo*”.

Como ya señalara este Consejo Jurídico en el Dictamen 59/2009, la concesión de ocupación temporal del monte guarda múltiples similitudes con las concesiones demaniales contempladas por el artículo 78 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBEL), con carácter general, y por el artículo 15.4 LM, de forma específica para el uso privativo de los montes catalogados, en la medida en que a través de ellas se traslada a un particular el aprovechamiento de una porción de dominio público, cuya titularidad retiene la Administración. Como ha tenido ocasión de señalar el Consejo de Estado, en relación a las concesiones demaniales, esta transferencia opera en el marco de los negocios jurídicos de naturaleza bilateral, de tal suerte que requiere una formal concurrencia de ambas voluntades, la de la Administración concedente y la del presupuesto concesionario (Dictamen 1507/1993), constituyendo una “*relación inequívocamente contractual, onerosa y recíproca*” (STS, de 29 de septiembre de 1980).

El Consejo Jurídico ya tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la naturaleza de contratos similares al presente en el Dictamen 37/1998, calificándolos como contratos administrativos especiales, naturaleza que expresamente recoge la Cláusula XVIII PCAP, al amparo de lo establecido en el artículo 8, en relación con el 5.2, letra b) TRLCAP.

### **TERCERA.- Tramitación.**

De conformidad con el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), la resolución de oficio del contrato exige cumplir los siguientes trámites: a) dar audiencia al contratista por plazo de diez días naturales; b) al avalista, si se propone la incautación de la fianza; c) informe del Servicio Jurídico; y d) caso de formular el contratista oposición, Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El expediente acredita el cumplimiento de los trámites señalados con las letras a) y c) (entendiendo aquí como informe del Servicio Jurídico el de la Secretaría General del Ayuntamiento). La emisión de este Dictamen persigue hacer efectivo el último de los trámites preceptivos.

Sin embargo, no consta que se haya dado audiencia al avalista aun cuando la propuesta de resolución pretende incautar la fianza. El modo en que ésta se constituyó no consta de forma fehaciente en el expediente, si bien, las alegaciones del concesionario formuladas con ocasión del trámite de audiencia parecen indicar que la garantía definitiva se constituyó mediante aval, al señalar el alegante que *“no se puede proceder a la ejecución de dicho aval”*. De ser así, debería concederse audiencia al avalista con carácter previo a la resolución, dado el carácter preceptivo del trámite.

#### **CUARTA.- Existencia de causa de resolución.**

La propuesta de resolución sometida a Dictamen considera que concurre la causa de resolución contractual consistente en no hacer uso de la concesión minera por un período de 6 meses consecutivos, contemplada en la Cláusula 26ª del Pliego de Condiciones Técnico-Facultativas aprobado por la Dirección General del Medio Natural, a que se remite la Cláusula XVII del PCAP, en la que se contienen las causas de resolución del contrato de concesión.

Para el adecuado entendimiento de la cuestión parece conveniente distinguir la diversa naturaleza de las actuaciones administrativas implicadas en la explotación de la cantera. De un lado, como se ha expresado en la Consideración Segunda de este Dictamen, existe un acto de naturaleza contractual y bilateral que vincula al Ayuntamiento, titular del bien de dominio público donde se ubica la cantera, por el que la Corporación Local cede la ocupación del monte a un particular con el fin de explotar los recursos minerales allí existentes. Es el contrato administrativo especial cuya resolución se pretende.

Pero, además, para poder hacer efectiva dicha explotación minera, el concesionario precisa obtener, de forma previa a la realización de cualesquiera trabajos destinados a tal fin, una autorización de explotación, regulada en la normativa minera, singularmente en el Reglamento General para el Régimen de la Minería, aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto. En efecto, de conformidad con el artículo 5.1, el mármol sería un recurso incardinable en la Sección A, para cuya explotación privativa los artículos 2 y 28 del indicado Reglamento exigen la obtención de una autorización administrativa a conceder por la Administración minera. Por otra parte, también se somete a autorización la paralización de los trabajos de explotación durante más de seis meses, pues de lo contrario se prevé la caducidad de la autorización inicialmente concedida, efecto éste que, en el supuesto sometido a consulta, el concesionario evitó obteniendo la oportuna autorización de cese temporal de trabajos de la Dirección General de Industria, Energía y Minas.

Asimismo, el vetusto Reglamento de Montes, aprobado por Decreto 485/1962, de 22 de febrero, sometía a autorización de la Administración forestal la ocupación de los montes como consecuencia de concesiones administrativas de aguas, minas o de cualquier otra clase (arts. 168 y siguientes y 178). La LM nada dice acerca de estas ocupaciones, lo que ha abierto el debate doctrinal acerca de su vigencia. En cualquier caso, y en lo que ahora importa, bien sea por aplicación de tales preceptos reglamentarios, bien por el régimen de usos del dominio público forestal contemplado en el artículo 15 LM, el uso privativo de los montes públicos catalogados se somete a autorización o concesión de la correspondiente Administración gestora (art. 15.4 LM).

En el supuesto sometido a consulta, el Pliego de Condiciones Técnico-Facultativas a que se remite el contrato para fijar el régimen de la ocupación es fijado por la Administración autonómica forestal con anterioridad a la aprobación de la LM, por lo que su referente normativo bien podría ser el aludido Reglamento de Montes y la regulación que allí se contiene acerca de las ocupaciones por razón de interés público a autorizar como consecuencia de la solicitud de una concesión administrativa de minas, autorización que, de conformidad con el artículo 178.4 del Reglamento, *“sólo tendrá vigencia mientras se cumpla la finalidad de la obra, servicio o concesión a cuyo favor se hubiese otorgado”*.

De forma coherente con esta regulación, la Cláusula 26ª del Pliego señala como causa de caducidad de la autorización la de no hacer uso de la concesión por un período de 6 meses consecutivos.

Ahora bien, ¿es ésta una causa de resolución del contrato de concesión o lo es, más bien, la caducidad de la autorización?

Quizás lo más acorde con el complejo régimen de las ocupaciones de los montes públicos para la explotación de sus recursos minerales sería que la concesión administrativa y la autorización forestal, cuyo fin último comparten, unieran sus destinos, de forma que la extinción de una determinara la de la otra, en una suerte de reciprocidad extintiva, lo que exigiría que, para que se diera la causa de resolución contractual existiera una previa declaración administrativa de caducidad o extinción de la autorización.

Sin embargo, de la lectura de la Cláusula XVII PCAP se desprende que la causa de resolución contractual no es la declaración de caducidad de la autorización, sino la concurrencia de las circunstancias que permiten tal declaración extintiva. Ha de recordarse que el PCAP es el instrumento habilitado por el artículo 67.2, letra p, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP),

para establecer causas especiales de resolución del contrato. Comoquiera que el referido clausulado es asumido como propio e incorporado al contrato, se cumple también con lo dispuesto en el artículo 111, letra h) TRLCAP, en cuya virtud son causas de resolución contractual las que se establezcan expresamente en el contrato.

En consecuencia, comoquiera que las causas de caducidad de la autorización se convierten a su vez en causas de resolución de la concesión y queda acreditado en el expediente que la explotación de la cantera ha estado paralizada durante más de 6 meses consecutivos, concurre la causa de resolución establecida en el contrato. Frente a dicha consideración no cabe esgrimir la autorización obtenida de la Administración minera para paralizar los trabajos, cuyos efectos se reducen a evitar las consecuencias extintivas para la concesión de explotación previstas en el ordenamiento minero, pero que no inciden sobre el conjunto de derechos y obligaciones que dimanen del contrato de concesión, dada la ausencia de previsión normativa o convencional en tal sentido.

En cualquier caso, ha de advertirse que, aun cuando se admitiera que la autorización de paralización de los trabajos -expedida por una administración, la minera, diferente de la municipal-, determinara la suspensión de los efectos del contrato de concesión, ello no impediría apreciar que concurre la indicada causa de resolución contractual, pues, de conformidad con el informe del Negociado de Canteras Municipales (folio 93 del expediente), no se habría explotado la cantera desde, al menos, octubre de 2008, fecha muy anterior a la autorización de paralización de los trabajos, que fue expedida por la Dirección General de Industria, Energía y Minas el 17 de noviembre de 2009.

No obstante, este Consejo Jurídico advierte que concurre otra causa de resolución que antecede en el tiempo a la ya referida, y es la falta de pago del precio de la concesión en los plazos establecidos. En efecto, las liquidaciones giradas por el Ayuntamiento al concesionario aluden a la falta de pago de cantidades relativas a dos anualidades, el 2008 y el 2009. Si bien no se explicita en el documento obrante al folio 81 del expediente a cuál de los dos conceptos (canon o indemnización por extracción) del precio del contrato se refiere, sí permiten inferir que el incumplimiento de la obligación de pago se produjo antes del abandono de la explotación de la cantera durante seis meses consecutivos, contados a partir de octubre de 2008 (marzo-abril de 2009), dado que el canon concesional correspondiente a 2008 debería haber sido abonado antes del 31 de enero de 2008 y las indemnizaciones por extracción en la primera quincena del mes siguiente. Del mismo modo, el canon concesional del 2009 debería haberse abonado antes del 31 de enero de ese año.

A este respecto, como expusimos en nuestros Dictámenes 169/2007 y 24/2010, debe recordarse lo señalado por el Consejo de Estado en su Dictamen nº 2230/2004, de 14 de octubre de 2004: *“de acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado, con carácter general en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Dicha doctrina resulta de numerosos dictámenes, entre los que cabe citar los números 37.688, 34.387, 54.205, 55.563, 55.564, 717/91, 718/91 y 719/91, de 20 de junio de 1991, 1.656/92, de 27 de enero de 1993, 712/94, de 23 de junio de 1994, y 740/95 y 741/95, de 25 de mayo de 1995”*. Y en otro de los Dictámenes de dicho Órgano Consultivo, el nº 55.564, de 31 de enero de 1991, se precisó que *“el criterio fundamental, por tanto, es el de la preferencia por la causa primeramente perfeccionada en el tiempo -es decir, aquella que ha quedado integrada por todos y cada uno de sus perfiles institucionales- y será, por tanto, la que rija el régimen sustantivo de la resolución”*.

Por otra parte, el procedimiento contencioso iniciado por el concesionario en orden a determinar a qué mercantil, si la inicial adjudicataria del contrato o la cesionaria del mismo, corresponde afrontar el pago del precio del contrato, en nada afecta a la realidad objetiva que constituye la falta de abono de aquél y que, al margen de a quién sea exigible dicho pago, perfecciona la causa de resolución.

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que procede declarar la resolución del contrato de concesión objeto de Dictamen al amparo de la causa establecida en la Cláusula XVII PCAP, consistente en la falta de pago del precio en los plazos establecidos.

**QUINTA.- Incautación de la garantía: procedencia.**

Declarada la existencia de causa de resolución contractual imputable al contratista ha de analizarse si el incumplimiento de su obligación de pago del precio de la concesión cabe calificarlo o no de culpable, pues sólo si lo fuera procedería la incautación de la garantía al amparo de lo establecido en el artículo 113.4 TRLCAP.

Consta en el expediente que la concesionaria se opuso en su momento a las liquidaciones correspondientes a los años 2008 y 2009, sobre la base de considerar que carecía de legitimación pasiva para hacerse cargo de tal deuda, dado que se había operado la cesión del contrato a favor de otra empresa, la cual se habría subrogado en todos los derechos y obligaciones del concesionario. Ante la contestación del Ayuntamiento que considera que tal cesión no se

perfeccionó al no cumplir el concesionario las condiciones que se le establecieron, incoa un procedimiento contencioso-administrativo en el que, al parecer, aún no ha recaído sentencia.

Considera el Consejo Jurídico que el sometimiento a la jurisdicción contenciosa de la cuestión relativa a si la cesión del contrato se perfeccionó o no en nada afecta a la causa de resolución contractual propuesta en este Dictamen, la cual se produce ya el 1 de febrero de 2008, ante la falta de abono del canon concesional correspondiente a dicho año antes del 31 de enero. Comoquiera que la cesión de los contratos exige que el órgano de contratación la autorice expresamente y con carácter previo (art. 114.2 TRLCAP), lo que no se llevó a efecto hasta el 27 de mayo de 2008 (y sin entrar en si el incumplimiento de las condiciones puestas por el Ayuntamiento para la cesión impide o no su perfeccionamiento, cuestión que se encuentra *sub iudice*), lo cierto es que a tal fecha ya se había producido la causa de resolución contractual, sin que el concesionario hubiera ofrecido justificación alguna de su incumplimiento, lo que permite calificarlo de culpable, procediendo la incautación de la garantía constituida.

Por otra parte, la alegación relativa a la imposibilidad de incautar la garantía dada la situación de concurso de acreedores en que se encuentra la empresa no puede ser acogida, sobre la base de la especialidad de la normativa contractual, reconocida por el artículo 67.1 de la propia Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), en cuya virtud, los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en cuanto que aprecia la procedencia de resolver el contrato de concesión de ocupación de terrenos, si bien la causa en que se ampara la extinción contractual debe adecuarse a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

**SEGUNDA.-** Procede incautar la garantía definitiva, de conformidad con lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen, siendo necesario, con carácter previo, conferir trámite de audiencia al avalista, si dicha fianza se constituyó mediante aval.

No obstante, V.S. resolverá.





**DICTAMEN 34-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 21/02/2011

**Extracto doctrina**

La adecuación de la asistencia médica a la lex artis ad hoc excluye cualquier antijuridicidad del daño (artículo 141.1 LPAC).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de diciembre de 2008, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por los daños sufridos, a consecuencia de la asistencia sanitaria que se le dispensó en el Hospital Universitario Reina Sofía y en el Centro de Salud de Torreagüera, ambos del municipio de Murcia.

Describe los hechos del siguiente modo:

El 19 de enero de 2008, el paciente sufrió una caída de la bicicleta, golpeándose en el pie izquierdo, y fue llevado al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Reina Sofía, donde se le practicó una radiografía en la que se observó una fractura de falange distal D1, se le diagnosticó herida en primer y segundo dedo del pie izquierdo y se le prescribió como tratamiento: cura local y sutura de heridas, suidantilia, vacunación ATT y ATB, y analgésicos.

Al día siguiente, 20 de enero, volvió de nuevo al Servicio de Urgencias del mismo Hospital, pues sentía un intenso dolor y sangrado abundante. En el informe de alta se hizo constar que no existían signos de infección y que el resto de la exploración era normal. Sin embargo, el tratamiento fue distinto, pues se le realiza un infiltrado en el primer y segundo dedo en espacio interdigital y en región externa del primero con anestésico local. Se le prescribió enantyum, nolotil, paracetamol, tramadol, omeprazol, hibor, orfidal y augmentine plus, cada doce horas. Finalmente, se le remitió a su médico de cabecera o especialista para que efectuara las correspondientes curas.

Después de esta segunda visita al Servicio de Urgencias del Hospital, y tras confirmarse que la herida evolucionaba adecuadamente, acudió regularmente a su Centro de Salud durante un mes para que se le realizara el seguimiento de sus heridas, se le aplicara el tratamiento procedente, y se le realizaran las curas locales.

Aunque en el Centro de Salud le indicaron que las heridas evolucionaban adecuadamente, seguía teniendo un intenso dolor en el pie, cuyo color y olor eran extraños, por lo que acudió de nuevo al Servicio de Urgencias del Hospital Reina Sofía, donde se le diagnosticó necrosis distal del primer y segundo dedo del pie izquierdo; se le hizo un estudio preoperatorio y se acordó intervenirle el 18 de febrero de 2008. Dicha intervención consistió en una limpieza quirúrgica y amputación a nivel de tercio medio de la falange proximal del primer dedo, y a nivel de la falange media en el segundo.

La evolución postoperatoria fue adecuada, y se le dio alta médica hospitalaria para seguimiento ambulatorio.

El interesado señala que, a consecuencia de todo este proceso, inició un periodo de incapacidad temporal, del que fue dado de alta médica el 10 de octubre de 2008. En 19 de noviembre de 2008 solicitó al Instituto Nacional de la Seguridad Social la invalidez permanente para su trabajo habitual de encofrador en la mercantil x. A la vista de las secuelas que presentaba, después de lo ocurrido, la empresa no le volvió a contratar al tener suscrito un contrato temporal, de manera que le dio el finiquito, al finalizar el mismo el 2 de abril de 2008.

Se imputa al Servicio Murciano de Salud la negativa evolución de sus heridas, como consecuencia de la falta de tratamiento y del inadecuado seguimiento de las mismas y solicita una indemnización a la Administración Sanitaria por los días de incapacidad y las secuelas que le han quedado, por lo que insta a que por los servicios médicos sanitarios se proceda a la valoración de la indemnización que corresponda.

Por último, el reclamante designa como su representante a la letrada x, quien suscribe también el escrito de reclamación presentado, acompañando determinada documentación clínica sobre su proceso asistencial.

**SEGUNDO.-** Por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud se dictó Resolución de admisión a trámite el 19 de enero de 2009, que fue notificada a las partes interesadas.

Al mismo tiempo, se solicitó a la entonces Gerencia de Atención Primaria de Murcia copia de la historia clínica del paciente, e informes de los facultativos que le atendieron. Dicha Gerencia remitió la documentación clínica solicitada (folio 36 a 40), entre la que obra el informe emitido por los enfermeros del Centro de Salud de Torreagüera, que asistieron al paciente en el seguimiento de sus heridas en el pie, en el que exponen lo siguiente:

*“Por parte de enfermería se le empezó a realizar curas el día 24 de enero de 2008, apreciando herida muy macerada y sangrante con gran edema y un grandísimo hematoma (no entendimos como traumatología no lo dejó ingresado y le cita para casi dos meses después para seguimiento). Se le cura con protocolo de curas a indicación del Hospital Reina Sofía.*

*Las curas se le realizan a diario y en varias ocasiones le ve el Médico de Cabecera, y en varias ocasiones se le aconseja o envía a la Puerta de Urgencias del Hospital de referencia.*

*La evolución de la herida, en ningún momento, se le dijo que fuera bien, por el contrario nunca nos satisfizo su evolución y se lo hicimos saber en todo momento, y por parte de todos los que lo curamos, por lo que se le aconsejó que fuera al Hospital en alguna ocasión.*

*El día 13 de febrero de 2008 le aconsejamos que fuera a la Puerta de Urgencias a la mayor brevedad posible, ya que la herida presentaba un empeoramiento”.*

**TERCERO.-** También se solicitó al Hospital Universitario Reina Sofía una copia de la historia clínica del paciente, e informes de los facultativos que le atendieron. Desde dicho Hospital, se remitió la documentación solicitada (folios 41 a 112), entre la que figura el informe elaborado por el Jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, que resume del modo siguiente la asistencia dispensada al paciente:

*“Paciente de 28 años de edad, ingresado de urgencias en el Servicio de COT el día 15 de febrero de 2008, con diagnóstico de necrosis distal de 1º y 2º dedo pie izquierdo sobre herida producida el 19 de enero de 2008.*

*Tras su ingreso, se decide intervención quirúrgica que se realiza el 18 de febrero de 2008, practicándosele limpieza quirúrgica y amputación de 1º dedo a nivel de falange proximal y 2º dedo a nivel de segunda falange.*

*El postoperatorio evoluciona dentro de los límites normales, siendo alta hospitalaria el 7 de marzo de 2008, con tratamiento antibiótico.*

*Posteriormente fue revisado semanalmente en consultas externas de COT hasta su curación definitiva”.*

**CUARTO.-** Por la Compañía Aseguradora del Servicio Murciano de Salud, se aportó dictamen pericial colegiado sobre el contenido de la reclamación (folios 117 a 126), en el que, tras relatar el objeto de la misma, y formular las oportunas consideraciones médicas, se concluye lo siguiente:

*“1. x. sufrió una lesión traumática que afectó al 1º y 2º dedo del pie. Fue tratado en Urgencias mediante limpieza quirúrgica de la herida y se cubrieron las tres posibilidades de complicación grave, mediante protección antitetánica y antiembolia y cobertura antibiótica con amoxicilina plus.*

*2. Pasó a control de su Área, realizando curas cada 48 horas en su Centro de Salud, como estaba marcado. La evolución no fue adecuada y unas tres semanas después ingresó en el Hospital para limpieza quirúrgica y amputación de los tejidos necrosados, que afectaban a una parte del 1º y 2º dedo. El paciente firmó Consentimiento Informado específico para amputación.*

*3. La amputación no afectó a la cabeza de los metatarsianos. especialmente del 1º y del 5º, de tal forma que el triángulo de carga se mantiene intacto. La amputación parcial del 2º dedo tiene una influencia mínima en el momento del despegue del antepié del suelo en el ejercicio de la deambulación.*

*4. En el análisis de la documentación no se ha observado mala praxis”.*

**QUINTO.-** La parte reclamante, a la vista del tiempo transcurrido desde la interposición de la acción sin que se le hubiera dado traslado de los informes o resoluciones recaídas en el mismo, presentó escrito (folio 131) en el que solicitó que se le remitiese copia íntegra testimoniada de las actuaciones obrantes en el expediente, a fin de poder ejercitar los derechos y acciones que le correspondiesen. Igualmente, solicitó el certificado de acto presunto, que fue expedido el 30 de julio de 2009 (folio 133).

Con la remisión de la citada certificación también se le informaba al reclamante que el expediente se encontraba pendiente del informe valorativo de la Inspección Médica, y que, en su condición de interesado, conforme a lo dispuesto en el artículo 35.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común (LPAC), podía tomar vista del expediente y obtener las copias que le interesasen, así como formular alegaciones en cualquier fase del procedimiento.

**SEXTO.-** La Inspección Médica emite informe el 11 de marzo de 2010, obteniendo las siguientes conclusiones:

*“1. x. se produce herida por estallido con avulsión de uña y lecho ungueal en primer dedo de pie izquierdo y herida sin afectación neurovascular en el segundo dedo. Se realizó tratamiento consistente en cura local, sutura de heridas, sindactilia de primer y segundo dedos blanda, vacunación antitetánica, antibioticoterapia, antitrombótica y analgesia, que es acorde con el protocolo según las consideraciones médicas expuestas.*

*2. Las curas que se realizaron en su Centro de Salud se ajustan al protocolo establecido para heridas. El seguimiento de las heridas a través de la práctica de las curas en atención primaria se ajustó a los protocolos establecidos, según se acredita en el historial médico.*

*3. Las heridas por estallido y contusas tienen peor pronóstico y más riesgo de complicaciones a lo largo de su evolución, especialmente las más distales; la falta del restablecimiento de la irrigación vascular en las partes lesionadas permitió la necrosis de estas zonas por falta de riego suficiente. No existió falta de tratamiento de las heridas del paciente como queda acreditado por el historial clínico y el tratamiento recibido se ajusta a los protocolos establecidos.*

*4. No hemos encontrado a lo largo del proceso estudiado funcionamiento anormal del Servicio Murciano de Salud o defectuosa asistencia médica, habiendo estado la misma ajustada a los protocolos vigentes para el diagnóstico y tratamiento de heridas, que afectaban al paciente.*

*5. Toda la actuación médica es correcta y se ajusta a la lex artis ad hoc”.*

**SÉPTIMO.-** Otorgado trámite de audiencia a las partes en el procedimiento, a efectos de que formularan alegaciones y presentaran los documentos que estimaran convenientes, durante dicho periodo el reclamante no presentó alegación alguna, ni aportó documentación relativa a los hechos planteados en la reclamación.

**OCTAVO.-** La propuesta de resolución, de 25 de junio de 2010, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada puesto que, a la vista de la secuencia de las

actuaciones que se siguieron con el paciente, la *praxis* médica fue adecuada, conforme a los protocolos establecidos.

**NOVENO.-** Con fecha 19 de julio de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. El reclamante, al padecer en su persona los perjuicios que imputa a la actuación administrativa consistente en la atención sanitaria recibida, ostenta la condición de interesado para deducir la presente reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el artículo 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva no suscita duda la correspondiente a la Administración regional, de la que depende el Hospital Reina Sofía y el Centro de Salud de Torreagüera, donde se le practicaron las curas.

2. Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que los perjudicados deduzcan su pretensión ante la Administración. En efecto, según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Añadiendo que en caso de daños a las personas, de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Pues bien, en el caso que nos

ocupa la reclamación presentada el 11 de diciembre de 2008 se ha presentado dentro del año previsto para su ejercicio, pues la actuación sanitaria a la que atribuye sus secuelas se desarrolló desde el 19 de enero del mismo año, cuando ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital Reina Sofía, hasta el 18 de febrero siguiente, en el que se le practicó limpieza quirúrgica y amputación a nivel del tercio medio de falange proximal de primer dedo y a nivel de falange media en el segundo dedo del pie izquierdo.

3. El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP, salvo el plazo máximo para resolver, que ha excedido en mucho al previsto en el citado Reglamento, lo que casa mal con los principios de eficacia, agilidad y celeridad que han de inspirar la actuación administrativa.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación del sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada "*lex artis ad hoc*" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (por todas, STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**CUARTA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el presente caso.**

El reclamante imputa a la Administración sanitaria que la mala evolución de sus heridas se debió a la falta de tratamiento y a un inadecuado seguimiento, frente a la propuesta elevada, que sostiene la adecuación de la actuación a los protocolos y que hay lesiones, como las sufridas por el reclamante, que por sus propias características presentan la posibilidad de una mala evolución.

Conviene destacar en el presente caso la ausencia de prueba por parte del reclamante respecto a sus imputaciones de mala *praxis* médica, a quien incumbe según el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, jugando un papel esencial las pruebas periciales cuando se achacan fallos en la asistencia sanitaria, como ha tenido ocasión de pronunciarse el Consejo Jurídico en diversos Dictámenes sobre responsabilidad patrimonial en materia sanitaria (por todos, los números 106 y 133 de 2004, y 25 y 37 de 2005). Pues bien, en el presente caso no consta que el reclamante haya comparecido durante el trámite de audiencia para cuestionar las consideraciones médicas que más adelante se señalan, y que aseveran que no se ha producido una infracción de la *lex artis* en sus distintas vertientes.

Así pues, las imputaciones del reclamante sobre la existencia de la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario han sido completamente refutadas por la Inspección Médica (Antecedente Sexto), en su cualidad de órgano administrativo, que se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad.

Veamos, pues, cuáles son las consideraciones médicas realizadas por la Inspección Médica para obtener sus conclusiones de adecuada *praxis* médica (folios 149 y 152):

1ª) Como consecuencia del accidente fortuito de bicicleta, el paciente se produjo una herida por estallido con avulsión de uña y lecho ungueal en el primer dedo y herida sin afectación neurovascular en el segundo dedo del pie izquierdo. Se le realiza tratamiento consistente en cura local, sutura de heridas, sindactilia del primer y segundo dedo blanda, vacunación antitetánica, antibioticoterapia y analgesia, lo que es acorde con el protocolo.

2ª) El tratamiento del segundo día, cuando acude de nuevo al Hospital Reina Sofía, se ajusta también al protocolo de heridas, y puesto que el paciente presenta dolor intenso, se le infiltra anestésico local para paliarlo y mejorar la circulación.

3ª) Del 24 de enero al 13 de febrero acude a su Centro de Salud para la práctica de las curas, que se realizan de acuerdo con el protocolo establecido. No obstante, según indica la Inspección Médica, la evolución no satisfizo al personal de enfermería recomendando al paciente que acudiera de nuevo al Hospital. Sin embargo, pese a la citada recomendación, no explica el paciente la tardanza de 4 días en acudir a las curas en su centro de salud y de 2 días, desde la última cura, en ir al centro hospitalario para que le examinen la herida (folio 40), a la vista del empeoramiento sufrido, como le indicó el personal de enfermería.

4ª) El día 15 de febrero acude al Servicio de Urgencias por mala evolución de las heridas del primer y segundo dedo del pie izquierdo, que fue valorado por el Servicio de Traumatología, diagnosticándole de necrosis en ambos dedos sin infección. Se le realiza cura local y se le indica tratamiento quirúrgico consistente en amputación de las zonas necrosadas, siendo intervenido el 18 de febrero siguiente, teniendo una evolución adecuada.

A la vista de las actuaciones expuestas no puede afirmarse, como hace el reclamante, que existiera falta de tratamiento de las heridas, considerando la Inspección Médica que “toda la actuación es correcta ajustándose a los protocolos establecidos”.

Tampoco el reclamante ha acreditado que las secuelas alegadas fueran consecuencia de la actuación sanitaria, sosteniendo, por el contrario, la Inspección Médica que:

*“Las heridas por estallido y contusas tienen peor pronóstico y más riesgo de complicaciones a lo largo de su evolución, especialmente, como en el caso que nos ocupa de heridas en partes acras de la anatomía humana, ya que desde el corazón a los dedos del pie para alimentar a los tejidos, esto se efectúa a través de una microcirculación de finísimos capilares, que por el tipo de herida que se produjo, pudieron desaparecer permitiendo la necrosis de estas zonas por falta de riego suficiente”.*

En suma, no resulta acreditado en el expediente las imputaciones del reclamante sobre la falta de tratamiento y la atribución de las secuelas a la *praxis* médica, que se considera correcta tanto por la Inspección Médica, como por los peritos de la aseguradora; la adecuación de la asistencia médica a la *lex artis ad hoc* excluye cualquier antijuridicidad del daño (artículo 141.1 LPAC).

Por último, el reclamante no concreta la cuantía indemnizatoria que reclama, en concepto de días de incapacidad y secuelas.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 35-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por el fallecimiento de su hijo en accidente de tráfico.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 21/02/2011

**Extracto doctrina**

Se infiere una falta de adecuación de la conducción a las características de la vía, exigida por el artículo 45 del Reglamento General de Circulación, ya citado, al circular a una velocidad posiblemente inadecuada (Atestado), lo que determina la ruptura del nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el daño causado.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 15 de noviembre de 2007, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración regional por los daños sufridos, como consecuencia del fallecimiento de su hijo en un accidente de tráfico en la carretera E-11, km. 9,2, en el término municipal de Fuente Álamo.

Describe que el 18 de noviembre de 2006, sobre las 18,40 horas, su hijo x. conducía la motocicleta Yamaha YZF-R1 (matrícula x) llevando como ocupante a x, cuando se salió de la carretera por la falta de señalización de la curva, falleciendo el primero.

Señala que, en virtud de estos hechos, se levantó atestado núm. 560/06 por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil (Destacamento de Cartagena), que se acompaña, incluyendo un informe técnico y fotográfico de los guardias civiles que se personaron, complementarios al atestado (folios 2 a 21).

Imputa al funcionamiento del servicio público de carreteras la falta de señalización de la curva, lo que supone un incumplimiento del deber de mantener las carreteras en las condiciones mínimas y elementales de seguridad para los que las utilizan.

Por último, reclama la cantidad de 90.954,14 euros (víctima sin cónyuge y con ascendientes que convivan con él), interesando el recibimiento a prueba.

**SEGUNDO.-** Mediante escrito de 12 de febrero de 2008, la instructora se dirige al reclamante para informarle del plazo máximo previsto para la resolución del procedimiento y los efectos del silencio administrativo, así como para requerirle que subsane y mejore su escrito de reclamación con la documentación que se reseña en los folios 35 y 36 del expediente.

**TERCERO.-** Recabado el informe de la Dirección General de Carreteras, es evacuado el 3 de marzo de 2008 por el Jefe de Sección de Conservación III en el siguiente sentido:

*“La carretera objeto de este informe pertenece a la red de carreteras administradas por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Denominación E-11 (E-6, La Carrasca a MU-603).*

*A) Fue constatado el hecho por la Guardia Civil de Tráfico.*

*B) De acuerdo con la señalización existente en el tramo de la carretera donde se produjo el accidente, según el informe y las fotografías aportadas por la Guardia Civil en el momento del accidente:*

*- Señal de velocidad máxima aconsejable 60 km./h. (en la actualidad se han comprobado las medidas de la señal y corresponden con 90 x 90 cms.).*

*- Panel direccional de curva (medidas comprobadas en la actualidad: 160 x 40 cms.).*

*- Tres hitos de arista tipo I (MOPT) para carretera convencional como la que se trata (medidas 1,550 metros de altura, existencia en la fecha del accidente demostrada en las fotografías de la Guardia Civil y siguen existiendo actualmente).*

*- Condiciones del firme según Guardia Civil: seco, limpio y en perfectas condiciones de conservación la capa de rodadura*

*- Correcta señalización horizontal: línea continua en eje y laterales, siendo discontinua en eje y laterales de acceso a camino.*

*- Siguiendo con el informe de la Guardia Civil de Tráfico, la motocicleta después de la huella dejada sobre el arcén derecho de la carretera pierde el contacto con el pavimento durante 9,00 metros y después de tocar el suelo del terreno colindante vuelve a elevarse y recorre otros 14 metros antes de caer nuevamente.*

- *En la actualidad la señal de velocidad máxima aconsejable tiene una distancia de visibilidad de día de 146,00 m.l.*

*De acuerdo con los datos anteriores referidos, se coincide con el criterio de la Guardia Civil de Tráfico emitido en su día del accidente: velocidad inadecuada del conductor de la motocicleta o distracción del conductor.*

*C. En este tramo de carretera no se tiene conocimiento de otro accidente.*

*D) Funcionamiento correcto del servicio público de acuerdo al informe de la Guardia Civil en el momento del accidente y de la situación actual de las señales suponiendo que eran las mismas, como parece ser de acuerdo a las fotografías aportadas en el citado informe.*

*E) Con los datos aportados, no parece existir causa para imputar a la Administración.*

*F) Ninguna.*

*G) Informado en el apartado B.*

*(...)*

*I) Este hecho se ha debido producir por distracción o velocidad inadecuada del conductor dadas las condiciones de la vía.*

*J) En este momento no estimo otras cuestiones además de las manifestadas".*

**CUARTO.-** El reclamante presenta escrito el 16 de abril de 2008, acompañando la documentación que consta en los folios 43 a 55, entre la que figura el otorgamiento de poderes para su representación y la de su esposa al letrado x, así como la declaración del interesado de 14 de abril de 2008, en la que manifiesta que no ha percibido indemnización alguna como consecuencia del accidente de tráfico.

**QUINTO.-** El letrado actuante presenta escrito el 25 de abril de 2008, en el que expone que en la reclamación se omitieron los daños de la motocicleta, cuya reparación asciende a la cantidad de 2.894,69 euros, según factura de 8 de julio del mismo año, incorporada con posterioridad al expediente (se desconoce en qué fecha).

**SEXTO.-** Otorgado un trámite de audiencia por escrito de 2 de septiembre de 2008, notificado el 8 siguiente, no consta que la parte reclamante formulara alegaciones.

**SÉPTIMO.-** La propuesta de resolución, de 13 de septiembre de 2010, desestima la reclamación presentada al no constar acreditada la relación de causalidad entre el hecho acaecido, con su efecto lesivo, y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

**OCTAVO.-** Con fecha 20 de septiembre de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. El reclamante, al ser padre del fallecido, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC), en relación con el 31 de la misma Ley y con el 4.1 RRP. Aporta, además, un acta de notoriedad de herederos, con el número de protocolo 310, otorgada el 25 de enero de 2007 por la Notaria x, constatando la condición de herederos de los padres del fallecido.

Sin embargo, el reclamante no hace referencia a que la acción la haya ejercitado también en representación de su esposa, como parece derivarse del montante indemnizatorio reclamado, ni tampoco el letrado actuante, que se persona durante la instrucción del procedimiento, manifiesta

que actúa en representación de la madre del fallecido, pues se limita a indicar en el escrito de 22 de abril de 2008 (registrado el 25 siguiente), que lo hace en defensa de los intereses de x.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través de la Consejería consultante, en virtud de su condición de titular de la vía a cuyo defectuoso estado de señalización se imputa el daño.

2. La acción indemnizatoria se ha ejercitado dentro del plazo de un año desde que se produjo el accidente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que aconteció el 18 de noviembre de 2006 y la reclamación se presentó ante la Administración regional el 15 de noviembre de 2007.

3. Respecto al procedimiento, debe dejarse constancia de la excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación que se presentó a finales de 2007, pues se ha superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13 RRP, detectándose una paralización de casi 2 años sin que se realizaran actuaciones. No obstante, el procedimiento ha seguido, en líneas generales, lo establecido en su normativa reguladora, sin que se observen carencias esenciales.

Dicho lo anterior, sí cabe poner de manifiesto que no se ha tenido en cuenta por la Consejería consultante la doctrina de este Consejo Jurídico (Memoria del año 1998) sobre la necesidad de completar el expediente con las actuaciones penales, si las hubiera. En este sentido, cuando la instructora requiere aclaración de si por estos mismos hechos se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas, el reclamante se limita a incorporar al expediente una declaración suscrita por él de que no ha percibido ninguna indemnización como consecuencia del accidente (folio 43), sin aclarar nada más. Téngase en cuenta que, aunque no hubo otro vehículo implicado, sí hubo un lesionado, el otro ocupante de la motocicleta, que no consta que haya ejercitado ninguna acción de reclamación frente a la Administración regional.

Por ello, el órgano instructor tendría que haber recabado de oficio el testimonio de las actuaciones, si las hubiera, teniendo en cuenta que el Atestado núm. 560/06, instruido por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, fue remitido al Juzgado de Instrucción núm. 3 de Cartagena (folio 21), aun cuando las Diligencias se hubieran sobreseído, a la vista de las causas del accidente según el referido atestado.

Por consiguiente, la Consejería consultante, cuando conozca la iniciación de instrucción penal en los accidentes de tráfico, debe recabar sistemáticamente de los reclamantes o de los órganos jurisdiccionales correspondientes las actuaciones penales, cuya aportación a los

expedientes de responsabilidad patrimonial contribuyen a resolverlos, tanto en la vertiente de la concreción de los hechos (artículo 146.2 LPAC), como en la determinación de la prescripción de la acción administrativa ejercitada.

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

El artículo 139.1 LPAC establece, con carácter general, que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Por tanto, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 21 de abril y de 20 de mayo de 1998), los siguientes: que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o en el padecimiento del daño, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.

Veamos la aplicación de estos requisitos al presente supuesto:

1) Efectividad del daño.

Se ha acreditado en el presente procedimiento el fallecimiento del hijo del reclamante en el accidente de tráfico que tuvo lugar el 18 de noviembre de 2006, de lo que deriva el interesado, en su condición de heredero *abintestato*, un perjuicio patrimonial de 90.954,14 euros, aplicando el baremo de indemnizaciones por accidente de tráfico correspondiente al año 2007. En la misma condición reclama los daños materiales de la motocicleta, que ascienden a la cantidad de 2.894,69 euros, según la factura aportada (folio 58).

2) Funcionamiento de los servicios públicos y el nexo causal con el daño alegado.

El reclamante no ha podido probar que la causa del accidente de tráfico se encuentre en una defectuosa señalización de la carretera convencional E-11 (término municipal de Fuente Álamo), Km. 9,2, por donde circulaba su hijo en una motocicleta acompañado de otro ocupante. Conviene en este punto destacar que en el Atestado de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil se subraya que se desconoce cuál de las dos personas conducía la motocicleta, aunque ambos estaban en posesión del correspondiente permiso para conducir este vehículo, resultando lesionado de gravedad el otro ocupante

Frente a la genérica imputación del reclamante, que no concreta los defectos de señalización, se han acreditado en la instrucción del procedimiento las siguientes condiciones de la vía por donde circulaba el fallecido:

a) Conforme al Atestado núm. 560/06 e informes complementarios de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, el lugar del accidente -en un tramo de curva fuerte a la izquierda-, disponía de un panel de señalización de velocidad aconsejable de 60 Km./h. y paneles direccionales en el eje de la misma; el aglomerado asfáltico en el momento del accidente se hallaba en perfectas condiciones de conservación y rodadura, seco y limpio.

b) El informe del técnico de la Dirección General de Carreteras es igualmente claro respecto a la señalización existente en dicho tramo:

- Señal de velocidad máxima aconsejable 60 km./h.
- Panel direccional de curva.
- Tres hitos de arista tipo I (MOPT) para carretera convencional como la que se trata.
- Condiciones del firme: seco, limpio y en perfectas condiciones de conservación la capa de rodadura.
- Correcta señalización horizontal: línea continua en eje y laterales, siendo discontinua en eje y laterales de acceso a camino.

c) Conforme al Reglamento General de Circulación (aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre), los paneles direccionales tienen como finalidad guiar y señalar a los usuarios de un peligro puntual, mediante los cuales se informa el sentido de la circulación, mientras que los hitos de arista tienen como finalidad balizar los bordes de la carretera principalmente durante las horas nocturnas o de baja visibilidad (artículo 144, apartados b), 2º y 3º).

Tampoco se ha discutido por el reclamante que las precitadas señales no cumplieran con las dimensiones mínimas establecidas.

Una vez analizado el estado de la vía y su señalización, el informe del Guardia Civil de 15 de diciembre de 2006 realiza la siguiente apreciación sobre la forma en que pudo producirse el accidente:

*“Posiblemente debido a circular a una velocidad inadecuada, en el trazado de la curva el vehículo se sale de la vía por margen derecho impactando en primer lugar en el terreno adyacente el cual se encuentra a nivel inferior de la calzada. Tras este impacto se eleva y sin tocar tierra en un espacio de 14 metros cae e impacta de nuevo en la superficie (y) aterriza junto a uno de los árboles donde queda la motocicleta en su posición final”.*

Especialmente significativo es la ausencia de huellas de frenada, indicativa de que el conductor no habría realizado maniobras de evasión ante una posible situación de peligro, pese a la existencia de una señal de velocidad máxima aconsejable de 60 Km./h., con unas dimensiones claramente visibles, como se aprecia en la fotografía aportada por el técnico de la Dirección General de Carreteras (folio 38), además del panel direccional de curva, que se observa también en las fotografías tomadas por los Guardias Civiles que se personaron en el lugar del accidente.

Tanto el Atestado, como el informe técnico del centro directivo competente, concluyen que la causa del accidente pudo ser la circulación a una velocidad inadecuada, añadiendo este último informe la posibilidad de “distracción del conductor”. Otro dato importante a destacar es que la Dirección General de Carreteras no tiene conocimiento de otro accidente anterior en ese mismo tramo de carretera.

De lo anterior se infiere una falta de adecuación de la conducción a las características de la vía, exigida por el artículo 45 del Reglamento General de Circulación, ya citado, al circular a una velocidad posiblemente inadecuada (Atestado), lo que determina la ruptura del nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el daño causado.

Por tanto, el hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no exime del imprescindible nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño, como han puesto de manifiesto la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 2582/98, de 16 de julio) y pronunciamientos judiciales, entre ellos, las Sentencias de 8 de febrero de 2008 y de 23 de abril de 2010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

En este punto, debe recordarse la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo plasmada, entre otras muchas, en sentencias de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de mayo de

1999 y de 12 de diciembre de 2000, en las que se afirma que cuando las lesiones producidas no son imputables al funcionamiento del servicio público y sí al proceder del accidentado, se produce la ruptura del nexo causal y la exoneración de responsabilidad patrimonial.

Desde esta premisa, el Consejo Jurídico considera, como lo ha hecho en varios Dictámenes (por todos, los números 107 y 152 del año 2003), que la Administración no debe responder cuando, como ocurre en el presente caso, el nexo causal que pueda derivar de la utilización de un servicio público se rompe por la conducta del propio lesionado que, con o sin negligencia, conduce su vehículo sin ajustarse a las condiciones legales que derivan del concreto estado y señalización de las vías públicas o carreteras, y de las demás condiciones de la circulación en el momento de producirse el accidente. Este pronunciamiento hace innecesario que deban realizarse posteriores consideraciones sobre la cuantía y modo de indemnización. (Dictamen de este Órgano Consultivo núm. 71/2005).

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Se dictamina favorablemente la propuesta desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, al no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 36-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	21/02/2011

**Extracto doctrina**

Analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la lex artis.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 15 de octubre de 2007, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional por los daños que dice haber sufrido como consecuencia de la asistencia recibida del Servicio Murciano de Salud.

Relata el reclamante que en mayo de 2001 es diagnosticado de “varicocele bilateral”, siendo intervenido quirúrgicamente el 24 de octubre de ese mismo año. Durante el transcurso de la intervención, los facultativos intervinientes le preguntan si desea ser vasectomizado, a lo que él contesta que no. El 26 de octubre se le da el alta médica, constando en el informe de alta la existencia de un hematoma en región inguinal, con afección hemorrágica en pene estable y sobre el que se decide no actuar.

Después de la intervención desaparecieron las molestias padecidas, si bien, con el transcurso de los días, comprueba el paciente que su semen adquiría un color marrón, y que sus testículos disminuían de tamaño, así como también disminuía la libido, por lo que consulta en el Servicio de Urología del Centro de Salud de San Andrés, en Murcia. Tras someterse a dos espermigramas que informan de azoospermia se le remite a la Unidad de Infertilidad y Esterilidad.

En dicha Unidad se le prescribe una ecografía anal, mediante la que se determina que, si bien la próstata y vesícula seminal estaban sanas, los conductos deferentes estaban obstruidos.

Además, se le informa que su infertilidad no tenía solución, ni la disminución del tamaño de sus testículos, y se le prescribe un fármaco para recuperar el deseo sexual.

En febrero de 2003 solicita una segunda opinión en el Servicio de Urología del Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca”, de Murcia. Tras dos nuevos espermigramas y exploración personal, se confirma que sufre atrofia testicular, que era la causa de que le bajaran los niveles de testosterona, por debajo de la normalidad, (0,2 %), por lo que se le prescribió un nuevo tratamiento hormonal, que ya seguiría de forma ininterrumpida e indefinida.

En enero de 2005, se le indica implantación de prótesis testicular bilateral, continuando en la actualidad en tratamiento hormonal y sometido a revisiones periódicas.

A causa de la intervención quirúrgica de 24 de octubre de 2001, afirma el reclamante que sufre las siguientes secuelas: infertilidad sin solución; disminución del tamaño de los testículos, resuelto mediante prótesis testicular; inapetencia sexual que le obligaba a mantener tratamiento de testosterona de forma indefinida; pérdida de autoestima; e imposibilidad de tener más hijos (tiene dos), pues contaba 37 años, cuando se le intervino de varicocele.

Finalmente, afirma que el daño sufrido es antijurídico y que deriva de una clara imprudencia sanitaria. Considera que el daño se concreta en días de incapacidad, secuelas físicas y daños morales, sin que llegue a efectuar una valoración económica del mismo.

Añade que el documento de consentimiento informado que suscribió para la intervención quirúrgica no contenía las posibles consecuencias y efectos secundarios o riesgos de la misma, de los que tampoco se le informó, de manera verbal, ni en el momento del preoperatorio ni en el de la intervención. Según el interesado, *“el formulario de consentimiento informado que se adjunta fue completado por el médico sin indicarme las observaciones y por supuesto sin indicarme nada sobre la falta de libido”*. Respecto a dichas complicaciones, indica que, de haberlas conocido, no se habría sometido a la intervención, ya que los riesgos eran superiores a las molestias que padecía. Concluye que se le había producido un daño desproporcionado y una pérdida de oportunidad, ya que se le privaba de la posibilidad de tener más hijos en el futuro.

Los hechos fueron denunciados ante el Juzgado de Instrucción nº 4, de Murcia, incoándose Diligencias Previa n° 4681/2004, que fueron archivadas mediante auto de 13 de noviembre de 2006.

Adjunta el reclamante diversa documentación clínica, entre la que destaca el formulario de consentimiento informado en el que, con la identificación y la firma del facultativo interviniente y del paciente, la fecha y el tipo de intervención (varicocelectomía bilateral), se hace constar en el apartado de observaciones lo siguiente: *“el paciente queda informado sobre los beneficios y posibles complicaciones (hemorragia, infección, atrofia gonadal, persistencia de varices, recidiva, hidrocele 2º, etc.), por lo que firma C.º”*.

**SEGUNDO.-** El Director Gerente del Servicio Murciano de Salud se admite a trámite la solicitud y encomienda la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del Ente Público sanitario, que procede a comunicar la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la aseguradora del Servicio Murciano de Salud y a la Dirección de los Servicios Jurídicos. Del mismo modo, se pide a la Gerencia de Atención Primaria y al Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca” la remisión de la historia clínica del paciente e informe de los facultativos que lo atendieron.

**TERCERO.-** Por la Dirección de los Servicios Jurídicos se remiten los antecedentes relativos a las Diligencias Previas 4681/2004, seguidas por los mismos hechos ante la jurisdicción penal. Entre dichos antecedentes destacan los siguientes:

- Denuncia, de 3 de septiembre de 2004.

- Auto, de fecha 13 de noviembre de 2006, por el que se acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de la causa, al considerar el juzgador que la conducta realizada por los médicos intervinientes *“estuvo dentro de la lex artis”*.

- Informe médico forense en el que se afirma que el varicocele puede originar una lesión del eje hipotálamo-hipófisis-testículos con afectación de ambos testículos, con descenso de la espermatogénesis y de la producción de testosterona y atrofia testicular. Esta última, añade, también puede ser una complicación o efecto secundario de la intervención quirúrgica, pero tanto en un caso como en otro, su aparición no implica error o mala praxis por parte del cirujano.

El informe descarta también que se haya producido, durante la varicocelectomía, una ligadura de los conductos deferentes (vasectomía), pues la azoospermia se acompaña de una disminución del volumen de semen y de hipogonadismo con cambios hormonales, sin que en la ecografía de próstata y de vesículas seminales se observen quistes ni imágenes de compresión de la vía, que concurrirían de haberse efectuado una vasectomía.

- Declaración del urólogo que practicó la intervención. En ella niega que se pudiera afectar el conducto deferente por error o descuido. Considera que las secuelas descritas por el paciente se deben al varicocele y no a la intervención. En relación con el consentimiento del paciente a ser operado, declara que, dada la fecha de la intervención (2001), el formulario de consentimiento informado es genérico y que el único detallado es el que el urólogo escribió a mano en la copia que se le entrega al paciente, afirmando que no recuerda lo que le dijo a éste en el momento de firmar el consentimiento.

**CUARTO.-** El 6 de marzo de 2008 se solicita del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica) informe valorativo acerca de la asistencia dada al paciente.

**QUINTO.-** El 9 de abril de 2008 el reclamante pide información acerca del estado del procedimiento, a lo que se contesta por el órgano instructor.

El 16 de octubre de 2009 solicita el interesado que se le expida certificado acreditativo del silencio administrativo, lo que se lleva a efecto el 26 de octubre.

**SEXTO.-** Por la aseguradora del SMS se aporta informe médico de un especialista en Urología, que alcanza las siguientes conclusiones:

*"1. El paciente fue diagnosticado correctamente de varicocele bilateral.*

*2. Debido a la existencia de dolor se le indicó correctamente la varicocelectomía bilateral.*

*3. El paciente firmó un documento de consentimiento informado para la realización de varicocelectomía bilateral. En el apartado de observaciones se dice, "el paciente queda informado de los beneficios y posibles complicaciones (hemorragia, infección, atrofia gonadal, persistencia de varices, recidiva, hidrocele 2ª, etc)".*

*4. Se le realizó la técnica de Buntz sin incidencias, salvo hematoma inguinal derecho de poca entidad ya que no retrasó el alta hospitalaria.*

*5. El postoperatorio cursó dentro de la normalidad y, como se dice en el escrito de reclamación, "las molestias que anteriormente padecía desaparecieron tras la intervención...". Por lo tanto, clínicamente no es posible que se hubiera lesionado de forma bilateral la arteria testicular.*

6. *El paciente con posterioridad a la intervención presentó disminución del volumen seminal, disminución de la libido y del tamaño de ambos testículos.*

7. *Después del estudio en Andrología se detectó azoospermia con disminución de la testosterona y aumento de la FSH y la LH, diagnosticándosele de fracaso testicular primario. Fue tratado con Androderm (testosterona transcutánea) con buena respuesta clínica.*

8. *Excluidas las alteraciones cromosómicas, las causas más frecuentes de fracaso testicular son las tóxicas y el varicocele. Aunque en la mayoría de las ocasiones es prácticamente imposible llegar a un diagnóstico etiológico.*

9. *La actuación de todos los profesionales implicados en este caso fue totalmente correcta, ajustándose al "estado del arte" de la medicina y cumpliendo en todo momento con la "Lex Artis ad hoc".*

**SÉPTIMO.-** El 24 de junio de 2010 el reclamante aporta al procedimiento dos informes médicos y, sobre la base de uno de ellos, efectúa una valoración del daño padecido en 85.378,46 euros, en concepto de días de incapacidad (832 días) y secuelas (40 puntos por la pérdida de ambos testículos).

El otro informe es obra del urólogo que ha atendido al reclamante durante los años 2002 a 2008. Indica que, un año después de la intervención, consulta porque desde entonces nota una disminución del volumen del eyaculado, del tamaño testicular y del deseo sexual. En la evaluación inicial aporta dos espermigramas con azoospermia y confirma la disminución de volumen del eyaculado. A la exploración física se detecta atrofia testicular bilateral sin cambios en los caracteres sexuales secundarios. Solicitado un perfil hormonal, se confirma el diagnóstico de fallo testicular primario, lo que explica la azoospermia secretora, en relación con la cirugía realizada como causa más probable, pues no se identifica clínicamente ningún otro proceso que lo justifique. El tratamiento hormonal sustitutivo restaura los niveles de testosterona a valores normales y se recuperan el deseo y la función sexual. Para la recuperación estética, en enero de 2005 se indica implantación de prótesis testiculares.

El urólogo efectúa las siguientes consideraciones:

*"1. La cirugía realizada es la causa más probable de la atrofia testicular aparecida en este paciente.*

2. *No considero que haya habido negligencia en el acto quirúrgico y sí un efecto secundario no deseado de la cirugía (posible lesión en la vascularización testicular) que aunque muy infrecuente, es posible; más aún cuando se realiza una corrección bilateral (...).*

3. *La azoospermia es consecuencia de la no producción por parte del testículo que queda atrófico y pierde su capacidad secretora y no por realización de vasectomía.*

4. *El paciente no presentaba patologías previas que pudieran desencadenar este proceso (malformaciones, cirugías previas,...) ni su actuación durante el período de recuperación pudiera causar su desarrollo.*

5. *El tratamiento quirúrgico del varicocele es siempre opcional ya que es una patología benigna y se indica en caso de subfertilidad o en caso de dolor testicular y cuya decisión es personal tras explicar los pros y contras y firmar el consentimiento informado pertinente (existen tratamientos conservadores con analgésicos en el caso de dolor o reproducción asistida en el caso de la infertilidad).*

6. *El paciente presenta como secuelas permanentes: azoospermia secretora que conlleva infertilidad irreversible e hipogonadismo que le obligará a llevar tratamiento sustitutivo hormonal con testosterona de por vida”.*

**OCTAVO.-** El 10 de septiembre de 2010, la Inspección Médica remite su informe que alcanza las siguientes conclusiones:

*“Cirugía de varicocele bilateral programada para eliminar molestias en área, no diseñada para solución de problema de infertilidad, de la que no se conoce estado previo a la cirugía. No se aprecia azoospermia obstructiva, realizándose diagnóstico de azoospermia secretora por fallo testicular primario, sin concretarse etiología. El paciente recibe tratamiento y se mantiene clínicamente bien. No se aprecia justificación de la afirmación de que la patología descrita se deba a incorrecta actuación médica”.*

**NOVENO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, no consta que hagan uso del mismo.

**DÉCIMO.-** El 11 de octubre de 2010, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurren los elementos

determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo casual entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 11 de noviembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. La legitimación activa corresponde al paciente, en tanto que es quien sufre en su persona los daños que imputa a la asistencia sanitaria recibida, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC), en relación con el 31 de la misma Ley y con el 4.1 (RRP).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través del Servicio Murciano de Salud, en tanto que titular del servicio sanitario público a cuyo anormal funcionamiento se atribuye el daño padecido.

2. La reclamación de 15 de octubre de 2007 se ha presentado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, considerando el efecto interruptivo que, respecto del plazo de prescripción del derecho a reclamar, tiene el proceso penal seguido por los mismos hechos y que finalizó por Auto de 13 de noviembre de 2006, del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Murcia, por el que se acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de la causa.

3. Por último, analizada la tramitación del procedimiento, se advierte que se ha seguido, en líneas generales, lo establecido por el RRP para este tipo de reclamaciones, salvo el tiempo máximo para resolver que ha rebasado ampliamente el previsto en el artículo 13.3 del citado Reglamento, al demorarse, en exceso, el informe de la Inspección Médica (dos años y medio); en cualquier caso, se han recabado los informes preceptivos y cumplimentado las garantías de audiencia a los interesados.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole,

por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Procede determinar si en el supuesto sometido a consulta se dan todos y cada uno de los elementos indicados, toda vez que la ausencia de cualquiera de ellos impide el reconocimiento del derecho a ser indemnizado.

#### **CUARTA.- El daño.**

Para el reclamante, la intervención a la que se sometió el 24 de octubre de 2001 para resolver el varicocele bilateral que se le había diagnosticado, le ha supuesto los siguientes daños: infertilidad irreversible, hipogonadismo, inapetencia sexual y pérdida de la autoestima.

La calificación de tales efectos como lesivos es indiscutible, siendo claramente incardinables en el concepto de daños físicos (alteraciones morfológicas y funcionales del organismo) y morales (pérdida de la autoestima y de la capacidad de autodeterminación sobre la propia paternidad, a que alude de forma implícita el interesado al señalar que ya no podrá concebir un tercer hijo). Este último concepto ha sido admitido como daño moral por la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 3 de octubre de 2000 y 9 de mayo de 2005.

#### **QUINTA.- El nexo causal y la antijuridicidad.**

Para el interesado, los daños alegados derivan de una incorrecta o defectuosa técnica quirúrgica seguida durante la varicocelectomía, insinuando que, durante dicha operación, se le realizó una vasectomía.

Del mismo modo, afirma que su consentimiento para la intervención estaba viciado, pues el documento que firmó no contenía las posibles consecuencias y efectos secundarios ni se le informó de los riesgos a los que se enfrentaba, llegando a manifestar que de haberlos conocido no se habría operado.

Dadas las peculiaridades de cada una de estas imputaciones, se analizan a continuación por separado.

##### **1. Defectuosa técnica quirúrgica.**

La actuación del médico ha de regirse por la denominada "*lex artis ad hoc*", o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

La *lex artis* actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: "*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente*".

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que "*los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) (ello) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida*".

Por tanto, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables

a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Así, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis*, supuesto este último que, puede ya adelantarse, concurre en el sometido a consulta.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

Y atendiendo a los informes obrantes en el expediente, no puede considerarse acreditado que la intervención se realizara siguiendo una técnica incorrecta o que durante la misma se cometieran errores o imprudencias que determinaran los daños por los que se reclama.

En efecto, resulta especialmente expresivo el informe del urólogo que atiende al paciente en los años siguientes a la intervención, quien considera que no ha habido negligencia en el acto quirúrgico y sí un efecto secundario no deseado de la cirugía.

Del mismo modo, el informe médico forense emitido en el seno de las diligencias penales instadas por el paciente señala dos posibles causas de los daños alegados. De una parte, el propio

varicocele puede generar una lesión del eje hipotálamo-hipófisis-testículos con afectación de ambos testes, con descenso de la espermatogénesis y de la producción de testosterona y atrofia testicular, la cual también puede tener su origen en la varicocelectomía. En un caso como en otro, señala la Forense, la aparición de tales consecuencias no implica error o mala praxis por parte del cirujano, tratándose de una posible complicación o efecto secundario recogido en el consentimiento informado. En idéntico sentido, la Inspección Médica señala que “*no se aprecia justificación de la afirmación de que la patología descrita se deba a incorrecta actuación médica*”.

El perito de la aseguradora del Servicio Murciano de Salud, por su parte, también destaca el ajuste de todo el proceso a la “*lex artis ad hoc*”, considerando que la evolución del postoperatorio permite descartar que durante la intervención se lesionaran de forma bilateral los vasos testiculares (lo cual ya es de por sí muy improbable) y apunta como causa más verosímil al propio varicocele, de forma que las secuelas padecidas por el paciente se deberían a la patología cuya resolución se pretendía con la operación. Apoya, así, la tesis mantenida por el cirujano que practicó la intervención.

En consecuencia, existiendo diversas causas posibles para las patologías que presenta el paciente tras la intervención, no cabe deducir sin más que la causa concurrente en el supuesto es que dichas secuelas son secundarias a la operación. E, incluso, aunque así se admitiera atendiendo al informe del urólogo del paciente y desoyendo las consideraciones del perito de la aseguradora, aún así, decimos, no quedaría acreditado que tales efectos lesivos para la salud del reclamante se deban a una actuación contraria a normopraxis, para lo que sería necesario una prueba que así lo demostrara de forma suficiente. En el supuesto, la prueba aportada por el interesado a tal efecto opera en su contra, pues su propio urólogo manifiesta expresamente que no considera que se cometiera negligencia en el acto quirúrgico, sumándose así al conjunto de los informes médicos obrantes en el expediente que son unánimes al afirmar la inexistencia de actuaciones contrarias a normopraxis.

En definitiva, cabe considerar que la intervención se ajustó a la *lex artis ad hoc*, al menos en lo referente al aspecto estrictamente técnico-quirúrgico.

## 2. El pretendido vicio del consentimiento.

También cabe incluir dentro del concepto de *lex artis* el aspecto relacional médico-paciente, en alusión a la información que éste debe recibir de aquél respecto al proceso y evolución de su enfermedad o, como en el supuesto planteado, de su operación. De modo que, habiendo resuelto la ausencia de una incorrecta praxis médica, es el requisito de la antijuridicidad el que podría

determinar la conclusión final sobre la existencia o inexistencia de responsabilidad patrimonial pues, pese a que la operación se efectuara adecuadamente, si se hubiera omitido el deber de informar al paciente sobre sus posibles riesgos y efectos secundarios y éstos se materializaran, ello podría dar lugar a la declaración de existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

Es un criterio jurisprudencial consolidado (por todas, sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 2000, de 26 de noviembre de 2004 y de 9 de mayo de 2005) que el derecho de información que ostenta el paciente deriva del principio de buena fe y es un elemento esencial de la *lex artis ad hoc* en tanto que debe constituir un acto clínico más.

La plasmación normativa de este principio se encontraba, en la fecha en que se producen los hechos de los que deriva la reclamación, en los apartados 5 y 6 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), que establecían el derecho del paciente a recibir información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento (artículo 10.5) y a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, salvo diversas excepciones que no son de aplicación en el supuesto analizado. Hoy su regulación ha sido sustituida por los Capítulos II y IV de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica (en adelante, Ley 41/2002).

Así pues, ante una intervención médica que en lo técnico es conforme con la *lex artis* pero en la que se ha producido un resultado de los tenidos como de riesgo inherente o previsible, la ausencia de consentimiento informado supondría trasladar al médico la responsabilidad por el resultado dañoso sufrido por el paciente, determinando que la lesión derivada de un riesgo inherente a la intervención deviene en antijurídica, de forma que, por no haber mediado esa información, el paciente no tiene el deber jurídico de soportar el daño.

Ya en el concreto supuesto sometido a consulta, afirma el reclamante que, antes de la cirugía, no se le ofreció una información suficiente acerca de las consecuencias, efectos secundarios y riesgos a los que se enfrentaba al decidir someterse a la varicocelelectomía. Sin embargo, el expediente lo contradice, pues obra al folio 15 un documento de consentimiento informado que, aun siendo un formulario de carácter genérico, constan en él datos suficientes que permiten individualizarlo y hacerlo apto para informar al paciente. Así, se expresa el médico interviniente y el tipo de acto médico a que se refiere, consta también la fecha de la intervención y las firmas de médico y paciente. Asimismo, en el apartado "observaciones", el facultativo especifica

que el paciente ha sido informado sobre los riesgos y posibles complicaciones del acto quirúrgico, entre los cuales enumera de forma expresa la atrofia gonadal, efecto secundario del que derivan todas las secuelas alegadas por el interesado.

Dado que a la fecha de la intervención (24 de octubre de 2001) estaba vigente el artículo 10.6 LGS, que exige la forma escrita para prestar el consentimiento previo a la intervención, resulta evidente que el medio de prueba ordinario es la presentación del correspondiente documento, de tal forma que la regularidad en el funcionamiento del servicio exige la constancia formal de la voluntad informada del paciente de someterse a la operación, como así ocurre en el supuesto sometido a consulta. Frente a la acreditación que de dicha voluntad constituye el documento aportado por el paciente, no pueden operar sus meras afirmaciones acerca de que las observaciones que allí constan fueron incorporadas por el facultativo con posterioridad a la firma del documento y que la información que aquéllas contienen no le fue transmitida de forma efectiva, pues no se ven respaldadas por prueba alguna.

En consecuencia, no se advierte en el supuesto sometido a consulta la existencia de nexo causal entre el normal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños alegados, cuya antijuridicidad tampoco ha quedado acreditada.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación al considerar que no concurren los elementos generadores de responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño alegado ni la antijuridicidad de éste.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 37-2011**

**Asunto** Revisión de oficio de la anulación de la admisión en la Universidad de Murcia - Facultad de Medicina, en concepto de continuación de estudios en otra universidad, y la convalidación de asignaturas efectuadas a favor de x.

**Consultante** Consejero de Universidades, Empresa e Investigación (2008)

**Fecha** 21/02/2011

**Extracto doctrina**

Al tratarse la revisión de oficio de los actos administrativos de un cauce de utilización excepcional, frente a la regla general de la anulabilidad, exige una interpretación estricta de las causas de nulidad de pleno derecho, máxime en el caso concreto del vicio establecido en el artículo 62.1,f) LPAC: “actos expesos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por el que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

Esta causa de nulidad tiene su centro de gravedad en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales del acto, cuestión ésta que sólo puede resolverse caso por caso, como ha manifestado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, Dictamen núm. 118/03).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de octubre de 2010, el Rector de la Universidad de Murcia dicta resolución por la que acuerda la incoación de un procedimiento de revisión de oficio de los siguientes actos administrativos:

a) Resolución del mismo Rector, de 18 de septiembre de 2007, firmada por delegación por el Decano de la Facultad de Medicina de dicha Universidad, por la que se acuerda aceptar la petición para continuar los estudios en otra universidad, formulada por x.

b) Sendas resoluciones del Rector, de 20 de diciembre de 2007 y 5 de febrero de 2008, también firmadas por delegación por el Decano, en las que se acuerda aceptar la convalidación de asignaturas al x.

La citada revisión se basa en los hechos que a continuación se detallan.

**SEGUNDO.-** El 31 de julio de 2007, x. solicitó su admisión en la Universidad de Murcia a los efectos de continuar los estudios de Medicina que había iniciado en la Universidad de Granada.

Entre los documentos que el x. acompañó a su solicitud se hallaba una fotocopia de certificación académica personal emitida por la Facultad de Medicina de la Universidad de origen, que fue compulsada por funcionario de la Secretaría de la Facultad de Medicina de la Universidad de Murcia, de la que resultaba que el x. había superado un determinado número de asignaturas.

En virtud de resolución rectoral de 18 de septiembre de 2007, firmada por delegación por el Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Murcia, fue aceptada la solicitud de traslado para continuar estudios.

**TERCERO.-** El 19 de octubre de 2007 fue formulada por el interesado solicitud de adaptación de las asignaturas cursadas en la Facultad de Medicina de la Universidad de Granada.

En virtud de resolución rectoral de 20 de diciembre de 2007, firmada por delegación por el Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Murcia, de acuerdo con la propuesta realizada por la Comisión de Convalidaciones y a la vista de la documentación aportada (entre la que se hallaba la copia compulsada de certificación académica personal), se aceptó la convalidación/adaptación del primer ciclo completo (cursos 1º, 2º y 3º) de los estudios de Licenciado en Medicina, más veinte asignaturas.

**CUARTO.-** El interesado formuló reclamación frente a la anterior resolución, a resultas de la cual y en virtud de Resolución rectoral de 5 de febrero de 2008, firmada por delegación por el Decano, se le reconoció la adaptación de otras dos asignaturas adicionales.

**QUINTO.-** Tras matricularse en los cursos 2007/2008, 2008/2009 y 2009/2010 de las asignaturas que supuestamente le restaban para finalizar la licenciatura, en la convocatoria de febrero de 2010 superó la última asignatura del plan de estudios.

**SEXTO.-** El 22 de febrero de 2010, el x. realizó el depósito para la obtención del título de Licenciado en Medicina, así como el ingreso correspondiente para la expedición de certificación académica con calificaciones por convocatorias, que fue librada con fecha 22 de febrero de 2010 y facilitada al interesado.

Con la misma fecha fue expedida y facilitada al x. la certificación supletoria de título oficial.

**SÉPTIMO.-** Con ocasión de la expedición de título solicitada, los servicios administrativos de la Facultad de Medicina de la Universidad de Murcia constataron la ausencia en el expediente del necesario ejemplar original de certificado académico oficial, por lo que se procedió de inmediato a contactar con la Facultad de Medicina de la Universidad de Granada, con la finalidad de solicitar dicho documento.

**OCTAVO.-** El 11 de mayo de 2010 fue recibida en la Secretaría de la Facultad de Medicina de la Universidad de Murcia la certificación académica oficial, de 5 de mayo de 2010, expedida por la Secretaría de la Facultad de Medicina de la Universidad de Granada, de la que resulta que las asignaturas superadas por el x. y sus calificaciones no guardan correspondencia con las resultantes de la certificación aportada por aquél al tiempo de solicitar el traslado de expediente.

En concreto, la discordancia se produce en los siguientes términos, con arreglo a informe del Decano de la Facultad de Medicina, de 20 de octubre de 2010: el número total de asignaturas en las que se aprecian diferencias entre la certificación académica aportada por el x. el 23 de julio de 2007 y la certificación académica oficial, de 5 de mayo de 2010, recibida de la Universidad de Granada el 11 de mayo de 2010, es de treinta y uno, correspondiendo tales diferencias a los datos de matrícula, superación y calificación obtenida. De ellas, diez presentan calificaciones no coincidentes (en la certificación aportada por el x., calificaciones siempre superiores); veintiuna asignaturas constan en la certificación oficial recibida en mayo de 2010 sin calificación, como no superadas, bien por falta de presentación a examen, bien sin constancia específica de matrícula y de la calificación. Sólo siete del total de asignaturas reflejadas en la certificación presentada por el x. mantienen los mismos datos.

**NOVENO.-** El 31 de mayo se recibe en la Secretaría de la Facultad de Medicina de la Universidad de Murcia un escrito del Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Granada, de 17 de mayo de 2010, del siguiente tenor literal:

*“Como consecuencia de la petición telefónica por parte de la Secretaría de esa Facultad de Medicina de Murcia de la Certificación Académica Oficial del alumno x. por traslado de expediente, al no haberla recibido de esta Facultad de Medicina de Granada, se comprobó que no constaba en el registro de entrada petición alguna del mencionado alumno y por ello no se había remitido en su momento, así como la no existencia de aceptación por parte de esa Universidad ni el resguardo de haber abonado las tasas correspondientes. No obstante, ante la insistencia por parte de su Secretaría y ante la remisión de una fotocopia del supuesto pago de las tasas de traslado, se procedió al envío de la certificación oficial al considerar que pudiese tratarse de un error material de esta Secretaría. Al recibo de la Certificación Oficial, de la Secretaría de la Facultad de Medicina de*

*Murcia se ponen nuevamente en contacto con la Secretaría de esta Facultad para poner en conocimiento que las notas que figuran en el mismo no se corresponden con las que poseen en Murcia -fotocopia compulsada de una certificación personal que fue presentada para la realización de su matrícula en la misma, y donde se puede apreciar la presunta falsificación de las notas, tanto las superadas que han sido sustituidas por otras notas mejoradas, así como de las asignaturas que superó en esta Facultad y que aparecen con calificaciones de Notable, en su mayoría, omitiendo la calificación numérica obtenida-. Por todo ello se pone en conocimiento de ese Decanato la gravedad de los hechos, máxime cuando tenemos conocimiento por la Secretaría que se le ha expedido el título de Licenciado en Medicina sin tener superadas las asignaturas que componen la Carrera. Es por ello que por parte de ese Decanato deberán tomar las medidas que correspondan, indicándole que con esta misma fecha se han puesto en conocimiento del Rector Magnífico de la Universidad de Granada los hechos antes citados por si pudiesen constituir motivo de delito. Se le adjunta fotocopia de las notas obtenidas en esta Facultad y copia de la fotocopia remitida por la Secretaría de Murcia”.*

**DÉCIMO.-** El 17 de mayo de 2010, el Jefe de Sección de la Secretaría de la Facultad de Medicina de la Universidad de Murcia dirigió escrito al x, requiriéndole la aportación de certificado académico original de la Universidad de Granada. Dicho requerimiento fue recibido el 19 de mayo de 2010 por x, quien se identifica como cónyuge del x.

Con ocasión de la comparecencia en la Secretaría de la Facultad de Medicina de la x, le fue requerida la devolución de la certificación supletoria del título y del certificado académico personal expedidos en febrero de 2010 a favor del x.

**UNDÉCIMO.-** El 21 de octubre de 2010, el Rector de la Universidad de Murcia resuelve incoar expediente de revisión de oficio de las resoluciones indicadas en el Antecedente Primero de este Dictamen y acuerda las siguientes medidas provisionales:

1.- Comunicar la incoación del procedimiento, mediante traslado textual de la resolución de incoación, al Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España; a los Colegios Oficiales de Médicos de Murcia, de Granada y de Jaén (el Sr. x. reside en Úbeda); a los Ministerios de Sanidad y de Educación; a las Consejerías competentes en materia de universidades y de sanidad de la Junta de Andalucía y de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; a la Universidad de Granada; y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

2.- Requerir al x. para que proceda a la inmediata restitución a la Universidad de Murcia de la certificación supletoria de título oficial expedida el 22 de febrero de 2010 y de la certificación

académica personal de idéntica fecha, acompañadas de cuantas copias auténticas, compulsadas, cotejadas o simples pudieran haber sido realizadas por o a instancias del interesado y del señalamiento de cuantas entidades u organismos pudieran haber recibido copia de tales documentos o ante los cuales pudieran haber sido hechos valer.

3.- Suspender la ejecutividad de las resoluciones revisables y, en su consecuencia, la expedición del título de Licenciado en Medicina instada por el x.

Dicha resolución se notifica al interesado el 27 de octubre de 2010, concediéndole trámite de audiencia.

**DUODÉCIMO.-** El 4 de noviembre comparece un Letrado en representación del interesado, a quien se le hace entrega de la notificación de la resolución de incoación.

Transcurrido el plazo de audiencia conferido, no ha sido formulada alegación alguna por el interesado o en su nombre.

**DECIMOTERCERO.-** El 30 de noviembre emite informe la Asesoría Jurídica de la Universidad de Murcia, en sentido favorable a la revisión de oficio, poniendo de manifiesto la gravedad del caso dado que:

*“1. La incorrección de la documentación aportada por el x. ha conducido a resoluciones sucesivas que, junto a la superación de las, en apariencia, únicas asignaturas que le restaban, ha posibilitado la, así mismo, aparente superación del plan de estudios y la consecución del derecho a la obtención del título de Licenciado en Medicina.*

*2. Si bien ha sido posible averiguar la realidad del supuesto antes de la expedición del título oficial correspondiente, se ha proporcionado al x. documentación de efectos equivalentes a dicho título (certificación supletoria de título oficial y certificación académica personal), cuyo empleo indebido pudiera conducir al desempeño por el x. de servicios profesionales para los que se ha de reputar que no se encuentra legalmente habilitado, pudiendo, por ello, incurrir en ilícito penal y, siendo ello de mayor gravedad, poner en riesgo bienes jurídicos esenciales de las personas y entidades a cuyo favor o por cuenta de las que, eventualmente, pudiera prestar aquellos servicios”.*

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 1 de diciembre de 2010, el Vicerrectorado de Estudios de la Universidad de Murcia eleva al Rector propuesta para la revisión de oficio de las tres resoluciones a

que se contrae el procedimiento: la de admisión en la Facultad de Medicina y las dos de convalidación de asignaturas.

De dicha propuesta de resolución se da traslado al interesado y a su Letrado, con indicación de la posibilidad de formular alegaciones y plazo para ello, sin que hagan uso del trámite.

**DECIMOQUINTO.-** El 27 de diciembre, la Subdirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad comunica a la Universidad de Murcia lo siguiente:

*“Al recibir su escrito se procedió a comprobar si x. había presentado solicitud para participar en las pruebas selectivas 2010, para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada para Médicos. Efectivamente había presentado solicitud, pero el documento que aportó para acreditar el título de licenciado en Medicina, no es la certificación supletoria del título oficial expedida por esa Universidad el 22 de febrero de 2010.*

*Lo llamativo del asunto es que x. se viene presentando a la prueba MIR desde 2008, acreditando su condición de licenciado con dos fotocopias compulsadas en el Ayuntamiento de Úbeda. Uno de esos documentos fotocopiados se corresponde con una Certificación Académica Personal expedida por la Secretaría de la Facultad de Medicina de la Universidad de Murcia, de fecha 9 de septiembre de 2008. El otro documento se corresponde con una solicitud y abono de derechos para la expedición del título de Licenciado en Medicina, a nombre del interesado y con validación mecánica y sello de la entidad bancaria de 4 de agosto de 2008.*

*Por parte de esta Subdirección General se ha procedido a declarar al interesado como No Admitido a la prueba selectiva”.*

Dicho escrito se acompaña de copia de la documentación aportada por el x. al proceso de selección.

**DECIMOSEXTO.-** Hasta la fecha, no consta que el x. haya aportado certificación original de la Universidad de Granada ni efectuado la devolución de las certificaciones expedidas por la Universidad de Murcia.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 18 de enero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

Corresponde al Consejo Jurídico la emisión de Dictamen preceptivo en la revisión de oficio de los actos administrativos, según establece el artículo 12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, para los casos de nulidad previstos en el artículo 62.1 en relación con lo dispuesto en el artículo 102 LPAC.

Con este carácter se ha recabado el Dictamen por parte de la autoridad consultante respecto al presente procedimiento de revisión de oficio tramitado por la Universidad de Murcia, en su consideración de Administración Pública derivado del artículo 2.2 LPAC.

#### **SEGUNDA.- Tramitación.**

La revisión de los actos emanados por la UMU, cuando se ejerzan potestades administrativas, habrá de acomodarse a lo establecido en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común (LPAC), conforme a lo previsto en su artículo 2.2. Concretamente, tanto el artículo 20.1 *in fine* de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (modificada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril), como los Estatutos de la Universidad de Murcia (artículo 42), aprobados por Decreto regional 85/2004, de 27 de agosto, asignan al Rectorado las competencias no atribuidas expresamente a otros órganos de la Universidad.

El procedimiento seguido se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 102 LPAC, habiéndose otorgado dos trámites de audiencia al alumno afectado para la defensa de sus pretensiones, el primero con ocasión de la resolución de incoación del procedimiento revisorio y el segundo una vez finalizada la fase de instrucción del procedimiento y dictada la propuesta de resolución.

Por Resolución del Rectorado de 29 de diciembre de 2010 se acuerda la suspensión del plazo para la resolución y notificación, entre el tiempo que media entre la petición de nuestro Dictamen y la recepción del mismo, según establece el artículo 42.5,c) LPAC, con la finalidad de enervar los efectos previstos en el artículo 102.5 de la misma Ley: “*Cuando el procedimiento se*

*hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo.”*

En la citada resolución y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.5 LPAC, se prevé su notificación al interesado, si bien no se ha incorporado al expediente remitido al Consejo Jurídico la documentación acreditativa de dicha comunicación.

Para la resolución y notificación del presente procedimiento desde la recepción de nuestro Dictamen, el órgano competente dispone del plazo que resta desde que fue acordada la suspensión, hasta los tres meses computados desde su inicio (Resolución del Rectorado de 21 de octubre de 2010). De acuerdo con la doctrina de este Órgano Consultivo (por todos, Dictamen 40/2007), el *dies a quo*, a los efectos suspensivos, habría de coincidir con la fecha del registro de salida del órgano consultante (Consejería de Universidades, Empresa e Investigación) solicitando nuestro Dictamen; sin embargo, tal extremo no ha sido consignado en el oficio de consulta, por lo que habrá de estarse a la fecha en que tal escrito tuvo entrada en el Consejo Jurídico, el 18 de enero de 2011. En consecuencia, una vez reciba el presente Dictamen, el órgano competente dispone de sólo unos pocos días para dictar en plazo y notificar al interesado la resolución revisora.

### **TERCERA.- Concreción de los actos administrativos que se revisan.**

#### **I. Identificación de los actos que se revisan y régimen jurídico aplicable.**

La propuesta de resolución elevada identifica los actos administrativos que son objeto de revisión de oficio. Son los siguientes:

1º) Resolución del Rectorado de la UMU, firmada por delegación por el Decano de su Facultad de Medicina, de 18 de septiembre de 2007, por la que se acuerda aceptar la petición formulada por x. para continuar estudios en la Universidad de Murcia, procedente de la de Granada.

Este acto produce unos efectos equivalentes a los de la admisión de alumnos para el ingreso en centros universitarios, y de hecho, su regulación se contiene en el Real Decreto 69/2000, de 21 de enero, por el que se regulan los procedimientos de selección para el ingreso en los centros universitarios de los estudiantes que reúnan los requisitos legales necesarios para el acceso a la Universidad. Su artículo 20.1 dispone que:

*“Los estudiantes que deseen continuar sus estudios en una universidad distinta de aquella en la que los hubiesen comenzado podrán solicitar su admisión en la primera, siempre que cumplan los siguientes requisitos:*

*a) Haber superado el primer curso completo de dichos estudios, en el caso de enseñanzas no renovadas, o 60 créditos en el caso de enseñanzas renovadas, entendiéndose por crédito la unidad de valoración de las enseñanzas conforme a las previsiones del Real Decreto 1497/1987, de 27 de noviembre, modificado por los Reales Decretos 1267/1994, de 10 de junio; 2347/1996, de 8 de noviembre; 614/1997, de 25 de abril, y 779/1998, de 30 de abril.*

*b) No haber agotado las convocatorias establecidas en las normas de permanencia que sean aplicables”.*

Ha de precisarse aquí que el Real Decreto 1742/2003, de 19 de diciembre, por el que se establece la normativa básica para el acceso a los estudios universitarios de carácter oficial, que deroga parcialmente el RD 69/2000 y que podría parecer aplicable, en atención al momento en que el x. formula la solicitud de continuación de estudios para el curso académico 2007-2008, en realidad no ha llegado a entrar en vigor, como señala la STSJ Madrid, 251/2010, de 18 de febrero:

*“La disposición derogatoria única, apartado 2º del Real Decreto 1742/2003, de 19 de diciembre, por el que se establece la normativa básica para el acceso a los estudios universitarios de carácter oficial, dispone que “queda derogado el Real Decreto 69/2000, de 21 de enero, por el que se regulan los procedimientos de selección para el ingreso en los centros universitarios de los estudiantes que reúnan los requisitos legales necesarios para el acceso a la universidad, salvo lo dispuesto en el Capítulo V de dicho Real Decreto relativo a la regulación de la admisión de estudiantes al segundo ciclo de estudios universitarios oficiales que sigue vigente para dichos supuestos”.*

*Además, el apartado segundo de la Disposición final cuarta dispone que “lo establecido en este Real Decreto será de aplicación a los procesos de acceso a las universidades a partir del año académico 2006/2007, una vez implantada, con carácter general, la prueba general del Bachillerato, en virtud de lo previsto en el art. 6.d) del Real Decreto 827/2003, de 27 de junio, por el que se establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, establecida por la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación”. Ello quiere decir, en otras palabras, que la nueva norma, el RD 1742/03, sólo sería aplicable cuando se instaurara, en la práctica, la prueba general de bachillerato, en virtud de lo previsto en el mencionado RD 827/03, de 27 de junio.*

*Sin embargo, la aplicación del artículo 6 del Real Decreto 827/2003, de 27 de junio, fue inicialmente diferida al año académico 2007-2008, por el Real Decreto 1318/2004, de 28 de mayo, y en la actualidad se encuentra expresamente derogado por el Real Decreto 806/2006, de 31 de junio, por el que se establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, establecida por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, la cual viene a derogar, entre otras, la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación.*

*Por ello, siendo inexistente ya la prueba general de Bachillerato prevista en el precitado Real Decreto 827/2003, de 27 de junio, el proceso de acceso a las universidades no se rige por el Real Decreto 1742/2003, de 19 de diciembre, cuya vigencia estaba supeditada a la implantación de dicha prueba, sino por el Real Decreto 69/2000, de 21 de enero”.*

2º) Sendas resoluciones del Rectorado de la Universidad de Murcia, de fechas 20 de diciembre de 2007 y 5 de febrero de 2008, también firmadas por delegación por el Decano de la Facultad de Medicina, por las que se acuerda aceptar la convalidación de asignaturas solicitada por el x.

De conformidad con el artículo 36, letra a) de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), corresponde al Gobierno, previo informe del Consejo de Universidades, regular los criterios generales a que habrán de ajustarse las universidades en materia de convalidación y adaptación de estudios cursados en centros académicos españoles o extranjeros.

Tales criterios de convalidación/adaptación entre estudios conducentes a la obtención de un mismo título oficial se regulan en el Anexo I del Real Decreto 1497/1987, de 27 de noviembre, sobre directrices generales comunes de los planes de estudio de los títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, cuya vigencia en este concreto punto ha sido salvaguardada por disposiciones posteriores que han derogado el indicado Real Decreto. En su virtud, y por lo que aquí interesa:

*“Se procederá a la adaptación de:*

- a) En todo caso, el primer ciclo completo de las enseñanzas universitarias de dos ciclos.*
- b) Las materias troncales totalmente superadas en el centro de procedencia.*

c) *Cuando la materia troncal no haya sido superada en su totalidad en los centros de procedencia, se podrá realizar la adaptación por asignaturas cuyo contenido y carga lectiva sean equivalentes*".

Como señala la STSJ Galicia de 29 de junio de 2007, esta norma conlleva que, a efectos de la continuación de estudios en un centro distinto, existe un paso previo *"consistente en la adaptación o convalidación de estudios que, como consecuencia de instancia previa, se obtiene tras contrastar las materias superadas en el plan de origen con las del plan con que se pretende continuar"*.

II. Carácter favorable de tales actos y exigencias formales derivadas de tal naturaleza para poder dejarlos sin efecto.

El Consejo Jurídico, en Dictamen 185/2010, tuvo ocasión de pronunciarse acerca de un acto, la matriculación en una Universidad, que se inserta, como los ahora sometidos a revisión, en el procedimiento por el que un interesado alcanza el estatus de estudiante de una determinada Universidad, y con los que comparte el carácter de acto declarativo de derechos y la correspondiente exigencia de sujetar la revocación de sus efectos a los procedimientos de revisión establecidos en los artículos 102 y 103 LPAC.

Señalábamos en aquel Dictamen que la matriculación de un alumno es un acto administrativo dictado por la Administración universitaria en ejercicio de las facultades regladas que le corresponden, siendo competencia suya comprobar si el solicitante cumple todos los requisitos establecidos por la normativa aplicable. Dada la naturaleza de acto administrativo que presupone que el interesado reúne los requisitos para cursar los estudios, configura una situación nueva en el matriculado con el correlativo contenido de sus derechos (derecho a asistir a clase, etc.), que lo configuran como un acto declarativo y su revisión sólo es posible conforme a los procedimientos previstos en los artículos 102 y 103 LPAC. Dicha naturaleza de acto administrativo declarativo de derechos ha sido reconocida por el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 3167/2002) y por la doctrina del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de la Sala 3ª de 9 de diciembre de 1999) que se resume seguidamente:

*"Los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo regulaban los procedimientos especiales para la revisión de oficio de los actos administrativos que, cuando son declarativos de derechos, como ocurre con la matriculación de un alumno en un determinado Centro de la Universidad, exigen un máximo rigor (...)"*.

En el mismo sentido, la Audiencia Nacional, en sentencia de 28 de febrero de 2005 señala que *“siendo la matrícula un acto favorable para la interesada, como sostiene la sentencia de instancia, la Administración debió sujetarse para su anulación a los trámites de la revisión de oficio de los actos administrativos”*. La aludida sentencia de instancia (sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 2, de 1 de septiembre de 2004), al respecto, señala que *“el acto de formalización de la matrícula es un verdadero acto administrativo, que se consuma por el hecho de cumplimentar el interesado todos los requisitos establecidos, como presentación de documentos y pago de tasas”*. El referido acto se trata, además, de un acto *“favorable para el interesado, pues del mismo se deriva la posibilidad de cursar estudios universitarios”*.

Y cuando se ha revocado la matriculación, sin seguir los procedimientos legalmente establecidos para su revisión de oficio, se ha declarado la nulidad de pleno derecho de tal actuación, como recogen también las sentencias citadas.

La propuesta de resolución sometida ahora a nuestra consideración no se refiere a la matriculación, sino a actos administrativos previos y necesarios para posibilitar tal matrícula en la Universidad de Murcia, como son tanto la admisión en la Facultad de Medicina, para continuar los estudios conducentes a la obtención del referido título, como la correspondiente convalidación/adaptación de asignaturas ya cursadas y superadas en el centro de procedencia. En tales actos concurren las mismas características que ya apreciábamos en la matriculación, en la medida en que constituyen actos de la Administración universitaria, que se dictan en el ejercicio de sus competencias y tras la comprobación del cumplimiento por el interesado que insta su dictado de los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico administrativo. Constituyen, en suma, verdaderos actos administrativos que, además, son declarativos de derechos, en la medida en que inciden en el patrimonio jurídico del estudiante, generando en él auténticos derechos, el primero de los cuales es el de matricularse (lo que, además, constituye una carga para que el acto de admisión en la universidad despliegue todos sus efectos). En definitiva, la admisión en la Facultad de Medicina constituye el acto primigenio de la relación jurídica estudiante-Universidad de Murcia y permite el acceso del interesado, mediante la oportuna matrícula, a la condición jurídica de estudiante de dicha Universidad, con el elenco de derechos y deberes que de ella se derivan.

Del mismo modo, la convalidación de estudios cursados en la Universidad de Granada, acto que antecede de manera inmediata a la matriculación, reconoce al estudiante la superación de las asignaturas objeto de convalidación, eximiéndole de cursar y superar las equivalentes correspondientes al plan de estudios de la Universidad de Murcia. Es evidente su carácter favorable al interesado y su naturaleza declarativa de derechos, llegando incluso la STSJ Madrid,

de 19 de octubre de 2001, a reconocer la existencia de un “*derecho a convalidar*”, si se dan los requisitos establecidos en el RD 1497/1987.

**CUARTA.- Concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho en dos de los actos administrativos que se revisan.**

La propuesta elevada, de 1 de diciembre de 2010, considera que concurre el supuesto aplicativo de la causa de nulidad de pleno derecho que dispone el artículo 62.1,f) LPAC, respecto a la resolución por la que se acepta la petición de x. de continuar sus estudios de Medicina en otra Universidad diferente a la de origen y a sendas resoluciones de convalidación de asignaturas, toda vez que accedió a la continuación de estudios en la Universidad de Murcia sin reunir los requisitos esenciales que son necesarios para ello, habiendo proporcionado documentación incorrecta con el propósito de obtener la admisión en la Universidad, la convalidación/adaptación de asignaturas y, luego de la superación de las en apariencia restantes, la consecución del título de Licenciado en Medicina.

1. La aplicación de la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el 62.1,f) LPAC.

Al tratarse la revisión de oficio de los actos administrativos de un cauce de utilización excepcional, frente a la regla general de la anulabilidad, exige una interpretación estricta de las causas de nulidad de pleno derecho, máxime en el caso concreto del vicio establecido en el artículo 62.1,f) LPAC: “*actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por el que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*”.

Esta causa de nulidad tiene su centro de gravedad en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales del acto, cuestión ésta que sólo puede resolverse caso por caso, como ha manifestado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, Dictamen núm. 118/03).

Profundizando en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales de los que debe carecer el afectado para la aplicación de tal supuesto, la doctrina del Consejo de Estado ha señalado que “*para que el vicio se produzca no resulta suficiente una vulneración objetiva del ordenamiento, con independencia de la gravedad que revista, sino que es preciso que esta vulneración consista precisamente en la carencia en la persona que adquiere una facultad o un derecho de un requisito esencial de carácter subjetivo*” (Dictamen núm. 1530/2002).

La Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, en su Dictamen 11/2009, señala que tal presupuesto se da cuando el contenido de la resolución que ampara nuevas situaciones o derechos se fundamenta en hechos o requisitos inexistentes o inadecuados para dar lugar a esta adquisición de posiciones, y que la esencialidad de los requisitos se encuentra en la función determinante para dar lugar al nacimiento de los derechos o de las situaciones mencionadas, teniendo presentes los supuestos de hecho que, en cada caso, tienen que concurrir necesariamente en el sujeto, de acuerdo con la normativa aplicable.

2. La Resolución por la que se acepta la petición de continuar los estudios en la Universidad de Murcia.

El artículo 20.1 RD 69/2000 establece como requisitos para continuar los estudios en una Universidad distinta de aquella en que se hubiesen comenzado, además de la petición del interesado en tal sentido, haber superado el primer curso completo de dichos estudios, en el caso de enseñanzas no renovadas, o 60 créditos en el caso de enseñanzas renovadas.

La propuesta de resolución no justifica, sin embargo, que el x. no cumpliera estos requisitos en el momento en que solicita su admisión en la Facultad de Medicina de la Universidad de Murcia, para el curso académico 2007/2008, limitándose a señalar que la documentación aportada junto a su solicitud era “incorrecta”. De hecho, la certificación académica oficial, de 5 de mayo de 2010, remitida por la Universidad de Granada a petición de la de Murcia, revela que el x. había superado, en septiembre de 2007, todas las asignaturas correspondientes a los dos primeros cursos de la licenciatura, dos asignaturas de tercero y dos de cuarto, así como que tenía reconocidos 54,5 créditos correspondientes a estos dos últimos cursos, posiblemente como consecuencia de los estudios de Enfermería previamente realizados.

Como señala el Consejo de Estado en Dictamen 2328/1995, para apreciar la concurrencia de la causa de nulidad establecida en el 62.1, f) LPAC, “*no basta con que la documentación aportada al expediente carezca de las legalizaciones necesarias*”, sino que ha de atenderse a la realidad material que se pretende acreditar con la documentación presentada. De tal forma que, aunque tal documentación no sea la correcta, si los requisitos que dicha documentación pretenden acreditar se cumplen materialmente por el interesado, no procederá la nulidad, al menos por la causa alegada. Y ello sin perjuicio de la posible aplicación de la contemplada en el artículo 62.1, letra d) si, como consecuencia de las diligencias penales en curso, se declara por la jurisdicción penal la falsedad del documento acreditativo aportado junto a la solicitud. No obstante, para ello será necesario esperar al dictado de la sentencia penal.

En consecuencia, de la documentación obrante en el expediente se desprende que el x, cuando solicitó continuar sus estudios de Medicina en la Universidad de Murcia sí reunía los requisitos exigidos por el ordenamiento, toda vez que había superado los dos primeros cursos de la licenciatura y tenía reconocidos numerosos créditos, si bien la documentación presentada al efecto mostraba diferencias con la realidad de su expediente académico, representada por la certificación académica oficial, expedida el 5 de mayo de 2010 por la Universidad de Granada, circunstancia ésta que será determinante de la nulidad de las resoluciones de convalidación de estudios.

3. Resolución rectoral de convalidación/adaptación de asignaturas de 20 de diciembre de 2007.

En esta resolución se convalidan al x. numerosas asignaturas sobre la base de la documentación por él aportada, consistente en una certificación académica personal, supuestamente expedida por la Secretaría de la Facultad de Medicina de la Universidad de Granada, en la que constan como superadas diversas materias que en la certificación académica oficial remitida por dicha Universidad, a solicitud de la de Murcia, constan como suspensas o a las que el alumno todavía no se había presentado.

Así, a modo de ejemplo, se le convalida al interesado el tercer curso completo, cuando en su expediente académico oficial consta que aún no ha superado cinco materias de las correspondientes a dicho curso (Patología Molecular; Anatomía Patológica General; Microbiología y Parasitología Médicas; Epidemiología General y Demografía Sanitaria; Radiología General y Principios de Medicina Física), respecto de algunas de las cuales ya había agotado hasta tres convocatorias del máximo de seis de que disponía.

Comoquiera que el requisito ineludible para la convalidación de una materia es haberla ya superado, eximiendo al alumno de cursarla y de someterse de nuevo a evaluación sobre la misma, es evidente que en la medida en que la resolución cuya revisión se pretende convalida al x. asignaturas respecto de las que no consta oficialmente que se hubiera presentado a su evaluación o que, habiéndolo hecho, había sido suspendido, se le está reconociendo un derecho careciendo de los requisitos esenciales para ello, por lo que procede aplicar la causa de nulidad establecida en el artículo 62.1, letra f) LPAC. En el mismo sentido se expresa el Consejo de Estado en Dictamen 785/2010, favorable a la revisión de oficio de una resolución de reconocimiento de créditos de doctorado, por la que se reconocen más créditos de los debidos, en la creencia de que el interesado cumplía los requisitos. También en el Dictamen antes citado (2328/1995), el Consejo de Estado muestra su parecer favorable a la aplicación de la indicada causa de nulidad cuando se

convalidan asignaturas sobre la base de unos documentos que no acreditan la superación de las correspondientes materias.

4. Resolución rectoral de 5 de febrero de 2008 por la que se resuelve la reclamación formulada por el interesado frente a la de 20 de diciembre de 2007, de convalidación de asignaturas.

En esta resolución se convalidan al interesado las asignaturas de Psiquiatría y Neuropsicología sobre la base de entender superadas, conforme a la documentación aportada por el propio solicitante, las asignaturas de Psiquiatría y de Psiquiatría Social y Comunitaria que, en el expediente académico oficial del alumno, no constan como superadas.

Procede, en consecuencia, declarar la nulidad de las resoluciones de convalidación/adaptación de asignaturas al amparo de la causa establecida en el artículo 62.1, letra f) LPAC. No procede, sin embargo, la aplicación de esta causa para declarar la nulidad de la Resolución por la que se acepta la petición del x. de continuar sus estudios en la Facultad de Medicina de la Universidad de Murcia.

#### **QUINTA.- Otras actuaciones procedentes.**

1. La declaración de nulidad de las resoluciones de convalidación de asignaturas conlleva, como bien apunta la propuesta de resolución, la de todos aquellos actos sucesivos que no son independientes de los invalidados. Una elemental aplicación del principio de seguridad jurídica aconsejaría identificar, no obstante, todos y cada uno de tales actos y resoluciones y declarar su nulidad de manera expresa, singularmente la certificación supletoria de título oficial y la certificación académica personal expedidas al interesado.

Y es que ambas certificaciones, a diferencia de otras, no son meros documentos que reflejan o atestiguan una actuación administrativa material preexistente, sino que en ellas se constata que el alumno reúne los requisitos necesarios para la obtención y expedición del título y así se menciona de forma expresa. Constituyen, en suma, verdaderos actos administrativos de constancia, cuya nulidad, aunque derivada de la invalidez de las actuaciones precedentes, que se transmite a las certificaciones en la medida en que éstas se basan en aquéllas, conviene declarar de forma expresa.

3. De no haberse hecho todavía, debería darse traslado al Ministerio Fiscal del escrito remitido por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad y documentación anexa al mismo, toda vez que se aprecian nuevos indicios de delito en las actuaciones del interesado allí relatadas.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de revisión de oficio de la resolución del Rector de la Universidad de Murcia, firmada por delegación por el Decano de la Facultad de Medicina, de 18 de septiembre de 2007, por la que se acepta la petición del x. de continuación de sus estudios iniciados en otra Universidad.

**SEGUNDA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de revisión de oficio de las Resoluciones del Rector de la Universidad de Murcia, firmadas por delegación por el Decano de la Facultad de Medicina, de 20 de diciembre de 2007 y 5 de febrero de 2008, por las que se acepta la convalidación/adaptación de asignaturas solicitada por el x.

**TERCERA.-** Procedería, asimismo, realizar las actuaciones que se indican en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 38-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	23/02/2011

**Extracto doctrina**

En su Dictamen nº 209/02, entre otros, el Consejo Jurídico tuvo oportunidad de reproducir el parecer del Consejo de Estado que “mantiene una clara línea doctrinal en relación con los supuestos de responsabilidad patrimonial suscitados por accidentes padecidos en centros escolares por alumnos de Educación Infantil y Especial, en virtud de la cual cabe manifestar que la corta edad de los alumnos o sus peculiares problemas permiten entender que existe un especial deber de cuidado que tiene consecuencias en el examen más o menos riguroso de la relación de causalidad, pues en tales ámbitos educativos la Administración se halla obligada a extremar su celo en la custodia de los alumnos para evitar accidentes, lesiones o agresiones entre ellos (Dictamen 4060/1996, citado en la Memoria del Ejercicio 1998).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante oficio de 30 de octubre de 2009, la Directora del CEIP “*Francisco Caparrós*”, de Alcantarilla, remitió a la Consejería de Educación, Formación y Empleo un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial presentado por x, madre de la alumna x, por el accidente escolar sufrido por ésta en dicho centro escolar el 8 del expresado mes y año (aunque en el escrito consigna, por error, la fecha del 8/2/09). La interesada relata así los hechos: “*Le pillaron en la puerta del baño el dedo. En la hora del recreo. Le cogieron 10 puntos en su dedo.*” La interesada adjuntó partes del servicio de urgencias del hospital “*Santa María del Rosell*” de Cartagena, de 8 y 21 de octubre de 2009, donde se consigna el aplastamiento del quinto dedo de la mano izquierda de su hija, y de prescripción de una férula para el dedo de la niña, así como una factura por tal aparato expedida por una ortopedia de Cartagena, por importe de 120 euros.

Consta en el expediente informe de accidente escolar emitido por la Directora del centro, fechado el 29 de octubre, en el que describe así el suceso: “*se encontraba jugando al pilla pilla, entraron al aseo y otra compañera cerró una puerta y le pilló el dedo*”, estando presentes tres personas, que identifica, añadiendo que hubo “*lesión en el dedo meñique de la mano izquierda*” y que precisó asistencia médica.

**SEGUNDO.-** Solicitado informe al centro, fue emitido por su Directora el 3 de marzo de 2010, en el que viene a reproducir lo indicado en el informe anterior, añadiendo que el hecho fue durante el período de recreo, en los aseos de las alumnas, y que en otra zona del patio había otras tres profesoras.

**TERCERO.-** Solicitado informe a la Unidad Técnica de Centros Educativos de la mencionada Consejería sobre las características de la puerta en cuestión, fue emitido el 15 de abril de 2010, en el que se indica que esas puertas se encuentran en los aseos de uso exterior con acceso a los patios (de recreo, se entiende), siendo usuarios de los mismos principalmente alumnos de educación primaria, y que tienen las características normales de las puertas de paso, sin disponer de ningún suplemento de seguridad adaptado a las mismas.

**CUARTO.-** Otorgado el preceptivo trámite de audiencia a la interesada mediante oficio de 7 de mayo de 2010, no consta la presentación de alegaciones.

**QUINTO.-** Solicitado nuevo informe a la referida Unidad Técnica sobre otras cuestiones, entre ellas, la existencia de directrices o criterios sobre medidas de seguridad en puertas de centros escolares, mecanismos de protección de accidentes con las mismas y si, de existir, hubieran evitado el accidente producido, fue emitido el 7 de junio de 2010, en el que se indica que no existe normativa o referencia al respecto, si bien dicha Unidad está utilizando en centros de educación infantil aquellos pocos sistemas o elementos que existen en la actualidad y que dependiendo del caso puedan ser colocados.

**SEXTO.-** El 7 de junio de 2010 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, fundada, en síntesis, en que no se adoptaron los mecanismos de seguridad adecuados para evitar estos accidentes, atendida la edad de los alumnos (de educación infantil), independientemente de que no exista normativa técnica al respecto; también señala la propuesta que cabe hablar de una falta de celo en los tres profesores presentes en el patio de recreo, en relación con el acceso de los alumnos a los aseos anexos a dicho patio.

**SÉPTIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. La acción resarcitoria ha sido ejercitada por quien ha sufrido el daño económico por el que se reclama.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación, Formación y Empleo competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro en el que ocurrió el accidente.

II. A tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. Según el artículo 139 LPAC, cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, aquéllos tienen el derecho a que la Administración les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable

económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley.

Ahora bien, el Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999). El Consejo de Estado, en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene también que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que *“deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”*, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996). También es abundante la doctrina sentada por dicho Órgano consultivo y por este Consejo Jurídico que ha propugnado la ausencia de la adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público educativo y los daños por los que se reclama cuando los hechos se producen fortuitamente y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (por todos, Dictámenes 40/2002 y 8/2003).

Sin perjuicio de lo anterior, en su Dictamen nº 209/02, entre otros, el Consejo Jurídico tuvo oportunidad de reproducir el parecer del Consejo de Estado que *“mantiene una clara línea doctrinal en relación con los supuestos de responsabilidad patrimonial suscitados por accidentes padecidos en centros escolares por alumnos de Educación Infantil y Especial, en virtud de la cual cabe manifestar que la corta edad de los alumnos o sus peculiares problemas permiten entender que existe un especial deber de cuidado que tiene consecuencias en el examen más o menos riguroso de la relación de causalidad, pues en tales ámbitos educativos la Administración se halla obligada a extremar su celo en la custodia de los alumnos para evitar accidentes, lesiones o agresiones entre ellos (Dictamen 4060/1996, citado en la Memoria del Ejercicio 1998). En esta misma línea se manifiesta la doctrina legal de otros órganos consultivos autonómicos (Dictámenes números 98 y 270, del año 2000, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana).”*

Por su parte, el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que *“durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”*.

II. Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, acreditados los daños por los que se reclama, vista la factura aportada y su relación con el accidente sufrido, del expediente se desprende que, atendida la corta edad de los alumnos (la accidentada tenía 6 años en la fecha del accidente), era exigible un especial deber de vigilancia en la zona de los aseos en cuestión, ubicados, según se desprende del expediente (f.22), en un recinto anexo al patio de juegos, lugar al que la accidentada penetró jugando en el momento del recreo. Del informe de la Directora del centro se desprende que en la zona del patio de que se trata había tres profesoras presentes, pero no se hace mención a que alguna de ellas estuviera especialmente vigilante del mencionado recinto de los aseos, para evitar allí juegos inconvenientes, vigilancia que debía ser de especial intensidad sobre todo a la vista de las características de dicho recinto y la edad de los alumnos, a lo que se añade el hecho de que, según informa la Unidad Técnica de Instalaciones, las puertas no disponían de ningún mecanismo protector al efecto (aunque sobre su eventual eficacia para evitar los daños del caso nada se dice, pues no se indica cuáles serían tales mecanismos, más allá de señalarse que no existe normativa al efecto). Es, por tanto, la falta de acreditación del adecuado deber de vigilancia *“ad hoc”* lo que determina la responsabilidad patrimonial pretendida.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Existe la adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es estimatoria de la reclamación de referencia, se informa favorablemente, si bien su fundamentación debe adecuarse a lo expresado en la mencionada Consideración Tercera, II de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 39-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	23/02/2011

**Extracto doctrina**

Es abundante la doctrina sentada por el Consejo Jurídico que, reiteradamente, ha propugnado la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (por todos, Dictámenes 40/2002 y 8/2003).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 13 de mayo de 2010, la Directora del CEIP “Fulgencio Ruiz”, de Santiago de la Ribera, emitió un informe de accidente escolar en el que la alumna x, de 5º curso de educación primaria, había sufrido la rotura de las gafas al recibir un manotazo involuntario de otro alumno durante el tiempo de recreo, sin que precisase asistencia médica.

El 18 de mayo siguiente, la madre de la menor interpuso reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración, solicitando ser indemnizado en la cantidad de 59 euros, importe de las gafas que acredita con la correspondiente factura. Relata brevemente que su hija sufrió un manotazo involuntario de otro alumno en el patio del recreo mientras jugaban a una persecución, produciéndose la rotura de las gafas.

**SEGUNDO.-** El 28 de julio de 2010 el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo acordó admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del procedimiento, siendo notificada la resolución a la interesado el día 4 del mes de agosto de ese mismo año.

**TERCERO.-** Se solicitó al Director del centro un informe sobre las circunstancias del accidente; fechado el 8 de octubre de 2010, expone lo que *“según testimonio de la profesora del turno de patio que estaba presente (...), el día 13 de mayo de 2010 sobre las 11:30 horas cuando la alumna x se encontraba jugando en el recreo recibió un manotazo involuntario en la cara por parte de una compañera durante una persecución(...) El accidente se produjo de forma*

*espontánea, fortuita y sin ninguna intencionalidad, sin que el juego en sí entrañara riesgo para las niñas, ya que no había ningún desperfecto en el suelo ni en la zona del patio donde jugaban”.*

**CUARTO.-** El 27 de octubre de 2010 se notificó a la interesada la apertura del trámite de audiencia, sin que conste haber ejercitado ese derecho.

**QUINTO.-** El 16 de noviembre de 2009 se formuló propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar que no concurre la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama.

Unidos el índice de documentos y el extracto de secretaría, el 19 de noviembre de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

La acción ha sido ejercitada por quien ha sufrido el daño por el que se reclama. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación, Formación y Empleo competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro en el que ocurrió el accidente.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse la conformidad de este Consejo Jurídico con la propuesta de resolución que las concluye, al no advertir que concurran en el accidente sufrido por la alumna todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada.

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, aquéllos tienen el derecho a que la Administración les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, el Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999). El Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene también que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la

responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996).

Asimismo el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que “durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”. También es abundante la doctrina sentada por el Consejo Jurídico que, reiteradamente, ha propugnado la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (por todos, Dictámenes 40/2002 y 8/2003).

En el asunto consultado puede afirmarse que ese grado de diligencia no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas, dado que el accidente se produjo durante el recreo, de forma involuntaria y sin ninguna intencionalidad, en un patio adecuado para los alumnos de esa edad, que estaban convenientemente vigilados. La reclamante no ha alegado la concurrencia de circunstancias determinantes de riesgo, peligro, negligencia o mal estado de las instalaciones, que hubieran podido causar el daño que, según los antecedentes, tuvo su origen en una acción propia de los juegos infantiles, por lo que no existe la conexión con el servicio público educativo que es necesaria para estimar la pretensión indemnizatoria formulada.

Para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el procedimiento objeto de consulta, si bien es cierto que el daño existe, se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo impiden que tales hechos desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

II. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de lo manifestado por este Consejo Jurídico en reiterados Dictámenes y en la Memoria correspondiente al año 2006 sobre la conveniencia de que la Administración arbitre medidas de protección social que puedan cubrir tales riesgos.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de Dictamen, por no ser el daño imputable a la Administración regional, ni existir relación de causalidad entre el mismo y el funcionamiento de sus servicios públicos.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 40-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de daños sufridos en accidente de circulación.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 23/02/2011

**Extracto doctrina**

Sobre los daños causados por la presencia incontrolada de animales en carreteras y autovías, el Consejo Jurídico ha manifestado en numerosas ocasiones (Dictámenes 40 y 121 de 2005; 8/2006; 68, 77,93 y 125 de 2007, 271/2010, etc.) que no pueden imputarse a la Administración regional, y que comparte el criterio del Consejo de Estado, expresado, entre otros, en el dictamen de 30 de octubre de 2003 (expediente 3.184/2003).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 27 de noviembre de 2007 x, a través de un Abogado, interpuso ante la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, solicitando una indemnización de 1.539,63 euros, en concepto de resarcimiento por los daños sufridos en el vehículo de su propiedad marca *Skoda Octavia*, matrícula “—”, cuando, según expresa en su escrito, dicho vehículo circulaba el 24 de enero de 2007, sobre las 22 horas, por la autovía del noroeste C-415 (Km. 60,9), e impactó con un perro, ocasionándose desperfectos que relaciona a través de un dictamen pericial y del presupuesto de un taller. Une a su escrito, también, una copia del acta de comparecencia ante la Guardia Civil, del 25 de enero de 2007 a las 11, horas, en la que expone que, cuando circulaba aquel día por la carretera, *“observó a un perro grande caminando por la izquierda y poco antes de rebasarlo cruzó inesperadamente hacia la derecha no pudiendo evitar atropellarlo, a pesar de intentar esquivarlo y de frenar bruscamente, produciéndose daños de consideración al vehículo citado en el faro derecho y en parte del paragolpes”*.

Advertido de la necesidad de subsanar la solicitud y de proponer la práctica de prueba, el reclamante lo hizo mediante escritos de 28 de diciembre de 2007.

**SEGUNDO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, lo emitió la concesionaria de la explotación y conservación de la autovía a través del Director de Explotación de la Concesión (8 de enero de 2008), según el cual no se tiene constancia de la existencia del accidente si bien el servicio de vigilancia detectó la presencia del animal muerto en el punto

kilométrico 61,9. Considera que no debe imputarse responsabilidad ni a la Administración ni a la empresa concesionaria, ya que en autovías o carreteras convencionales se hace prácticamente imposible controlar la existencia de animales en la calzada, ya que éstos pueden irrumpir en la misma traspasando el vallado o a través de los nudos de entrada y salida de vehículos, existiendo uno cercano al lugar del accidente, en el Km. 61,7.

También se solicitó informe al Parque de Maquinaria, el cual señaló el 15 de octubre de 2009 que la clase y cuantía de los daños se corresponden con las características del accidente que dice haber sufrido el reclamante.

**TERCERO.-** Conferido trámite de audiencia al reclamante, no consta que realizara alegaciones. La propuesta de resolución (27 de diciembre de 2010) concluye en la procedencia de desestimar la reclamación ya que, según se dice, no hay nexo causal entre la actuación u omisión administrativa y las consecuencias dañosas.

**CUARTO.-** Tras ello, confeccionados el extracto de secretaría y la copia del expediente, fue éste remitido al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada el día 11 de enero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

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

1) El reclamante acredita la titularidad del vehículo siniestrado, gozando por tanto de la condición de interesado a efectos de ejercer la presente acción que, a tenor de la fecha del accidente (24 de enero de 2007), ha sido interpuesta dentro del plazo de un año (artículo 4.2 del RD 429/1993, de 29 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, RRP).

2) Si bien se ha procurado respetar las previsiones del RRP y se ha conseguido tal objetivo en términos generales, es necesario destacar que, cuando se requiere al interesado para la

subsanción y mejora de la solicitud con la advertencia de archivo de la instancia, no se distingue qué omisiones son las que producen ese efecto y cuáles no, siendo ello exigible a la Administración para que el ciudadano conozca las consecuencias de sus actos.

3) También debe advertirse que la Dirección General de Carreteras no ha emitido el informe a que se refiere el artículo 10.1 RRP, omisión sobre la que el Consejo Jurídico ya indicó en la Memoria del año 2007 lo siguiente: *“El parecer técnico que en este punto debe suministrar el órgano administrativo competente, no puede sustituirse por el de la empresa concesionaria, y ello porque, como ya tuvo ocasión de manifestar este Órgano Consultivo en su Dictamen núm. 16/2007, dicha mercantil ocupa una posición jurídica respecto al reclamante de distinto alcance que la Administración titular de la autovía y, en potencia, ambas pueden promover intereses que entren en conflicto. Por ello, procede que se emitan ambos informes: el del órgano administrativo (exigido por el citado artículo 10.1 segundo párrafo RRP) y el de la empresa concesionaria (artículos 1.3 RRP y 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), ya que el Centro directivo correspondiente no puede abdicar de sus competencias (art. 12.1 LPAC). No obstante, si el parecer del técnico de la Administración fuera coincidente con el de la concesionaria, el informe administrativo podría sustituirse por una ratificación expresa por parte de aquél del contenido del informe del contratista. Con la actualización de la cita del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, artículo 198, el recordatorio que entonces se hizo con alcance general es plenamente aplicable al asunto dictaminado.*

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto en relación con el servicio público viario.**

Sobre los daños causados por la presencia incontrolada de animales en carreteras y autovías, el Consejo Jurídico ha manifestado en numerosas ocasiones (Dictámenes 40 y 121 de 2005; 8/2006; 68, 77,93 y 125 de 2007, 271/2010, etc.) que no pueden imputarse a la Administración regional, y que comparte el criterio del Consejo de Estado, expresado, entre otros, en el dictamen de 30 de octubre de 2003 (expediente 3.184/2003) cuya doctrina es aplicable al asunto aquí consultado:

*“En el caso examinado, no cabe duda de que la lesión se ha producido a consecuencia de la utilización por el reclamante de un servicio público. La Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada. Excede, sin embargo, ese límite un caso como el sometido a consulta. Y es que el Consejo de Estado ha señalado ya en numerosas ocasiones que la*

*presencia incontrolada de animales en las carreteras no genera la obligación de indemnizar, habida cuenta que no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, si se tiene presente que su acceso a las vías públicas puede resultar inevitable. Tal doctrina, generalmente aplicada con relación a colisiones con animales ocurridas en autopistas, resulta con mayor motivo de aplicación al caso de que ahora se trata, en que no tratándose de autopista, sino de autovía, no es obligada la privación, sino la mera limitación, de accesos a las propiedades colindantes".*

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Procede desestimar la reclamación objeto de consulta, al no ser el daño imputable a la Administración regional.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 41-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 23/02/2011

**Extracto doctrina**

Procede solicitar un informe al Servicio de Proyectos y Construcción de dicho centro directivo al objeto de determinar si los daños por los que se reclama indemnización pudieran haber sido consecuencia de la omisión, por parte del contratista, de las obligaciones de vigilancia o mantenimiento de la vía que pudiera haber asumido con motivo de las obras.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 31 de julio de 2007, x, en representación de x, presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio solicitando indemnización por los daños causados en el vehículo de ésta con matrícula “—” cuando el 23 de septiembre de 2006 circulaba por el desvío provisional de la carretera C-3223, a la altura del polígono industrial de Fortuna, al impactar con una rejilla de desagüe suelta, por no estar debidamente sujeta al hueco del desagüe. Añade que por la tarde acudió a denunciar el hecho ante la Policía Local de Fortuna, que se personó en el lugar y extendió un parte (que adjunta, sin firma) en el que indica que se *“observa que una rejilla de hierro se había colado, descolocándose de su lugar, procediendo a señalar un peligro inminente para los usuarios de la vía”*. Considera que existió un incumplimiento de los deberes de vigilancia y mantenimiento que legalmente corresponden al titular de la vía, por lo que solicita una indemnización de 633,37 euros, por los daños que se reflejan en la factura que adjunta. Dado que en la zona se ejecutaban obras públicas (construcción de la variante de Fortuna, según afirma), solicita que se emplace como interesada a la empresa adjudicataria de dichas obras, y que se practique prueba testifical de los agentes policiales que se personaron en el lugar de los hechos.

**SEGUNDO.-** Con fecha de 14 de septiembre de 2007 se dicta oficio de requerimiento para la subsanación y mejora de la reclamación, que es cumplimentado mediante escrito presentado el 5 de octubre siguiente, al que adjunta diversa documentación.

**TERCERO.-** Solicitado el 1 de julio de 2008 un informe a la Policía Local de Fortuna, fue emitido el 18 siguiente, en el que se transcribe el parte de dos policías locales extendido el 23 de septiembre de 2006, que coincide sustancialmente con lo indicado en el que aportó el reclamante.

**CUARTO.-** Con fecha 16 de marzo de 2009 se solicita informe de la Dirección General de Carreteras, siendo emitido el 25 de junio siguiente por la Sección de Conservación, que, en síntesis, expresa que parece cierto el accidente, a la vista del parte de la Policía Local de Fortuna, acaecido en el desvío provisional de las obras de la variante de Fortuna, no estando dicha Sección a cargo de tales obras, sino el Servicio de Proyectos y Construcción, indicando, no obstante, que la empresa adjudicataria de dichas obras y responsable de la adecuación de los desvíos alternativos provisionales es "--".

**QUINTO.-** Con fecha 18 de septiembre de 2009 se solicita informe al Parque de Maquinaria de dicha Dirección General, que lo emitió el 5 de marzo de 2010, en el que, en síntesis, se considera correcta la factura de reparación presentada por el reclamante.

**SEXTO.-** Con fecha 28 de abril de 2010 se acuerda un trámite de audiencia y vista del expediente para el interesado, presentando alegaciones el 12 de mayo de 2010, en las que, en síntesis, se ratifica en lo alegado en su escrito inicial, añadiendo que se advierte que no se ha emplazado al contratista eventualmente responsable, lo que, según la doctrina contenida en la STS, Sala 3º, de 30 de marzo de 2009, supone que la Administración entiende tácitamente que, de existir responsabilidad, no corresponde al contratista, sino a ella misma.

**SÉPTIMO.-** El 8 de junio de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, considerando, en síntesis, que, aunque se prueba el hecho de la existencia de una rejilla mal colocada, no se ha probado que estuviera en tal estado durante el tiempo suficiente como para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración Regional, pues ésta *"no tiene personal suficiente para que en un lapso de tiempo infinitesimal pueda evitar cualquier hecho"* dañoso en las carreteras de su titularidad.

**OCTAVO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en concordancia con el artículo 12.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP).

### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento de la reclamación.**

I. La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, en cuanto titular del vehículo por cuya reparación de daños se reclama indemnización.

Tales daños son imputados y reclamados a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad, por lo que aquélla está legitimada pasivamente para resolver la reclamación.

II. Ésta ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), si se parte de la fecha de ocurrencia del accidente y de la presentación de la reclamación.

III. En cuanto al procedimiento, debe destacarse que, a partir de lo indicado por la Sección de Conservación de la Dirección General de Carreteras (Antecedente Cuarto), procede solicitar un informe al Servicio de Proyectos y Construcción de dicho centro directivo al objeto de determinar si los daños por los que se reclama indemnización pudieran haber sido consecuencia de la omisión, por parte del contratista de las obras de la variante de Fortuna, de las obligaciones de vigilancia o mantenimiento de la vía que pudiera haber asumido con motivo de tales obras; y, en concreto, para que dicho Servicio informe, a la vista del correspondiente clausulado del contrato, si el adjudicatario de tales obras había asumido deberes de vigilancia o mantenimiento del tramo de vía en el que ocurrió el accidente. Y ello para, en caso afirmativo, emplazarlo como interesado en el presente procedimiento, ya que del mismo podría resultar su responsabilidad por los referidos daños, de conformidad con lo establecido en el artículo 97 del RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se

aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en la fecha de los hechos, en concordancia con los artículos 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 1.3 RRP. Dichas actuaciones no se han realizado a pesar del dilatado tiempo empleado en la tramitación del procedimiento.

Así pues, en el caso de que, conforme con lo que resulte del indicado informe que debe solicitarse, pudiera establecerse la responsabilidad del contratista por los daños en cuestión, procederá su emplazamiento (no así si del citado informe resultara una total falta de conexión entre las obligaciones contractuales del adjudicatario y los daños reclamados); y, en todo caso, al existir un nuevo informe en el expediente, deberá acordarse un nuevo trámite de audiencia y vista de éste para los interesados, tras lo cual deberá formularse una nueva propuesta de resolución, que deberá ser remitida a este Consejo Jurídico para su preceptivo Dictamen sobre el fondo del asunto. Los trámites que, conforme con lo anterior, sea procedente acordar, deberán realizarse a la mayor brevedad, vista la duración del procedimiento.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Procede retrotraer el procedimiento a fin de realizar las actuaciones expresadas en el presente Dictamen, por las razones indicadas en su Consideración Segunda, III.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 42-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x. y otra, en nombre y representación de su hijo, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	28/02/2011

**Extracto doctrina**

Ha de insistirse en mantener el máximo rigor en la exigencia legal (art. 80.3 LPAC) de que el rechazo de las pruebas propuestas por los interesados sea motivado.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 18 de enero de 2008, x. y su esposa, x, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por el citado Ente a su hijo x, autista y que contaba en la fecha de los hechos con 17 años de edad, en el Hospital “Morales Meseguer” de Murcia.

Relatan los reclamantes que a principios de 2007 empezó a encontrarse mal del estómago, por lo que se le llevó el 3 de enero por la tarde al Servicio de Urgencias de su Centro de Salud en San Andrés y el viernes día 5 a su médico de cabecera, recibiendo como diagnóstico que tenía un virus, y recetándole en consecuencia.

El 7 de enero por la mañana y a la vista de los tremendos dolores que padecía, que se negaba a comer y a tomar líquidos, tenía vómitos y diarrea con sangre, acuden a Urgencias del Hospital “Morales Meseguer” donde queda ingresado.

El lunes día 8 se le realiza una endoscopia con resultado negativo y se les informa que sólo tenía una leve esofagitis por el ácido de haber vomitado tanto, por lo que se decide que podía empezar a comer dieta blanda al día siguiente. Sin embargo, a la hora de comer sólo pudo tomar líquidos.

Toda la tarde del martes día 9 estuvo retorciéndose de dolor, por lo que se reclamó la asistencia de un médico, compareciendo una auxiliar de clínica que sólo le administraba calmantes

que no hacían efecto, hasta el punto de que por el dolor se mordía la boca, por lo que manaba abundante sangre, dándosele como única solución palitos de reconocimiento bucal para ponerlos entre los dientes.

Destacan el hecho de que su hijo no es violento pero estuvo golpeando a su padre durante varias horas y sólo cuando le administraron en el gotero "valium 10" se quedó relajado.

Pero, cuando se le pasó el efecto, volvió a empezar sin que el médico, pese a ser reclamado, compareciese, volviéndosele a administrar en el gotero varios calmantes.

A primera hora de la mañana del día 10 de enero entra en parada cardíaca, siendo intervenido de urgencia porque tenía una crisis séptica, informándoles que se le habían extraído 3 litros de pus de la cavidad peritoneal a causa de una úlcera de estómago.

Se le subió a UCI y al poco de llegar se les avisó del mal estado de su hijo. Cuando entraron en el box se encontraron con que su electroencefalograma estaba prácticamente plano, siendo conscientes de que su hijo estaba muerto y mantenido de forma artificial. Sorprendentemente salió de esa situación, pero sufrió otras dos intervenciones por peritonitis y varias paradas cardiorrespiratorias. En total estuvo siete semanas y media en cuidados intensivos y hospitalizado hasta el 13 de marzo de 2007.

Tras varios meses de rehabilitación, le ha quedado como secuela permanente la limitación del movimiento de la pierna derecha, lo que le impide correr, así como una cicatriz desde el esternón hasta la ingle, y cicatriz en la garganta de más de un centímetro de diámetro al habersele tenido que practicar una traqueostomía.

Por todos estos hechos, su vida familiar se ha visto resentida, la madre estuvo de baja y el padre ha sufrido ataques de ansiedad y arritmia.

Solicitan una indemnización de 27.658' 99 euros en concepto de días de incapacidad, secuelas, perjuicio estético y daños morales.

Se adjunta a la reclamación diversa documentación clínica y se solicita la incorporación de la historia clínica del paciente.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, se encomienda su instrucción al Servicio Jurídico del referido Ente,

procediendo el órgano instructor a comunicar a los reclamantes la información prescrita por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Asimismo, comunica la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la aseguradora del organismo público y a la Dirección de los Servicios Jurídicos, recabando de la Gerencia de Atención Primaria la historia clínica de ambos reclamantes y de su hijo, y del Hospital "Morales Meseguer" el historial de este último e informe de los facultativos que le atendieron.

**TERCERO.-** Remitida la documentación solicitada, constan los informes de especialistas en Aparato Digestivo, Rehabilitación, Medicina Intensiva y Cirugía General.

Advertida la falta de diversa documentación que debería constar en la historia clínica, se completa con posterioridad, emitiéndose nuevo informe por el Jefe de Servicio de Cirugía General, que es del siguiente tenor literal:

*"1. Efectivamente el paciente fue admitido el día 7 de enero en este Centro, e ingresado en el servicio de Cirugía General por cuadro de Hemorragia Digestiva Alta. Pasa la tarde y noche sin incidencias.*

*2. El día 8 es visitado por la Dra. x, especialista en Cirugía General. Ese día, 8, se le practicó la endoscopia, que observó lesiones agudas de la mucosa gástrica como causa del sangrado. Se efectuó biopsia. El enfermo pasó la tarde y noche sin incidencias.*

*El día 9 es nuevamente visitado por Dra x, que constata la mejoría clínica e instaura la tolerancia oral. Esa misma tarde es visitado por el cirujano de guardia. Durante la noche, el paciente se muestra estable, más tranquilo, incluso defeca.*

*3. El día 10 por la mañana, el paciente empeora. Se contacta con UCI para su control. La radiología simple de abdomen no muestra neumoperitoneo. Se realiza ECO abdominal que apunta la posibilidad de una peritonitis aguda como causa del empeoramiento. Se decide la laparotomía urgente con el diagnóstico de abdomen agudo.*

*Existe copia del consentimiento informado de abdomen agudo (folio numero 398) que advierte de la complicación "dehiscencia de suturas viscerales" como típica. Fue intervenido esa misma mañana, comprobándose una perforación gástrica que se trató con corrección: resección de bordes y sutura. Pasó a UCI. Ocurrió la complicación (dehiscencia) y requirió reintervención el 17 de enero. Como ocurrió luego otra complicación típica del abdomen agudo, expresada en el*

*documento del consentimiento informado: nueva infección y necesidad de reintervención, la tercera, habida el 28 de enero.*

*Nunca le faltó el cuidado, el diagnóstico, la técnica, ni la atención quirúrgicas a este paciente”.*

**CUARTO.-** Requeridos los reclamantes para proponer la prueba de la que intenten valerse, proponen la documental referida a las actuaciones clínicas desarrolladas y la testifical del facultativo que intervino al menor de urgencia el 10 de enero de 2007, así como la de dos personas que estuvieron presentes la tarde del 9 de enero durante la crisis del menor, cuando se mordía la boca por el dolor y no acudió ningún facultativo.

**QUINTO.-** Identificado el cirujano que intervino al paciente el 10 de enero, se recaba su informe, que se expresa en los siguientes términos:

*“Encontrándome de guardia de presencia física el día 10 de Enero de 2007 me avisan desde UCI para valoración de un paciente varón autista, procedente de la planta de cirugía (3º izquierda) por cuadro de deterioro general y shock. Según consta en historia clínica, el paciente había ingresado en cirugía por cuadro de vómitos en posos de café, motivo por el cual se había solicitado endoscopia digestiva alta la cual se realizó según consta en los informes clínicos. Durante su estancia en hospitalización el paciente tuvo un deterioro brusco que obligó a ingreso en UCI.*

*Se valora al paciente en UCI, diagnosticándose un abdomen peritonítico con pérdida de la matidez hepática, sospechándose perforación de víscera hueca, aunque la radiología no evidencia la existencia de neumoperitoneo. Se realiza ecografía en UCI donde se evidencia líquido libre. Es intervenido urgentemente el 10/01/2007 (Dr. x.), evidenciándose una importante peritonitis aguda difusa, cuyo origen era una perforación de cuerpo gástrico, de bordes anfractuosos. Dadas las características morfológicas de la perforación se decidió reseca la zona afecta para estudio anatomopatológico mediante material mecánico de autosutura (stappler lineal), reforzando la sutura mecánica con sutura manual de monofilamento reabsorbible. Lavado profuso de la cavidad abdominal con abundante suero fisiológico (varios litros). Cierre por planos. El paciente pasa a UC1 para tratamiento”.*

**SEXTO.-** El 20 de enero de 2009, el órgano instructor acuerda la apertura del período de prueba e informa a los interesados que, respecto a la testifical del facultativo que intervino al paciente el 10 de enero de 2007, aquél ha emitido informe médico y que la prueba no puede

practicarse de forma presencial por motivos laborales, si bien pueden formular por escrito las preguntas que desean efectuarle, las cuales le serán remitidas. No consta que tal ofrecimiento fuera cumplimentado por los reclamantes.

Así mismo, y respecto a los otros testigos, se considera innecesaria su declaración habida cuenta que ya consta en la historia clínica que el paciente padecía ese día dolores y que se autolesionaba a nivel bucal por lo que fue necesario administrar tratamiento relajante.

**SÉPTIMO.-** Solicitado informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica) se remite el 6 de julio de 2010, con las siguientes conclusiones:

*“- El paciente x. acudió a urgencias del Hospital Morales Meseguer tras llevar varios días con síntomas inespecíficos, sin alteración hemodinámica, y por el que fue a centros de primaria.*

*- El día 7 acudió al servicio de urgencias, cuando presentaba síntomas de lesión gástrica (vómitos en poso de café), se le ordenó tratamiento adecuado y se consultó la idoneidad de una gastroscopia. Ésta se indicó para el día siguiente ya que no se trataba de una urgencia vital que obligara a realizarla en el día y por otro lado las intervenciones programadas conllevan una mejor calidad.*

*- La endoscopia se le realiza de forma correcta y con la técnica correcta. La familia conocía el diagnóstico de presunción y los posibles riesgos tanto de la patología como de la realización de la endoscopia.*

*- A las 48 horas de la realización de la endoscopia, el paciente empeora súbitamente y se ingresa en UC1, se interviene la misma mañana y se comprueba la existencia de una perforación gástrica. Ésta se produjo súbitamente como consecuencia de: la lesión de la mucosa gástrica, la presencia del Helicobacter pylori, la excesiva dilatación gástrica (se extrajeron 2 litros de líquido). Posteriormente sufrió otras complicaciones como consecuencia de dicha perforación y que obligó a realizarle otras intervenciones quirúrgicas.*

*- El día 9 de Enero, el paciente se encontraba bien, incluso tuvo deposiciones, al presentar dolor, se le suministro el calmante adecuado a su situación, le visitó el Cirujano General que ordenó un tratamiento más potente si aumentaba el dolor y un relajante. Éstos hicieron el efecto buscado en el paciente y no presentó más problemas hasta el día siguiente (madrugada del 10, que fue ingresado en UC1 e intervenido por perforación gástrica, que era una complicación posible dadas las circunstancias y que se trató en el momento).*

- El paciente ha recibido la asistencia especializada que ha precisado en cada momento y el tratamiento previsto en la literatura en relación con la situación clínica y fisiológica que en su evolución iba presentando.

- La competencia técnica mostrada por los especialistas que le atendieron dio lugar a que se realizara el diagnóstico definitivo a pesar de su infrecuencia y de las dificultades que presenta el mismo.

## CONCLUSIÓN

*La actuación de los profesionales en la atención al paciente, x. ha sido correcta”.*

**OCTAVO.-** Por la aseguradora del Servicio Murciano de Salud se remite dictamen médico elaborado por tres especialistas en Cirugía General y Digestivo y un especialista en Cirugía General, que concluye como sigue:

*“1. x, de 17 años de edad, acude al Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer de Murcia, el 7-1-07, por padecer vómitos oscuros (“en posos de café”) y deposiciones con heces negras.*

*2. Presentaba estabilidad clínica y hemodinámica. Afebril, se realiza esfagogastroscoopia, encontrándose “Estómago dilatado con gran contenido de líquido biliar (2 litros). Mínimas erosiones en cardías y en cisura angulares con escasa sangre”.*

*3. El 10-1-07, presenta fiebre con hipotensión y taquipnéico. Ingresa en UCI en situación de Shock. Cuadro típico de una perforación gástrica. Es intervenido con carácter urgente.*

*4. Se encuentra “Gran peritonitis aguda, difusa de aspecto biliar. Aspiración y toma de muestras para cultivo. Perforación en cara anterior de fundus gástrico de 1 cm. de diámetro. Resección en cuña y sutura”.*

*5. La evolución es tórpida, precisando ser reintervenido el 17-1-07 por dehiscencia de sutura y peritonitis, y el 23-1-07 por absceso subfrénico.*

6. Se efectúa estudio gastroduodenal que confirma la existencia de un Síndrome de la Aorta Mesentérica Superior, siendo esta patología responsable de todo el proceso y las complicaciones que se presentaron.

7. Se trata de un proceso raro, poco frecuente (0'03 a 1%), difícil de diagnosticar y de tratamiento preferentemente conservador, dejando el tratamiento quirúrgico para las complicaciones.

8. Los facultativos que han atendido a este enfermo han demostrado un alto conocimiento sobre la patología que presentaba el paciente, efectuando un diagnóstico correcto y realizando el tratamiento adecuado en cada momento.

9. Todo el proceso asistencial realizado en el Hospital "Morales Meseguer", se ha realizado de acuerdo a los conocimientos actuales de la Medicina, ajustándose a la "Lex Artis ad hoc".

**NOVENO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, los reclamantes presentan escrito de alegaciones en las que manifiestan que su reclamación no se centra en el tratamiento médico quirúrgico recibido a raíz del shock que le produjo el primer fallo cardíaco ni tampoco en el posible retraso del diagnóstico del síndrome de aorta mesentérica superior (AMS) ni los tratamientos posteriores, sino en la falta de atención médica a la hora de tratar la dilatación de su estómago y los dos litros de bilis en su interior, lo que le produjo la perforación del estómago, así como por la falta de asistencia médica hospitalaria entre el mediodía del día 9 y la mañana del 10 de enero.

**DÉCIMO.-** Con fecha 11 de noviembre de 2010, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no advertir el órgano instructor la presencia de los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 23 de noviembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

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

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

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar, y por los padres del paciente que, en el momento de la asistencia sanitaria a la que se imputa el daño era menor de edad, pues nació el 6 de octubre de 1989. No lo era, sin embargo, cuando se presenta la reclamación el 18 de enero de 2008, sin que los reclamantes hayan justificado, ni hayan sido requeridos para ello por el órgano instructor, la falta de capacidad de su hijo, la cual, aun siendo posible y presumible, dado el autismo que le aqueja, debería haber sido objeto de acreditación en el procedimiento para justificar así la actuación de los padres en ejercicio de la representación legal del incapaz.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en su condición de titular de la función pública de asistencia sanitaria de la población y titular del centro sanitario (Hospital "Morales Meseguer") donde se atendió al paciente.

El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ya ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP.

Merece, asimismo, una consideración la actuación del órgano instructor en relación con la prueba testifical propuesta por el interesado. En nuestros Dictámenes 147 y 190/2005, entre otros, se recoge la doctrina del Consejo Jurídico en materia de prueba, que es sobradamente conocida por la Consejería consultante, en la medida en que tales Dictámenes respondían a sendas consultas de la misma. A la luz de esa doctrina, no puede compartir el Consejo Jurídico la apreciación instructora acerca del carácter innecesario de la declaración de los dos testigos que estaban presentes en la habitación del paciente durante la crisis sufrida por éste y que desembocaría en el shock que precipitó la intervención quirúrgica. Para la instrucción esta prueba es innecesaria porque en la historia clínica ya consta que el hijo de los reclamantes sufría dolores,

que se autolesionaba y que fue necesario administrar tratamiento relajante. Sin embargo, cuando los reclamantes justifican la proposición de dicha prueba, además de esos extremos, pretenden acreditar otro que es el verdaderamente importante en orden a establecer una posible relación causal entre la asistencia prestada y el daño, como es que durante todo el tiempo que duró la crisis (entre las 15 horas del día 9 de enero y las 8:30 del día siguiente) no intervino un médico, pese a las continuas solicitudes del padre (folio 146 del expediente).

Cierto es que tal cuestión tiene su reflejo en la historia clínica, como en ulteriores consideraciones de este Dictamen se precisa, y que el reclamante, con ocasión del trámite de audiencia que le fue concedido, se aquietó y no formuló la oportuna protesta frente a la decisión del órgano instructor de no practicar dicha prueba, pero ha de insistirse en mantener el máximo rigor en la exigencia legal (art. 80.3 LPAC) de que el rechazo de las pruebas propuestas por los interesados sea motivado.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivados del artículo 106.2 CE: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico; y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

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

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

Para los reclamantes, la causa de los daños por los que se reclama reside en la defectuosa asistencia sanitaria prestada a su hijo cuando, durante la tarde del 9 de enero de 2007, comenzó a sufrir intensos dolores abdominales, sin que, a pesar de las continuas demandas de atención médica formuladas por el padre del paciente, ningún facultativo atendiera a su hijo, limitándose la asistencia a la administración de calmantes por parte de una auxiliar de enfermería y a suministrarles "palillos de madera" para evitar que el menor se autolesionase en la boca.

Afirma, además, que durante la endoscopia realizada el día anterior, se observó la presencia de hasta dos litros de bilis en el estómago, y que, aunque no se pudo progresar con el endoscopio más allá de un determinado punto del duodeno, sin explicitar la causa, no se hicieron más pruebas para detectar la causa de las erosiones que presentaba en la mucosas gástrica y esofágica, ni se le extrajo el líquido biliar, por lo que, al no recibir tratamiento alguno para tanta retención de líquido se le produjo la perforación de estómago.

Es decir, la imputación del daño al servicio público se objetiva así como omisión de medios, bien por escatimar la Administración pruebas y recursos que hubieran revelado la verdadera naturaleza de la enfermedad, o que hubieran podido evitar la perforación gástrica. Del mismo modo, se imputa a la Administración una falta de asistencia facultativa en un momento en que era necesaria, dada la situación del paciente.

1. Tardanza en el diagnóstico de la perforación gástrica y omisión de actuaciones preventivas.

Dejando la cuestión relativa a la ausencia del médico para una ulterior consideración y centrando el análisis en la actuación médica realizada, se advierte que la determinación de si pudo alcanzarse antes el diagnóstico de la perforación gástrica y de si ésta pudo evitarse aplicando un tratamiento diferente al que se administró se convierte así en cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación omisiva de la Administración.

Y es que la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria es, como ya se ha dicho, de medios, no de resultados, pues si bien no se le puede exigir una curación en todos los casos, dado el carácter contingente de la salud y la vida de los pacientes, sí que viene compelida a prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance. De no hacerlo así o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en antijurídico.

Aplicado al supuesto objeto de consulta, la antijuridicidad del daño y el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido derivarían de la no aplicación de todos los medios diagnósticos y terapéuticos adecuados, cuestión que aparece íntimamente relacionada con el criterio jurisprudencialmente configurado de la "lex artis". Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001 afirma: *"ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente"*.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la *“lex artis”*, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *“lex artis”* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica *“ad hoc”*, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *“lex artis”* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

Descrita a grandes rasgos la doctrina relativa a la *“lex artis”*, habremos de acudir al expediente para desvelar en qué medida la actuación de los profesionales intervinientes se adecuó a dicho estándar, pues tal cuestión no deja de ser un problema de prueba.

Señalan los reclamantes que, cuando su hijo ingresó en el hospital ya presentaba síntomas (frecuentes vómitos y heces hemáticas) de una grave patología digestiva de la que no recibió tratamiento hasta que sufrió el shock y la primera parada cardiorrespiratoria. De hecho, cuando la endoscopia revela la existencia de erosiones en mucosa gástrica y esofágica y dos litros de bilis en el estómago, se le deja con esta cantidad de líquido y no se le realizan nuevas pruebas, a pesar de no poder progresar el endoscopio por causas que no se explicitan.

Es necesario, en primer lugar, advertir que la historia clínica contradice a los interesados. En efecto, al folio 200 del expediente consta el informe de la endoscopia digestiva realizada el 8 de enero de 2007, al día siguiente del ingreso, siendo esta prueba programada ante la no indicación de urgencia de la misma, pues la estabilidad del paciente (hematocrito normal y ausencia de

sangrado agudo) no demandaba su realización inmediata. Se transcribe a continuación dicho informe por su interés en relación con las alegaciones formuladas:

*“Esófago repleto de líquido biliar, muy abundante, que aspiramos. Estómago con lago biliar igualmente muy abundante. Aspiro en total dos litros de jugo gástrico-biliar. Se observa una mucosa en cuerpo distal y antro en empedrado, altamente sugestivo de hiperplasia folicular linfoide. Tomo biopsias. Bulbo duodenal normal. Segunda porción duodenal normal, si bien no puedo avanzar más allá dada la gran dilatación de la luz gástrica que hace que el gastroscopio se valvule en estómago e impida su progresión. En retirada se observa un discreto punto sangrante (erosión mínima sobre mucosa normal) en incisura angular, que impresiona de carácter agudo. Igualmente en cardias se observa alguna erosión que rezuma sangre muy escasa, y una mucosa de todo el esófago eritematosa, probablemente por el importante flujo biliar”.*

Este informe permite ya contestar a varias de las imputaciones realizadas por los reclamantes. En primer lugar, no es cierto que se dejara en el interior del estómago del paciente la anormal cantidad de líquido biliar observada, sino que fue aspirada en el mismo acto de la endoscopia. También se explica por qué no pudo avanzar más el endoscopio, lo que se debió a la propia dilatación del estómago y a las limitaciones técnicas del instrumento explorador para operar en esas condiciones, no a que se apreciara ya la obstrucción o estenosis del duodeno, que más tarde y como consecuencia de la realización de nuevas pruebas pudo identificarse como la causa de los padecimientos del enfermo. Del mismo modo, durante la endoscopia se toman muestras para biopsia, con lo cual, continúan realizándose pruebas al enfermo. De igual modo, la hoja de observaciones de enfermería correspondiente a los días 8 y 9 de enero de 2007 (folios 664 y 665 del expediente) revela cómo durante estos días se le realizan dos analíticas.

A la vista del resultado de la endoscopia y de la biopsia, la Inspección Médica considera que la perforación gástrica debió de producirse por la gran alteración de la mucosa gástrica, afectada de hiperplasia folicular linfoide, por la presencia de *Helicobacter pylori* y acentuado por la dilatación gástrica. En cualquier caso, en el momento de efectuarse la endoscopia, todavía no existía perforación gástrica.

La evolución durante el día 8 y la mañana del día 9 es buena, iniciando tolerancia oral y hay deposición, lo que demuestra que hay tránsito intestinal. Es correcta, según la Inspección Médica, la actuación durante estos dos días observando la evolución del paciente, y tomando analíticas para valorar su estado.

La tarde del día 9 el paciente refiere dolor, pero sin sintomatología asociada hasta el día 10 por la mañana en que empeora, ya que aparece fiebre, hipotensión y está taquipnéico. Considera, por tanto, la Inspección Médica que el tratamiento con calmantes durante esa tarde y noche es adecuado a la situación del paciente.

Frente a la positiva valoración que tanto la Inspección Médica como los peritos de la aseguradora del SMS realizan de la asistencia sanitaria prestada al paciente en estas horas, los reclamantes se limitan a demandar la realización de nuevas pruebas, que no precisan, y parten de una premisa que, como se ha demostrado, era errónea, cual es que no se extrajeron los dos litros de líquido biliar del estómago del paciente.

Ha de recordarse, en cualquier caso, que la valoración de la atención prestada y en qué medida habría sido posible impedir la perforación gástrica o anticipar su diagnóstico y tratamiento, exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, resultaba trascendental la aportación de un informe pericial -el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999-. Ante la ausencia en el procedimiento de informes periciales que sustenten las alegaciones de los actores, no existe, siquiera sea indiciariamente, elemento probatorio alguno que acredite error o indebida actuación médica, siendo insuficiente a tal efecto la constatación en el expediente de los hechos en los que se basa la reclamación, pues nada permite inferir que de ellos, y en atención a los signos y manifestaciones de enfermedad que mostraba el paciente, pudiera anticiparse la aparición de la perforación gástrica e instaurar un tratamiento que permitiera su curación con anterioridad al que se aplicó. Del mismo modo, tampoco queda acreditado en el expediente que, atendidas las circunstancias, la “*lex artis*” impusiera la necesidad o la conveniencia de realizar pruebas diagnósticas diferentes a las practicadas.

Y es que, dada la escasa actividad probatoria de los reclamantes dirigida a la acreditación de la quiebra de la “*lex artis*” en la atención médica prestada a su hijo, la única valoración técnica de dicha asistencia la constituye el informe de la Inspección Médica y el dictamen de la compañía aseguradora que, como ya hemos anticipado, consideran que el paciente ha recibido la asistencia especializada que ha precisado en cada momento y el tratamiento previsto en la literatura en relación con la situación clínica y fisiológica que en su evolución iba presentando.

2. La falta de asistencia facultativa durante la crisis de los días 9 y 10 de enero.

Alegan los reclamantes que durante la tarde del 9 de enero de 2007, su hijo comenzó a sufrir intensos dolores abdominales, sin que, a pesar de las continuas demandas de atención médica formuladas por ellos, ningún facultativo atendiera a su hijo, limitándose la asistencia a la administración de calmantes por parte de una auxiliar de enfermería y a suministrarles “palillos de madera” para evitar que el menor se autolesionase en la boca.

La historia clínica, una vez más, ilustra lo sucedido en un sentido diferente al relatado por los interesados. En efecto, las hojas de observaciones de enfermería correspondientes a la tarde del día 9 de enero y madrugada del 10 muestran cómo el paciente, a primera hora de la tarde, “refiere dolor”, administrándole la enfermera un analgésico (“Perfalgan IV”). A continuación figura la anotación “*visto por CG, que indica Diazepam IM c/12 h y ½ Dolantina s.c. si precisa*”. De esta anotación no puede deducirse que el Cirujano de Guardia visitara al enfermo en su habitación -lo que niegan los reclamantes y cuya certeza queda impedida por el rechazo del órgano instructor a practicar la prueba tendente al esclarecimiento de este hecho-, pero sí demuestra que el facultativo conocía la situación del paciente y prescribió un tratamiento para el dolor, bien a petición o consulta del personal de enfermería, bien en previsión de que tales algias volvieran, pues ha de ponerse de relieve que éste no era el primer episodio de dolor intenso que sufría el paciente. Así, en el escrito inicial de reclamación los interesados ya consignan como una de las razones por las que lo llevan a Urgencias hospitalarias, los “*tremendos dolores que tenía*”, siendo confirmado en el informe de urgencias (folio 667 del expediente), donde en la anamnesis se consigna “*dolores abdominales intensos*”. No obstante, tales dolores no eran continuos, pues el 7 de enero, al ingresar en planta, no presenta dolor.

En cualquier caso, según se desprende de la historia clínica, el paciente fue valorado por el cirujano de guardia, quien indicó el tratamiento a seguir y el que debía darse si aumentaba el dolor. Así se constata, también, en la orden de tratamiento (página 677 del expediente) correspondiente a los días 9 y 10 de enero, en la que aparecen los fármacos prescritos (Perfalgan, Diazepam y Dolantina), así como también Valium 10, que se le aplica a media noche, según las observaciones de enfermería. Esta hoja de órdenes de tratamiento corresponde al Servicio de Cirugía General y aparece firmada por un médico.

En consecuencia, y aun siendo humanamente comprensible la angustia de los padres ante el padecimiento del hijo y su sensación de abandono al no obtener la asistencia que esperaban, no puede considerarse acreditado que se produjera una falta de la asistencia debida en el período a que se refieren los reclamantes, pues aunque no conste de forma indubitada que el cirujano de guardia visitara al enfermo en su habitación, lo cierto es que estaba al tanto de su evolución y

prescribió un tratamiento para el dolor, único síntoma que reaparecía tras la evolución favorable que había presentado en las horas inmediatamente anteriores, al tiempo que se suspendía la nutrición oral. No es hasta la mañana siguiente, al deteriorarse la situación clínica bruscamente, cuando se actúa en consecuencia y se interviene al paciente de forma urgente. Actuaciones todas ellas que, a juicio de cuantos médicos han informado a lo largo del procedimiento, han sido acordes a los dictados de la ciencia médica y cuya valoración técnica no ha sido contradicha mediante la aportación por los reclamantes de una prueba hábil para ello y que, como ya se ha dicho, no sería otra que un informe pericial que revelara la existencia de acciones u omisiones asistenciales contrarias a la “lex artis ad hoc”.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciarse la concurrencia de los elementos a los que el ordenamiento anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado, cuya antijuridicidad tampoco ha sido acreditada.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 43-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 28/02/2011

**Extracto doctrina**

No le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (por todas, STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 30 de noviembre de 2007, x, y, z, en su condición de cónyuge e hijos, respectivamente, del fallecido x, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, por la asistencia sanitaria que se le dispensó al finado en el Hospital Universitario Santa María del Rosell de Cartagena.

En el escrito de reclamación, los familiares del paciente fallecido exponen que fue intervenido el 7 de septiembre de 2007 de una hemicolectomía derecha reglada, con ileo-transverso-anatomosis con sutura anatómica nº. 18, de acuerdo con la laparotomía para-rectal derecha, en la que se halla tumoración en ángulo hepático de colon.

El sexto día después de dicha intervención, se observó que el enfermo tenía un hematoma a nivel de la herida quirúrgica con un sangrado activo, que obligó a reintervenirle el día 13 de septiembre.

Los reclamantes exponen que también comunicaron al Director del Hospital, mediante escrito de 21 de septiembre, determinados incidentes que, en su opinión, si bien carecen de relevancia con respecto a la reclamación, revelan cierta negligencia del personal sanitario del Hospital Universitario Santa María del Rosell, lo que en su momento se corroborará mediante la declaración de los testigos que proponen; los incidentes ocurridos son resumidos de la siguiente manera:

a) Que en la noche del día 8 la enfermera suministró una bolsa de suero y/o medicamento distinta a la que hasta entonces se le había suministrado. Al advertirlo la esposa del paciente, le preguntó si aquello era normal, y ésta le contestó que era la medicación que figuraba en su historial, aunque volvió a los diez minutos y se disculpó del error, al reconocer que el suero suministrado era de otro paciente, lo cual, en opinión de los reclamantes, suponía un peligro, puesto que el paciente era alérgico a la penicilina.

b) Que no se percataron que el enfermo era diabético, de lo que ya se tenía conocimiento, dado que el 1 de septiembre anterior se le dio el alta en el mismo Hospital con prescripción de una dieta para control de la diabetes. Además también padecía bronquitis crónica, como constaba en su informe.

c) Que el día 9 de septiembre, los enfermeros y demás personal sanitario le tomaron al enfermo datos para realizar diferentes controles (glucosa, tensión y temperatura) e informaron a su esposa que su temperatura era normal (36,3°C); sin embargo, los familiares le tomaron la temperatura cinco minutos después y era de 38°C, lo que demuestra, a su entender, que no supieron tomarle la temperatura o que el termómetro estaba roto.

d) Que a pesar de que el paciente padecía bronquitis, se le colocó en una habitación junto a la rejilla del aire acondicionado, circunstancia que fue comunicada a la enfermera para que adoptara las medidas oportunas. Se solicitó la visita del médico de guardia, y cuando acudió se le consultó sobre la tos, fiebre, y diabetes que sufría; éste le prescribió tratamiento para el constipado, pero no para la diabetes, por considerar que no estaba indicado (pese a que se le exhibió el tratamiento prestado con anterioridad). Así, su nivel de glucosa en sangre subió a 331 mg., por lo que el enfermero de turno, una vez consultado con el facultativo, le suministró una inyección de insulina.

Los reclamantes también exponen que durante el ingreso del paciente ocurrieron otra serie de hechos que califican de graves, y que posiblemente podrían ser constitutivos de delito, los cuales se constatarán mediante la oportuna prueba testifical, relatando lo siguiente:

*“Durante el miércoles 12 de septiembre, se le estuvo administrando algunos alimentos prácticamente sólidos, se le insistió por activa y por pasiva que su padre y marido dormía mucho, circunstancia que se le puso en conocimiento a las enfermeras y alegaban que ello era por la medicación que se le administraba por las noches para dormir; se insistió más ya que dormía durante todo el día, hasta comprobar que el paciente estaba encharcado de sangre activa y por*

ello, la acompañante (esposa) instó a la enfermera que llamara al médico dado que se estaba desangrando, manifestando dicha enfermera, incluso de forma irrespetuosa, que se calmara, pues la acompañante le manifestaba que la pérdida de sangre no era sólo la que aparecía en la bolsa de sangre sino también la que existía en la cama. Ese mismo día aproximadamente a las 23 horas, tuvo que salir la esposa y acompañante del segundo enfermo de la habitación a pedir auxilio porque estaba totalmente encharcada de sangre, tanto la ropa de la cama, la faja ortopédica como la bolsa de drenaje. Se le pidió que acudiera un médico y la enfermera, auxiliar o celadora, consideraron bajo su leal saber y entender que no era menester puesto que era normal.

Esa pérdida de sangre no fue la única, pues a las 8,30 horas del día 13 tuvieron que volver a llamar ya que se había repetido el encharcamiento de sangre; ello prueba que no fue revisado a pesar del antecedente que tuvieron horas atrás.

En la visita médica de planta de ese mismo día 13 de septiembre, a pesar de todo ello se nos manifestó en la consulta del Dr. x. que era normal y que de seguir así pronto se iría a casa, manifestando uno de sus hijos que si sigue sangrando de esa forma él no se llevaba a su padre a casa, a lo que le contestó el Doctor que el médico era él".

Tras relatar que durante esa mañana sangró en tres ocasiones más, los reclamantes tachan la actuación de los enfermeros y demás personal sanitario de negligente, al no avisar nuevamente al médico. A las siete y media de la tarde del día 13 de septiembre se volvió a repetir el sangrado, y los enfermeros atribuyeron dicho incidente al hecho de que el paciente tocara la bolsa de drenaje, por lo que le reprendieron. A las diez y media de la noche volvió a sangrar, y los familiares pidieron que se avisara al médico urgentemente, respondiéndole la enfermera que iría a verle cuando saliera del quirófano; entre tanto, éstos no quisieron que se limpiara al enfermo para que el médico viera la sangre existente. Cuando entró la enfermera para tomar la tensión al paciente, era 3 de mínima y 5 de máxima; salió para avisar a algún médico, y al volver, intentó extraerle sangre, pero no pudo por no encontrarle las venas, A continuación llegó la Dra. x. que bajó al paciente a quirófano, donde le volvió a intervenir, falleciendo a las seis de la mañana del día siguiente, el 14 de septiembre.

Por los hechos descritos, además de sostener que concurren circunstancias para abrir una investigación interna, consideran que el Servicio Murciano de Salud podría haber evitado la muerte del cónyuge y padre de los reclamantes, de haber actuado diligentemente cuando se produjo el primer desangrado.

Proponen como medios de prueba de los hechos expuestos los siguientes:

a) Prueba documental.

Que se remita el historial clínico del paciente, los partes diarios de actuación del personal técnico sanitario y del facultativo, el cuadrante de los servicios del personal técnico sanitario en las fechas comprendidas en la reclamación, el parte diario de actuaciones del servicio del personal auxiliar de enfermería, así como que se emita un informe sobre las causas del fallecimiento del paciente.

b) Prueba testifical.

Declaración de las siguientes personas: x, y otros. También solicitan la declaración de los enfermeros, auxiliares de clínica y celadores que prestaran sus servicios en los días indicados.

Para los reclamantes el perjuicio causado por los hechos ocurridos se cuantifica en 99.522,7 euros, tomando como base el baremo de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación correspondiente a 2007, exponiendo que la tabla I concede al cónyuge del fallecido el importe de 74.717,2 euros, así como 8.268,56 euros a cada uno de los hijos mayores de veinticinco años.

Finalmente, tras considerar que concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, solicitan que se reconozca su derecho a la indemnización solicitada.

**SEGUNDO.-** A la vista de la reclamación presentada, al no acompañarse documento acreditativo de la legitimación, se solicitó a los reclamantes que la justificaran, lo que hicieron presentando certificados de matrimonio del fallecido y de nacimiento de los hijos (folios 16 a 19).

**TERCERO.-** El 23 de enero de 2008, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de admisión a trámite, la cual fue notificada a las partes interesadas.

Al mismo tiempo se solicitó al Hospital Universitario Santa María del Rosell copia de la historia clínica del paciente, e informes de los facultativos que le atendieron, así como el resto de la documentación propuesta por los reclamantes como prueba documental.

**CUARTO.-** Desde el Hospital Universitario Santa María del Rosell se remitió el historial del paciente (folios 28 a 162), así como un informe evacuado por el Dr. x, Jefe de Servicio de Cirugía, que hace constar lo siguiente sobre la asistencia dispensada al paciente:

*“x. fue intervenido el 7 de septiembre de 2007 por presentar una tumoración a nivel de ángulo hepático del colon, practicándose una hemicolectomía derecha con reconstrucción mediante ileo transversostomía mecánica calibre 28. El informe anatomopatológico confirmó la existencia de un adenocarcinoma de colon con metástasis ganglionares (estadio T3b, N1, Mx, C2 de Astler-Coller). Entre los antecedentes cabe destacar la alergia a la Penicilina, hipertensión arterial, H.T.A., diabetes mellitus tipo II, hiperlipemia, cardiopatía isquémica con doble by-pass y colocación de dos stent, EPOC y síndrome de apnea del sueño.*

*El postoperatorio inicialmente transcurrió sin incidencias reseñables, salvo la aparición de discreta oliguria el primer día del postoperatorio, manteniendo en todo momento cifras tensionales adecuadas y diuresis por encima de los 1.500 ml., cada 24 horas. El drenaje intracavitario fue serohemático, oscilando entre 100 y 200 c.c. procediéndose a su movilización en el cuarto día del postoperatorio. Los líquidos por vía oral se iniciaron ese mismo día, progresándose la dieta al día siguiente con buena tolerancia. Los controles analíticos efectuados en el postoperatorio pusieron de manifiesto una hemoglobina de 11,7 y 10,4 gr/dl respectivamente.*

*En la noche del 12 al 13 de IX, se objetivó una tensión arterial de 14/8 y una diuresis de 1.000 c.c. en el citado turno. En la visita llevada a cabo el día 13 por la mañana, el paciente presentaba una tensión arterial de 13/7 y se aprecia la existencia de un drenado serosanguinolento por herida quirúrgica posiblemente secundario a eventración parcial de herida quirúrgica, procediéndose a drenaje de la herida y manejo conservador con enfajamiento.*

*Durante el turno de noche se detecta sangrado por herida quirúrgica que se asocia a hipotensión arterial 8,5/5, por lo que se indica la reintervención del paciente. Esta es llevada a cabo en quirófano de Urgencias (Dra. x, Dr. x. y como anestesista Dr. x), encontrándose una eventración de incisión quirúrgica, hematoma parietal, pequeño absceso a nivel de anastomosis, sin evidencia de fuga y hemoperitoneo de 500 ml. Se procede a la revisión y lavado de cavidad sin evidenciarse punto de sangrado activo y a la colocación de nuevo drenaje de Penrose en parietocólico derecho. Durante la intervención se transfundió una unidad completa de concentrado de hematíes y parte de una segunda que se suspendió por la aparición de posible reacción transfusional. Hemodinámicamente permaneció estable con tensiones que oscilaron entre 10/6 y 13/7 y una saturación de oxígeno estable en el 97 %. Tras la cirugía el paciente ingresó en UCI con una tensión arterial de 11 y una presión venosa central de 10, detectándose una fibrilación auricular con 150 pulsaciones por minuto. La evolución no fue satisfactoria, siendo éxitus aproximadamente a las seis horas de su ingreso. La familia rechazó la realización de autopsia para confirmar la causa del mismo”.*

Además se remitió por el Director Gerente del Hospital la relación del personal sanitario, así como el correspondiente cuadrante elaborado por la supervisora de planta, en el que se incluyen los enfermeros y auxiliares de enfermería que prestaron servicios en la Unidad 3º C (en turno de mañana, tarde y noche), durante los días en que el paciente permaneció ingresado en la misma.

**QUINTO.-** El órgano instructor, mediante escrito de 17 de marzo de 2008 (registrado de salida al día siguiente), se dirige a los reclamantes para comunicarles, en relación con la prueba propuesta, que la incorporada al expediente se encuentra a su disposición para el caso de que quisieran tomar vista.

Respecto a la prueba testifical, se les indica que la declaración de los reclamantes no se considera necesaria, ya que los mismos pueden aportar al expediente por escrito cualquier alegación o relato de los hechos que estimen conveniente. Respecto a la del personal sanitario, se les acompaña la relación de los que se encontraban de guardia durante los días de ingreso del paciente, para que se concrete a quiénes se deben interrogar, remitiendo las preguntas por escrito a fin de no obstaculizar las tareas profesionales de dicho personal. Finalmente, respecto a los demás testigos propuestos, se les solicita que concreten la relación de los mismos con el paciente y con los hechos descritos en la reclamación, y el motivo por el cual pretenden que dichas personas testifiquen.

**SEXTO.-** Previa personación en las dependencias del órgano instructor para retirar documentación, los reclamantes presentan escrito de 14 de abril de 2008 (folios 168 y ss.), en el que aclaran que los testigos propuestos, a excepción de los familiares, no tienen relación de parentesco, ni tan siquiera de amistad, con el paciente, siendo testigos del cúmulo de negligencias (sic) por ser acompañantes de otros enfermos de la planta, que de forma voluntaria se ofrecieron para corroborar todos los extremos. Siguen pensando que la declaración de los familiares es de relevancia, cuando a la vista del expediente los reclamantes amplíen las alegaciones formuladas en el escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial.

Respecto al personal facultativo, proponen la declaración de todos los médicos que asistieron en planta al fallecido, incluido el Jefe de Servicio en funciones, durante los días 6 al 13 de septiembre, ambos inclusive, así como de todos los enfermeros y auxiliares de enfermería que suscribieron los folios 132 y 134 del expediente, relativos a "*las valoraciones de enfermería*", obrantes en su historia clínica. A dichos efectos, solicitan que se faciliten sus datos o directamente se les emplace.

Por último, solicitan que los cirujanos que intervinieron al paciente el día 14 de septiembre (Dra. x. y primer ayudante de cirugía, Dr. x), emitan informe sobre las actuaciones que practicaron en dicha intervención y, en concreto, para que precisen en qué situación se encontraba la hemicolectomía derecha realizada el día 7 de septiembre.

**SÉPTIMO.-** En contestación a la solicitud del órgano instructor para que se identificara a los profesionales que asistieron dichos días al paciente, y que éstos emitieran su parecer al respecto, la Gerencia del Hospital remitió los informes evacuados por los enfermeros y auxiliares de enfermería que cuidaron al paciente, en los que describen las distintas actuaciones clínicas de cuidados que le dispensaron en los días y horas en los que realizaron su turno en la planta, negando las acusaciones de mala *praxis* médica imputadas por los reclamantes (folios 173 a 195).

También la Gerencia del Hospital remite informe de los facultativos que asistieron al paciente, en concreto de los cirujanos Dres. x y, quienes hacen constar lo siguiente sobre el paciente (folios 206 y 207):

*“x, de 72 años, fue intervenido el 7 de septiembre de 2007 por neoplasia de ciego y se le realizó una hemicolectomía derecha.*

*Fue visto por nuestra parte al pase de la visita al 6º día del postoperatorio (13-09-07), presentando drenaje hemático de pared escaso y febrícula. El paciente se encontraba estable hemodinámicamente, con cifras tensionales de 130/70 y Htº de 33, con Hb de 10,4 y ritmo intestinal conservado y peristaltismo presente, con tolerancia a la ingesta oral, según consta en hoja de curso clínico”.*

Igualmente se remitió un informe de los cirujanos que reintervinieron al paciente en fecha 13 de septiembre (Dres. x, y), quienes hacen constar lo siguiente (folio 207):

*“x, paciente de 72 años, ingresado en nuestro Servicio para intervención programada de adenocarcinoma de ángulo hepático de colon; en el 6º día del postoperatorio se nos avisa a las 23 horas, como cirujanos de guardia de dicho día, porque el paciente presenta sangrado de herida quirúrgica. Ante la evidencia de un sangrado cuantioso por la herida, con repercusión hemodinámica, se decide revisión en quirófano bajo anestesia general.*

*Intervención 13-9-07: Se aprecia evisceración y hematoma de dicha herida, hemoperitoneo de aproximadamente 500 c.c. y pequeño absceso a nivel de anastomosis, sin evidenciarse fuga de contenido intestinal.*

*Se revisa toda la cavidad abdominal, no encontrándose evidencia de sangrado activo en ese momento.*

*El paciente ingresa directamente en UCI desde el quirófano por dificultad ventilatoria, lugar en el que fallece unas horas mas tarde (ver informe de UCI)".*

**OCTAVO.-** Mediante escrito de 10 de noviembre de 2008 (registrado el 19 de noviembre siguiente), los reclamantes reiteran ante la Administración el contenido de su escrito anterior sobre la prueba propuesta, al no haber obtenido respuesta alguna, si bien comparecen en las dependencias administrativas el 21 siguiente para retirar la nueva documentación incorporada al expediente, entre ellas las declaraciones testificales y los informes de los facultativos.

**NOVENO.-** A pesar de haberse aportado al procedimiento los informes del personal sanitario que asistió al paciente, y a fin de lograr un mayor esclarecimiento de los hechos ocurridos, el órgano instructor comunica a los reclamantes (folios 208, 209 y 210) que ha acordado que se practique de forma presencial la testifical propuesta, respecto a la que puntualiza lo siguiente:

1. Se considera innecesaria la declaración del Jefe de Servicio de Cirugía, al obrar en el expediente el informe que emitió sobre los hechos referidos en la reclamación, y no haber sido testigo presencial de los mismos.

2. Respecto al resto del personal sanitario, se concreta el día y la hora de su realización, pero se especifica que por motivos laborales sólo se convocará al personal que hubiera tenido mayor relación con la asistencia dispensada al paciente, citando a los siguientes: los enfermeros x, y, z...; y los facultativos x, y.

3. Respecto a los testigos no sanitarios, son citados a declarar: x, y, z....

Por último, se insta a los reclamantes a que remitan las preguntas que desean formular, sin perjuicio de cualquier otra que durante la práctica de la prueba se pudiera añadir.

**DÉCIMO.-** x, quien dice actuar en representación de los reclamantes, remite escrito vía fax (folios 220 y 221), en el que manifiesta su disconformidad con el precitado acuerdo del órgano instructor del procedimiento, por considerar innecesaria la declaración del Jefe de Servicio de Cirugía, pues al estar fechado el informe que emitió en el año 2002, éste no se corresponde con el solicitado a instancias de esa parte, por lo que reiteran su emisión.

En cuanto a la declaración del resto del personal sanitario, solicitan su aplazamiento hasta que pudieran comparecer todos, ya que existen contradicciones entre el contenido de los informes emitidos, todos ellos en el mismo sentido, y las anotaciones sobre la evolución de los cuidados en la historia clínica en *“la valoración de enfermería”* (folios 132 a 135).

En cuanto al resto de testigos propuestos, y a efectos de garantizar el principio de objetividad, se solicita al órgano instructor que los emplaze para la práctica de la prueba testifical, a fin de evitar cualquier contacto con ellos.

Por último, reiteran su solicitud de acceso al cuadrante del personal facultativo que asistió al paciente desde el día 7 hasta su fallecimiento, a fin de no citar a aquellos cuya declaración no resulte necesaria.

**UNDÉCIMO.-** Por oficio de 5 de febrero de 2009, el órgano instructor comunica a los reclamantes y a la Compañía Aseguradora del Servicio Murciano de Salud, en su condición de interesados en el procedimiento, los testigos citados para prestar declaración (tanto sanitarios, como no sanitarios), así como los días y horas en los que los mismos la prestarían.

También se indica que, aun cuando no se hubiera incorporado al expediente el cuadrante médico de esos días en la planta, se entiende que éste es innecesario, ya que se han identificado todos los médicos que asistieron al paciente durante el periodo de su ingreso.

En cuanto a la fecha del informe emitido por el Jefe de Servicio de Cirugía, se pone de manifiesto que existe un error material, pero que, no obstante, aclara los hechos planteados en la reclamación, por lo que no se considera necesario la emisión de un nuevo informe.

**DUODÉCIMO.-** Constan las declaraciones de los testigos comparecientes, en relación con las preguntas formuladas por el letrado que dice representar a los reclamantes (folios 243 a 260).

**DECIMOTERCERO.-** Por la Compañía Aseguradora del Servicio Murciano de Salud, se aportó dictamen pericial colegiado (folios 265 y ss.) sobre el contenido de la reclamación, en el que tras realizar las oportunas consideraciones médicas, se considera que todos los profesionales han actuado conforme a la *lex artis*, obteniendo previamente las siguientes conclusiones:

*“1. x, de 72 años de edad, es estudiado en agosto de 2007 en la Sección de Ap. Digestivo del Hospital Santa María del Rosell de Cartagena por anemia.*

2. Es estudiado y diagnosticado de “adenocarcinoma infiltrante bien diferenciado”. Se realiza estudio de extensión, por medio de TAC, no encontrándose metástasis.

3. Presenta antecedentes de enfermedades graves de origen cardíaco pulmonar y diabetes tipo II. HTA. Alérgico a Penicilinas. Se trata de un paciente de Alto Riesgo quirúrgico.

4. La cirugía se realiza el 6-9-07 de forma correcta y sin complicaciones y el postoperatorio transcurre normalmente, iniciando tolerancia oral al 4º día.

5. El 13-9-07 avisan al cirujano de guardia por observar sangrado a través de herida quirúrgica y por el orificio del drenaje retirado. El paciente está hemodinámicamente estable con TA y valores de Hto y Hb normales. Tolerancia la ingesta oral y el ritmo intestinal está conservado. Es reintervenido.

6. Se realiza relaparotomía, observándose evisceración por la incisión, así como hematoma en herida quirúrgica, posible causa del sangrado. No se observa evidencia de punto sangrante activo. Drenaje de Penrose.

7. Todo el personal sanitario (médicos y enfermeros) describen el sangrado como escaso y en ningún momento recuerdan nada especial en el trato con el paciente.

8. Si hubiese habido un sangrado verdaderamente importante, 1 unidad solamente transfundida no hubiese podido restituir los valores hemáticos a cifras normales, como presentaba en el postoperatorio inmediato.

9. El fallecimiento se produce por complicaciones de su cardiopatía, rebelde a todo tratamiento empleado, con repercusión hemodinámica y fallo renal, en un enfermo de altísimo riesgo para la intervención quirúrgica, pero que no tenía otra opción terapéutica (...).

**DECIMOCUARTO.-** El 9 de marzo de 2010 emite informe la Inspección Médica, que alcanza las siguientes conclusiones:

“1. Varón de 72 años, con factores de alto riesgo cardiovascular, respiratorios, endocrinos y de sistema inmune (adenocarcinoma infiltrante bien diferenciado), al que se le realiza hemicolectomía derecha como única opción terapéutica.

2. La cirugía se realiza de forma correcta y el postoperatorio transcurre sin complicaciones, controles hematológicos y constantes dentro de la normalidad, iniciando tolerancia oral al 4º día.

3. Según datos de la historia clínica, el personal sanitario describe el sangrado observado durante los primeros días como escaso y sin repercusión hemodinámica y con cifras de hemoglobina y hematocrito dentro de la normalidad en el curso del postoperatorio de hemicolectomía.

4. Ante la sospecha de evisceración se fajó al paciente con intención de realizar hemostasia por comprensión. El sangrado por sus características podría haberse resuelto de forma espontánea con el tratamiento conservador, como ocurre en la mayoría de sangrados de la pared abdominal.

5. En cuanto hubo signos de hipotensión se indica de forma urgente reintervención para localizar punto de sangrado y transfusión sanguínea (con posible reacción postranfusión en la segunda bolsa). Remontando tensiones. En la reintervención no se evidencia punto de sangrado activo y sí hematoma en pared abdominal, posible causa del sangrado.

La no realización de autopsia impide el conocimiento exacto de si había algún otro punto de sangrado diferente al de la pared abdominal.

6. El paciente tras reintervención presenta un shock de probable origen multifactorial, no solo hipovolémico, además de fibrilación ventricular que no pudo revertir por su grave cardiopatía de base.

7. Las complicaciones presentadas por el paciente en una cirugía de alto riesgo como es la hemicolectomía derecha se encuentran descritas con más frecuencia en pacientes con factores de alto riesgo.

8. Tras la revisión de la documentación facilitada y declaraciones aportadas al expediente, el personal sanitario actuó de acuerdo a los protocolos estandarizados de las guías clínicas en cirugía colorrectal en tiempo y forma”.

**DECIMOQUINTO.-** Otorgado un trámite de audiencia a los reclamantes, no consta que hayan formulado alegaciones, tras lo cual se formula propuesta de resolución desestimatoria por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial .

**DECIMOSEXTO.-** Con fecha 22 de julio de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. La reclamación fue interpuesta por la esposa y los hijos del paciente fallecido, lo que les confiere legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). No obstante, no consta acreditada en el expediente la representación del letrado x, quien comparece, en su nombre, a la práctica de la prueba testifical.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración regional, no existen dudas acerca de la titularidad pública del centro sanitario en el que se produjo la atención a la que se imputa el daño.

2. La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar, toda vez que el fallecimiento del paciente se produjo el 14 de septiembre de 2007 y la reclamación se presenta el 30 de noviembre siguiente.

3. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, habiéndose adoptado de forma motivada por el órgano instructor las decisiones sobre la prueba propuesta por los reclamantes, conforme a nuestra doctrina expresada en la Memoria correspondiente al año 2002 (páginas 53 y 54). También cabe destacar que en su práctica se han respetado los principios de contradicción e intermediación, sin

que nada quepa objetar a este respecto, sino muy al contrario, destacar el esfuerzo del órgano instructor por dar cumplimiento a las pruebas propuestas por los reclamantes (rechazando motivadamente las que considera innecesarias), intentando acompasar las declaraciones testimoniales presenciales del personal sanitario citado, con su trabajo en el centro hospitalario sito en el municipio de Cartagena.

Únicamente cabe objetar que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución ha excedido en mucho al establecido por el artículo 13 RRP.

**TERCERA.- La responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias. Requisitos.**

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, en tanto que existirá o no con independencia de cualquier elemento culpabilístico de los agentes de la Administración, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico. La actuación del sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada "*lex artis ad hoc*" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (por todas, STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos y falta de acreditación de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el presente caso.**

Los reclamantes imputan al Servicio Murciano de Salud el fallecimiento del paciente, por la falta de atención del personal sanitario encargado del Hospital Santa María del Rosell ante los continuos desangrados que sufrió durante el postoperatorio de la intervención de hemicolectomía derecha por adenocarcinoma de colon, incurriendo con ello en negligencia (incluso imprudencia), al no adoptar las medidas necesarias ante el primer sangrado, pese a que se disponían de todos los medios, y deberían haberle trasladado mucho antes al quirófano. Respecto al resto de las incidencias que exponen, puesto que ellos mismos sostienen que no tienen relevancia en cuanto al presente expediente de responsabilidad patrimonial, no va entrar en su consideración este Órgano Consultivo, sin perjuicio de remitirse, en cuanto a su valoración, a lo señalado en la propuesta sometida a Dictamen (última Consideración).

Para apoyar sus imputaciones, los reclamantes proponen las declaraciones testificales del personal facultativo y del resto del personal sanitario que durante esos días prestaron sus servicios en la planta donde estuvo ingresado el paciente. Igualmente, proponen las declaraciones de algunos familiares de pacientes ingresados en la misma o contigua habitación, o familiares o amigos del mismo, que lo visitaron durante los días del ingreso. También solicitan los informes del centro hospitalario sobre las causas del fallecimiento y de los Dres. x, y. sobre la intervención del día 14 de septiembre y en qué situación se encontraba la hemicolectomía realizada el 7 anterior.

Pues bien, la práctica de la prueba testifical se realizó durante los días 14 y 15 de enero de 2009, obrando las actas en los folios 243 a 258 del expediente. Igualmente, se han evacuado informes por los cirujanos precitados y por la Inspección Médica sobre las causas del fallecimiento.

Sin embargo, pese a la intensa propuesta probatoria de los reclamantes, que se extendía a la declaración de todo el personal sanitario que atendió al paciente durante los días en los que permaneció ingresado, y de otras personas que citaban como testigos, que ha sido llevada a cabo, en gran medida, por el órgano instructor, a cuyo resultado supeditaban aquéllos la ampliación de sus imputaciones, no consta en el expediente que hayan formulado alegaciones después del trámite de audiencia otorgado, por lo que el resultado de la prueba practicada y los informes médicos evacuados por los facultativos de la Administración sanitaria no han sido valorados ni refutados por la parte reclamante, cuyas imputaciones se quedan huérfanas de prueba en lo que atañe a los criterios técnicos que sustentan la *praxis* médica, teniendo en cuenta, como ha indicado este Consejo Jurídico en anteriores ocasiones sobre expedientes de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria (por todos, Dictámenes números 106 y 133 de 2004, y 25 y 37 de 2005), que corresponde a los reclamantes la probanza de la mala *praxis* médica, según el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, jugando también un papel esencial las pruebas periciales cuando se achacan fallos en la asistencia sanitaria.

En su ausencia, este Consejo Jurídico no puede sino basarse en el informe de la Inspección Médica (Antecedente Decimocuarto), en su cualidad de órgano administrativo que se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad.

Conviene partir del hecho de que el fallecido, de 72 años de edad, tenía factores de alto riesgo cardiovascular, respiratorios, endocrinos y del sistema inmune (adenocarcinoma infiltrante bien diferenciado) al que se le realiza hemicolectomía derecha (cirugía de alto riesgo quirúrgico) como única opción quirúrgica (Conclusión 1 del informe de la Inspección Médica).

Respecto a la imputación de los reclamantes, centrada en la omisión de medios frente al desangrado del paciente en el postoperatorio, cabe distinguir dos etapas:

1. Es coincidente la opinión médica de que el postoperatorio transcurre sin complicaciones, controles hematológicos y constantes dentro de la normalidad, iniciando tolerancia oral al cuarto día.

Sobre el sangrado en los primeros días, el personal sanitario lo describe como escaso y sin repercusión hemodinámica. Dice a este respecto la Inspección Médica (folio 282):

*“En este caso, el personal sanitario, tanto médicos como enfermeras, describen el sangrado como escaso de naturaleza serohemática y provocado por la mala adaptación de la bolsa de drenaje, apoya esta valoración las cifras de Hb y Hto de 10,4 y 33% respectivamente, la situación hemodinámicamente estable y los hallazgos de reintervención (no se observa punto de sangrado activo) (...)*

*De cualquier modo el personal sanitario actúa en un primer escalón de tratamiento como indican los protocolos en caso de sangrado de la herida, fajando al enfermo y al persistir el sangrado y aparecer alteración hemodinámica se indica intervención”.*

Tampoco los reclamantes manifiestan en su escrito que durante estos primeros días el sangrado fuera abundante, pues centran sus imputaciones en los días 12 y 13 de septiembre. Contrariamente a lo expresado por los mismos interesados, algunos testigos (por ejemplo, x) contesta a la pregunta sobre cuántos días antes de morir estuvo el paciente sangrando, que *“bastantes días, según decía su esposa que estaba bastante agobiada por este motivo”*, si bien añade a continuación que sólo le vio empapado de sangre la tarde previa a su muerte.

Lo cierto es que, al margen de valoraciones subjetivas, las cifras de hemoglobina y hematocrito estaban dentro de la normalidad en el curso de un postoperatorio de hemicolectomía derecha (Conclusión 3 del informe de la Inspección Médica).

2. En la noche del día 13 de septiembre el paciente presenta sangrado agudo e hipotensión, por lo que se indica de forma urgente reintervención para localizar el punto de sangrado y realizar transfusión sanguínea.

Sobre cómo ocurrieron los hechos esa noche, la enfermera que se encuentra de guardia en el turno de noche el día 13 de septiembre expresa en su declaración escrita (folios 177 y 178):

*“El día 13, recién iniciado mi turno, avisaron porque el paciente se encuentra manchado de sangre. Cuando me acerco, observo la bolsa de drenaje llena de sangre y algo despegada. Procedo a retirar la bolsa (guardándola para mostrársela al médico) y cubrir la herida con tetras. Aviso al cirujano de guardia, que en ese momento se encuentra en quirófano, y contesta que subirá enseguida, en cuanto termine en el quirófano, de lo que informé a los familiares del paciente.*

*Hablo con la supervisora de guardia, la cual realiza una segunda llamada, mientras yo tomo las constantes, comunicándoselas al cirujano de guardia que indica poner un suero de gelafundina a ritmo rápido y sacar hemograma. Procedo a realizar dichas tareas, mientras tanto llega el cirujano de guardia que examina al paciente, le enseño la bolsa y decide bajar al paciente a quirófano”.*

Dicha declaración no se contradice con su posterior testifical presencial (folios 257 y 258), pues, ante la siguiente pregunta del letrado que dice actuar en representación de los reclamantes de cómo vio al paciente la noche del día 13 cuando le avisaron los familiares, responde lo siguiente: *“Lo vi anormal y me encontré la bolsa llena de sangre que estaba despegada y avisé al cirujano. No me acuerdo si había sangre en las sábanas pero es posible”.*

Distinta situación sobre el estado paciente se refleja por la mañana del mismo día, siendo visitado por los cirujanos encargados, señalando el enfermero que se encontraba en el turno de mañana en su declaración escrita (folio 188):

*“El día 13 en el turno de mañana al coger el relevo me comentó la compañera que le cambió el apósito, valorándose posteriormente en el pase de la visita médica por los cirujanos que en ese día pasaban la visita, volviéndose a cambiar el apósito, observándose escaso sangrado por la bolsa de drenaje (...).”*

De igual modo, en la declaración presencial y a preguntas del letrado de la parte reclamante, expone (folios 253 y 254):

*“1º. ¿En su escrito manifestó usted que tiene que volver a cambiar el apósito por estar empapado de sangre?”*

*En todas las visitas médicas se levanta el apósito, y posteriormente se le cambia.*

*2º. ¿A usted le consta que este señor perdiera mucha sangre?”*

*No. Fui el primer sorprendido cuando me comunicaron el fallecimiento.*

*3º. ¿A lo largo de la mañana sangró en algún momento?*

*No. A última hora de la mañana me avisó un familiar de que se había manchado. Se manchó la faja porque se había despegado la bolsa de drenaje por que el paciente tenía un pliegue en la piel. No tengo constancia de que se cambiara la sábana.*

*Antes de la visita médica llamó un familiar diciendo que estaba manchada la faja, le quité la bolsa de drenaje y le puse un apósito en la zona supraumbilical para que fuera visualizada por el cirujano en el paso de visita como hacen siempre”.*

Los cirujanos x, y. (folio 206) relatan también su visita y examen al enfermo el día 13 por la mañana, exponiendo que presentaba drenaje hemático de pared escaso y febrícula. Y además que “*el paciente se encontraba estable hemodinámicamente, con cifras tensionales de 130/70 y Htº de 33, con Hb de 10,4 t y ritmo intestinal conservado y peristaltismo presente, con tolerancia a la ingesta oral, según consta en hoja de curso clínico*”.

De todo lo anterior se infiere, conforme concluye la Inspección Médica, que fue en la noche del día 13 cuando el paciente presenta hemorragia aguda por herida quirúrgica e hipotensión, que obliga a la reintervención por los cirujanos.

En cuanto a la noche anterior (del día 12 al 13), respecto a la que los reclamantes sostienen una suerte de abandono del paciente, el Jefe de Servicio de Cirugía señala: “*Se objetivó una tensión arterial de 14/8 y una diuresis de 1.000 c.c en el citado turno. En la visita llevada a cabo el día 13 por la mañana, el paciente presentaba una tensión arterial de 13/7 y se aprecia la existencia de un drenaje serosanguinolento por herida quirúrgica, posiblemente secundaria a eventración parcial de herida quirúrgica, procediéndose a drenaje de la herida y manejo conservador con encajamiento*”.

En la declaración testifical presencial de la enfermera que se encontraba en el turno de noche del día 12 (folio 250), responde lo siguiente a las preguntas del letrado actuante:

*“¿Por qué se realiza cura de abdomen?*

*Porque estaba manchado. Le puse una bolsa nueva de control para mirar si seguía drenando por ahí o no.*

*¿Le consta que tenía empapada la faja?*

*Empapada no, manchada.*

*¿Vio usted algo fuera de lo normal?*

*No, pero el paciente tenía manchada la faja.*

*¿Era escandalosa la sangre que había en la cama?*

*No.*

*¿La cuantía era importante para decírselo en ese momento al médico?*

*No.*

*(...)*

*¿La herida del abdomen sangraba?*

*Tenía un punto y le puse la bolsa de control. Por la noche pasé dos veces y estaba limpio y se lo comuniqué al relevo de por la mañana”.*

A la vista de lo expuesto la Inspección Médica realiza el siguiente análisis (folio 283):

*“Al paciente se le transfunden 2 concentrados de hematíes antes de la cirugía como prevención y preparación para el acto quirúrgico, actuación correcta y prudente por parte del equipo quirúrgico debido a la anemia previa y múltiples factores de riesgo.*

*Aunque sangra por herida quirúrgica y el drenaje medio diario es de 125 cc durante los seis primeros días, no existe alteración de la HB, Hto ni constantes hemodinámicas que indiquen transfusión o reintervención hasta la noche del día 13/09/07, en el que presenta hemorragia aguda por herida quirúrgica e hipotensión marcada, signos que alertan al equipo médico y que hasta entonces no se habían presentado”.*

También resulta de interés reproducir lo señalado por la propuesta elevada, acerca de que los datos y los resultados de las analíticas que obran en la historia clínica no evidencian que el sangrado del enfermo fuera de las características que los reclamantes describen:

*“Así de lo apuntado por la Inspección Médica, en las consideraciones médicas de su informe, se deduce (interpretando los datos aportados a la historia clínica) que el sangrado debió de ser escaso:*

*1. El sangrado debió de ser escaso, puesto que el paciente estaba con un Hematocrito de 33 y una Hemoglobina de 10,4 (folio 206). Cifras dentro de la normalidad en el curso del postoperatorio de una Hemicolecotomía derecha.*

*2. En la reintervención no se evidenció punto de sangrado activo y sólo hematoma de pared. Posible origen del sangrado. Pero además se le transfundió una unidad de concentrado de hematíes (que produjo reacción), y al ingreso en la UCI presentaba una analítica de Hematíes 4.200.000; Hb 10.1: Hto 31 (folia 154). Si hubiese habido un sangrado verdaderamente importante, una unidad solamente transfundida no hubiese podido restituir esos valores hemáticos, máxime cuando ha causado reacción y los hematíes se destruyen”.*

La explicación de cómo se debió de producir la pérdida de sangre, la da la Inspección Médica, describiendo la reintervención realizada (folio 285): *“Se revisa la cavidad y la herida sin evidencia de punto de sangrado activo, por la que se debió tener su origen en vena o arteria de la pared abdominal de forma lenta y progresiva, permitiendo una adaptación hemodinámica por parte del enfermo a la pérdida de sangre, no alterando las constantes de forma que pudiera alertar al personal médica y de enfermería”.*

Por lo expuesto, la Inspección Médica considera que la actuación de los profesionales sanitarios no fue en ningún caso negligente, sino adecuada a los protocolos estandarizados (Conclusión 8 de su informe) y las complicaciones que se presentaron al paciente en una cirugía de alto riesgo se encuentran descritas con más frecuencia en pacientes también con factores de alto riesgo.

Sobre estas complicaciones, los peritos de la aseguradora del ente público exponen (folio 270) que la dehiscencia postoperatoria que desembocó en una eventración postquirúrgica, que es una complicación que aparece en el 1 al 14 % de los pacientes que se someten a operaciones abdominales transparietales, y que varía su incidencia en atención a la obesidad, edad, estado de nutrición, enfermedades relacionadas con la elevación de presión intraabdominal, etc., aparece por

lo general entre el 6º y 8º día de la operación y que se deben casi siempre a fallos de cicatrización. Añaden que el tratamiento de la dehiscencia fue el que establecen los protocolos, primero si ésta era parcial, y no había peligro de estrangulamiento, el tratamiento puede ser incruento: *“Se enfocan amplias fajas de tela adhesiva que van de flanco a flanco para evitar la tracción lateral de los bordes de la herida (...). Quedará una eventración que podrá subsanarse mas adelante cuando el paciente se halle en mejores condiciones quirúrgicas. Si este método no diese resultado, debería procederse a la reparación quirúrgica. Cirugía de la pared abdominal”*, como así se hizo con este paciente, pues se inició un primer tratamiento fajándole, pero que al no dar resultado, hubo de requerir la reintervención quirúrgica. De esta manera los citados peritos consideran la actuación correcta en tiempo y forma.

Sobre las causas del fallecimiento, se indica que el paciente tras la reintervención presenta un shock que probablemente sea de origen multifactorial, no sólo hipovolémico, además de la importante patología cardíaca subyacente que complica e impide remontar la situación de arritmia cardíaca por fibrilación ventricular asociada a fallo renal agudo e importante acidosis metabólica (Conclusión 6 del informe de la Inspección Médica y página 284 del mismo informe). Si bien también expresa el precitado informe que la no realización de la autopsia (los familiares no dieron su consentimiento) ha impedido el conocimiento exacto de si había algún otro punto de sangrado diferente al de la pared abdominal (Conclusión 5).

En consecuencia, no se ha acreditado por los reclamantes la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño por el que se reclama, ni su antijuridicidad (artículo 141.1 LPAC).

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 44-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)
<b>Fecha</b>	28/02/2011

**Extracto doctrina**

El mero hecho de que a la Consejería consultante le constara que dicha persona había presentado una reclamación contra el Ayuntamiento de Murcia y que éste la hubiera desestimado por ser de titularidad autonómica la carretera en donde ocurrió el presunto accidente que fundaba dicha reclamación, no autoriza en modo alguno a considerar que debía entenderse asimismo formulada una reclamación contra otra Administración distinta, como es la regional.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 11/12/2008 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio una resolución del Ayuntamiento de Murcia, de 21 de noviembre de 2008, desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada en su día ante dicho Ayuntamiento por x, solicitando una indemnización de 120,01 euros por los daños causados a su vehículo por la colisión con un socavón no señalizado en la calle Mayor de la pedanía de Santa Cruz. Dicha resolución desestima la reclamación, entre otros motivos, por considerar que la carretera donde ocurrieron los hechos es de titularidad regional, y añade que *“si la interesada así lo estimase, debe interponer la correspondiente reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración competente para su tramitación y resolución (Comunidad Autónoma de la Región de Murcia...)”*.

**SEGUNDO.-** Con fecha de 22 de enero de 2009, el Jefe del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la citada Consejería, entendiéndose con lo anterior que debe considerarse formulada reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración regional, procede a tramitar el correspondiente procedimiento, por lo que requiere a la interesada para que subsane o mejore su reclamación expresando determinados extremos y aportando diversos documentos.

**TERCERO.-** El 2 de marzo de 2009 un representante de la interesada presenta escrito al que adjunta documentación para cumplimentar lo requerido en el oficio anteriormente reseñado. Entre otros, presenta un escrito en el que expresa que no ha presentado otras reclamaciones *“por los daños sufridos en su vehículo debido a la existencia de un socavón en calle Mayor de Santa Cruz, el día 30 de septiembre de 2007, dando lugar por ello, a la reclamación ante la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio por esos daños, según consta en el expediente de Responsabilidad Patrimonial 76/08.”*

**CUARTO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, fue emitido el 21 de septiembre de 2009, en el que, en síntesis, expresa que el tramo de carretera en donde se afirma que se produjo el siniestro pertenece a la denominada RM F2, de titularidad regional, que se halla correctamente señalizado, iluminado y en perfecto estado, careciendo de antecedentes sobre otros accidentes en dicho lugar, donde no se han realizado actuaciones puntuales salvo las rutinarias de mantenimiento habitual, añadiendo a todo ello que no se considera suficientemente acreditada la ocurrencia del citado siniestro en el lugar, día y fecha referidos por la reclamante.

**QUINTO.-** Con fecha 15 de octubre de 2009 se acuerda el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, no constando la presentación de alegaciones.

**SEXTO.-** El 7 de junio de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, fundada, en síntesis, en que no se aporta prueba alguna de la ocurrencia del accidente, más allá de la manifestación de la interesada.

**SÉPTIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26

de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a la interesada, por ser quien sufre los daños por los que reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ha de considerarse formulada contra la Administración regional fuera de dicho plazo, por las razones que siguen.

Así, a la vista del expediente remitido, se advierte que el oficio de 22 de enero de 2009 reseñado en el Antecedente Segundo, mediante el que se acordó tramitar el presente procedimiento, incurrió en el error de considerar que la señora x. había formulado ya entonces una reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración regional, cuando lo cierto es que en tal fecha la citada reclamación no existía. El mero hecho de que a la Consejería consultante le constara que dicha persona había presentado una reclamación contra el Ayuntamiento de Murcia y que éste la hubiera desestimado por ser de titularidad autonómica la carretera en donde ocurrió el presunto accidente que fundaba dicha reclamación, no autoriza en modo alguno a considerar que debía entenderse asimismo formulada una reclamación contra otra Administración distinta, como es la regional. Por otra parte, no puede admitirse que con el requerimiento que fue dirigido a la interesada en la mencionada fecha (Antecedente Segundo) se iniciara de oficio un procedimiento de esta clase, pues es claro que no era esa la voluntad ni la determinación plasmada en dicho requerimiento, sino sólo tramitar una reclamación de parte que, erróneamente, se había considerado formulada contra la Administración regional.

Ahora bien, tal requerimiento posibilitó que, cuando el 2 de marzo de 2009, la interesada presenta el escrito reseñado en el Antecedente Tercero (del que, conforme con el principio "*favor acti*", es posible deducir su voluntad de reclamar contra la Administración regional por los mismos hechos por los que reclamó en su día al Ayuntamiento de Murcia), con el mismo se considere formulada contra aquélla una reclamación de responsabilidad patrimonial.

A partir de lo anterior, ya se tome como fecha para el cómputo del plazo legal de un año la del acaecimiento de los hechos por los que se reclama (según la interesada, el 30 de diciembre de

2007), ya se considere que la reclamación presentada en su día ante el Ayuntamiento, dentro de dicho plazo, pudiera tener eficacia interruptiva del mismo y, en consecuencia, éste volviera a computarse desde que el 8 de febrero de 2008 dicha Corporación le notificó su resolución desestimatoria de la reclamación, la consecuencia sería que el citado 2 de marzo de 2009 la pretensión indemnizatoria entonces deducida ante la Administración regional sería extemporánea, lo que así habría de declararse en la resolución del procedimiento.

III. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. Sin perjuicio de lo expresado en la Consideración precedente sobre la extemporaneidad de la acción resarcitoria deducida contra la Administración regional, aquélla habría de ser desestimada en lo que se refiere propiamente al fondo del asunto, pues en este punto ha de coincidir con la propuesta de resolución en que la reclamante no aporta prueba alguna que acredite la realidad del accidente y sus circunstancias, aparte de su simple manifestación al

respecto, lo que, por evidentes razones de seguridad jurídica, no puede considerarse suficiente para tener por acreditados los hechos que fundan la reclamación, lo que determina igualmente su desestimación.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** La reclamación de responsabilidad patrimonial deducida frente a la Administración regional ha de considerarse extemporánea, por las razones expresadas en la Consideración Segunda del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** No pueden considerarse acreditados los hechos que fundan dicha reclamación, conforme con lo expresado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**TERCERA.-** En consecuencia, la propuesta de resolución dictaminada, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente, si bien deberá formularse otra en la que se incorpore, siquiera en síntesis, lo expresado en este Dictamen sobre la extemporaneidad de la acción resarcitoria.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 45-2011**

**Asunto** Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

**Fecha** 28/02/2011

**Extracto doctrina**

Tratando el Anteproyecto de Ley dictaminado de una modificación de la LCOMU, la competencia regional para aprobarlo se funda, con carácter general, en el artículo 10.Uno.23 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, que le atribuye competencia exclusiva en materia de cooperativas. Sobre el alcance que a dicho título cabe constitucionalmente asignar, nos remitimos a lo expresado por este Consejo Jurídico en su Dictamen nº 66/2006, de 24 de abril (sobre el entonces Anteproyecto de la LCOMU), que, en síntesis, expresaba que la competencia autonómica en dicha materia tiene un contenido propio (lo que usualmente se califica como la “materia cooperativa”) que es de difícil delimitación, y que debe respetar en todo caso la normativa dictada por el Estado al amparo de sus propias competencias, como resulta ser, entre otras, la relativa a la legislación mercantil (artículo 149.1.6ª de la Constitución), específicamente mencionada a tal efecto por el citado artículo del Estatuto de Autonomía.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 22 de diciembre de 2010, la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Educación, Formación y Empleo emitió un informe sobre la necesidad y oportunidad de tramitar un Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia (en adelante, LCOMU). En síntesis, se expresa que la Ley estatal 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (en adelante, Ley 16/07) y el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, vienen a establecer que las aportaciones al capital social realizadas por los socios o asociados de una cooperativa (aportaciones que, conforme con la actual legislación cooperativa, son obligatoriamente reintegrables por aquélla a sus socios o asociados cuando causen baja en la misma) han de calificarse, a efectos contables, como integrantes del pasivo de dichas sociedades, no pudiendo ser consideradas como fondos propios del activo social, como hasta el momento venía permitiendo la normativa contable aplicable a las cooperativas españolas. Por ello, y como ha hecho el Estado en su Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (en adelante, LCO), modificada por la citada Ley 16/07, es necesario incorporar determinadas previsiones a la LCOMU, para que luego, en aplicación de ésta, los estatutos de las cooperativas

regionales puedan incorporar las determinaciones oportunas para evitar la indicada consecuencia jurídico-contable, que sería efectiva ya para el ejercicio económico de 2011 y siguientes, pues el 31 de diciembre de 2010 cesó la moratoria que, a estos efectos, había establecido el RD 2003/2009, de 23 de diciembre.

Considera el informe que, de no introducirse las oportunas previsiones en la LCOMU, la automática consideración de todo el capital cooperativo como pasivo de la sociedad, a que llevaría la nueva normativa contable, resultaría una situación perjudicial para el desarrollo económico de estas sociedades, por sus negativos efectos sobre su imagen financiera (pues sus balances habrían de reflejar este nuevo pasivo, con eventual relevancia incluso a efectos de situaciones concursales). Por ello, es procedente modificar la ley regional, para, sin afectar a la normativa contable, incluir en aquélla que las cooperativas regionales puedan establecer en sus estatutos que parte de las aportaciones de los socios o asociados a su capital social no sean obligatoriamente reembolsables al socio o asociado saliente y que el reembolso pueda ser rehusado incondicionalmente por la cooperativa, con lo que tales aportaciones ya no tendrían contablemente la consideración de pasivo; junto a ello, y para compensar el hecho de que las aportaciones sociales puedan no ser reembolsadas obligatoriamente a los socios salientes, deben introducirse en la LCOMU ciertas medidas de garantía o favor en beneficio de los socios afectados por esta inexigibilidad del reembolso de aportaciones (como la posibilidad, ante ello, de darse de baja justificada en la cooperativa, entre otras medidas). Con ello, como se dice, se sigue lo dispuesto por el Estado para las cooperativas de su ámbito competencial mediante la citada Ley 16/07, al igual que otras Comunidades Autónomas que han realizado modificaciones en su correspondiente ley en esta materia.

Además, el informe añade que se debe aprovechar la necesaria y urgente modificación de la LCOMU a fin de unificar todos los plazos previstos en la misma para solicitar la inscripción en el Registro Regional de Cooperativas de los diferentes actos que deben inscribirse en él, con determinación específica de la clase de documento inscribible (en general, la escritura pública), y para unificar las cuantías de las sanciones previstas en dicha ley con las establecidas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS).

Junto a dicho informe obra un primer borrador de Anteproyecto e informes sobre la repercusión económica y el impacto por razón de género de la futura norma, sin observaciones significativas al respecto.

**SEGUNDO.-** Remitidas las actuaciones a la Secretaría General de la mencionada Consejería, el 23 de diciembre de 2010 la Vicesecretaria emite informe favorable a la tramitación del Anteproyecto, lo que es acordado en tal fecha por el Consejero competente.

**TERCERO.-** El 27 de diciembre de 2010, la Comisión de Secretarios Generales acuerda elevar al Consejo de Gobierno una propuesta para que tome conocimiento del Anteproyecto y decida sobre los ulteriores trámites a seguir, lo que efectuó en su sesión de 29 de diciembre de 2010, acordando, entre otros aspectos, tramitar el Anteproyecto con carácter de urgencia, por las razones expresadas en el informe de 22 de diciembre anterior.

**CUARTO.-** El 18 de enero de 2011, el Consejo Asesor Regional de Economía Social informó favorablemente el Anteproyecto, con observaciones puntuales para la mejora técnica del texto.

**QUINTO.-** Elaborado un nuevo borrador de Anteproyecto para introducir las observaciones del citado Consejo Asesor, el 19 de enero de 2011 fue informado favorablemente por el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería.

**SEXTO.-** Solicitado el preceptivo Dictamen del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (CES), fue emitido el 4 de febrero de 2011, del que se destaca la siguiente conclusión:

*“El Consejo Económico y Social de la Región de Murcia valora, positivamente el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia. Sin perjuicio de las observaciones particulares expuestas en el cuerpo del Dictamen, la reforma que promueve el Anteproyecto al régimen jurídico de las aportaciones al capital social es favorable porque permite que puedan mantener su consideración contable de patrimonio neto si se clasifican como aportaciones no exigibles cuyo reembolso puede ser rehusado incondicionalmente por el órgano que fijen los Estatutos, evitando así los problemas que para la gestión económica llevaría su consideración de pasivo exigible según el criterio que determina el vigente Plan General de Contabilidad. Pero, por otro lado, establece, salvo para las cooperativas agrarias debido a las variadas características de las constituidas, un porcentaje mínimo del 30% que mantendrá su condición de exigible, e impone disposiciones añadidas para facilitar que la cooperativa acepte los reembolsos cuando se produzcan las bajas. Respecto a la reforma adoptada en la ley estatal, supone reforzar el derecho de socios y asociados a recuperar su aportación, derecho menoscabado por la consideración de las aportaciones reembolsables como pasivo no exigible. Y apuntalar igualmente el interés por el asociacionismo cooperativo, que*

*podiera quedar rebajado por las dudas de los interesados respecto a la posible recuperación futura de su capital.”*

**SÉPTIMO.-** El 9 de febrero de 2011, la Dirección General de Trabajo emite informe sobre las observaciones del CES, elaborando al efecto un nuevo borrador de Anteproyecto.

**OCTAVO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de ley de modificación de una ley regional, en concreto, la LCOMU, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia. El Dictamen es solicitado con carácter de urgencia, por las razones expresadas en el informe reseñado en el Antecedente Primero.

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

El procedimiento tramitado se ha ajustado a lo establecido en el artículo 46 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia. No obstante, se advierte que el informe de la Vicesecretaría fue emitido en un momento inicial de la tramitación del Anteproyecto (Antecedente Segundo), y no una vez finalizada ésta, como requiere el artículo 46.4 de dicha Ley (a salvo siempre el informe de este Consejo Jurídico, último informante ex artículo 2.4 de la Ley 2/1997 ya citada). En efecto, aunque la inadecuada ubicación del párrafo del citado artículo 46.4 que alude al informe de la Vicesecretaría pudiera dar a entender que éste debe emitirse antes de elevar el Anteproyecto a la toma de conocimiento del Consejo de Gobierno (se encuentra ubicado antes del apartado 5, que expresa: *“adoptado por el Consejo de Gobierno el acuerdo a que se refiere el apartado anterior...”*), el tenor del referido párrafo denota que el informe de la Vicesecretaría debe emitirse tras recabarse todas las consultas e informes ordinarios, pues el mismo deberá pronunciarse sobre *“la corrección del procedimiento*

*seguido, valoración jurídica de las alegaciones presentadas...*”, lo que implica, como se dice, que deba emitirse tras culminar la tramitación.

Para subsanar la indicada omisión, bastará con que la Vicesecretaría ratifique el informe de la Dirección General de Trabajo reseñado en el Antecedente Séptimo.

Por otra parte, si bien con carácter general del expediente pueden deducirse los motivos que inspiran las modificaciones que con el Anteproyecto pretenden introducirse en la LCOMU, no obra en el expediente razón alguna que justifique, en los apartados Uno y Dieciseis de su artículo único (para la respectiva modificación de los actuales artículos 13.1 y 64.1), el establecimiento de un porcentaje mínimo del 30%, sobre el total de las aportaciones al capital social, que debe ser considerado en todo caso como exigible a la cooperativa por parte de los socios o asociados que causen baja en la misma (salvo para las cooperativas agrarias). Frente a lo establecido por el Estado en la citada ley 16/07, para que las cooperativas puedan prever en sus estatutos la facultad de rehusar incondicionalmente el reembolso (o lo que es lo mismo, el reembolso discrecional) de las aportaciones sociales al capital social, pero sin establecer en la ley ningún porcentaje mínimo de participaciones que deban ser de reembolso obligatorio al socio o asociado saliente, el Anteproyecto establece el antes citado porcentaje, sin que, como se dice, haya en el expediente ninguna justificación para que tal obligatoriedad deba venir impuesta directamente por la ley y no que venga fijada por cada cooperativa en atención a su concreta situación financiera y a los intereses de sus socios (tampoco, obviamente, hay justificación sobre el porcentaje concretamente establecido). Dicha justificación resulta necesaria por cuanto implica menoscabar en este punto la capacidad de decisión de las cooperativas, ya que de aprobarse la pretendida determinación normativa, todas ellas, menos las agrarias, tendrían un pasivo de al menos el 30% de las aportaciones al capital social (aparte de otros eventuales pasivos, se entiende), porque, como bien señala la Consejería, la nueva normativa contable impone calificar como pasivo de la cooperativa las aportaciones al capital social que sean de reembolso obligatorio a los socios o asociados salientes.

Por ello, la decisión a tomar en este trascendental aspecto para la economía de cada cooperativa requiere un previo estudio económico en el que se evalúe la incidencia económico-financiera que tendría el establecimiento forzoso de tal porcentaje mínimo; y, en el caso de que fundadamente se decidiera establecer uno para todas las cooperativas regionales (salvo las agrarias, ya exceptuadas), que se justificara adecuadamente su concreta magnitud. En otro caso, debería dejarse tal decisión a lo que estableciese cada cooperativa, sin perjuicio de reconocer, como ya se prevé en el Anteproyecto, el derecho del socio o asociado disconforme a darse de baja justificada, y las demás medidas previstas para compensar la nueva situación que generaría la

calificación estatutaria de determinadas aportaciones al capital social como de reembolso incondicional (o aportaciones “no exigibles”, como también las denomina el Anteproyecto).

### **TERCERA.- Contenido del Anteproyecto.**

El Anteproyecto se compone de una Exposición de Motivos, un único artículo, con treinta y dos apartados, en los que se modifican otros tantos artículos de la LCOMU, una Disposición Transitoria y dos Disposiciones Finales.

A la vista de su contenido, puede decirse que las determinaciones allí incluidas tienen la finalidad expresada en el informe reseñado en el Antecedente Primero, es decir, y en síntesis, dar respuesta a la particular situación contable en que se encuentran las sociedades cooperativas tras la entrada en vigor de la nueva normativa en la materia, que resulta del RD 1514/07, ya citado, que aprueba el Plan General de Contabilidad, y del RD 1515/07, de la misma fecha que el anterior, que aprueba el Plan General de Contabilidad de las pequeñas y medianas empresas, de obligatoria aplicación, en sus respectivos casos, a todas las empresas españolas, cooperativas autonómicas incluidas. El Anteproyecto pretende, en lo esencial, y a partir de lo establecido en tales normas contables, que la LCOMU permita que las cooperativas regionales puedan prever en sus estatutos que una parte de las aportaciones realizadas por sus socios o asociados al capital social no sean obligatoriamente reembolsables al socio o asociado saliente (siendo susceptible de reembolso obligatorio, no obstante, un mínimo del 30% del capital, según se avanzó en la Consideración precedente), de modo que, salvo dicho porcentaje, el reembolso de las aportaciones pueda ser rehusado incondicionalmente por la cooperativa (sin perjuicio, claro está, de los derechos legalmente reconocidos a los afectados mientras sus aportaciones permanezcan en la sociedad). Y todo ello para que, conforme con la nueva normativa contable, tales aportaciones no tengan la consideración de pasivo (como lo tendrían si no se permite a la cooperativa rehusar incondicionalmente su reembolso), que es lo que el Anteproyecto pretende evitar, salvo en el reseñado porcentaje de aportaciones de reembolso obligatorio. Junto a ello, y como apunta la memoria de oportunidad, se pretende introducir también en la ley regional ciertas medidas de garantía o favor en beneficio de los socios afectados por esta inexigibilidad del reembolso de aportaciones, en tanto no sean efectivamente reembolsadas. Con ello se pretende seguir, en lo esencial, la línea establecida por el Estado para las cooperativas de su ámbito competencial, que mediante la citada Ley 16/07 modificó, con este fin, su Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (LCO), al igual que otras Comunidades Autónomas en sus correspondientes leyes de cooperativas, si bien algunas determinaciones del Anteproyecto (como la comentada en la Consideración Segunda, por ejemplo), carecen de precedente en estas legislaciones.

Además, el Anteproyecto introduce modificaciones en diversos preceptos de la LCOMU a fin de unificar todos los plazos previstos en la misma para solicitar la inscripción en el Registro Regional de Cooperativas de los documentos que deben inscribirse en éste, especificando en cada caso el tipo de documento inscribible, en general, la escritura pública, y para unificar las cuantías de las sanciones previstas en dicha ley con las establecidas en el TRLISOS.

Junto a ello, se advierte que pretenden introducirse en la ley modificaciones en algún otro precepto, no relacionado con los aspectos antes reseñados, con el fin de precisar algunos aspectos de las determinaciones vigentes, para la mejora técnica del texto.

#### **CUARTA.- Cuestiones competenciales.**

Tratando el Anteproyecto de Ley dictaminado de una modificación de la LCOMU, la competencia regional para aprobarlo se funda, con carácter general, en el artículo 10.Uno.23 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, que le atribuye competencia exclusiva en materia de cooperativas. Sobre el alcance que a dicho título cabe constitucionalmente asignar, nos remitimos a lo expresado por este Consejo Jurídico en su Dictamen nº 66/2006, de 24 de abril (sobre el entonces Anteproyecto de la LCOMU), que, en síntesis, expresaba que la competencia autonómica en dicha materia tiene un contenido propio (lo que usualmente se califica como la “*materia cooperativa*”) que es de difícil delimitación, y que debe respetar en todo caso la normativa dictada por el Estado al amparo de sus propias competencias, como resulta ser, entre otras, la relativa a la legislación mercantil (artículo 149.1.6ª de la Constitución), específicamente mencionada a tal efecto por el citado artículo del Estatuto de Autonomía.

Entre la legislación mercantil conviene destacar, por lo que después se dirá, la Orden EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, que aprueba las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas, publicada en el BOE del 29 de dicho mes y que entró en vigor el 1 de enero de 2011 (vid. sus Disposiciones Finales Primera y Segunda). Dicha Orden actualiza las normas contables específicamente aplicables a las cooperativas, para adaptarse a las exigencias que, en esta materia, se derivan de los ya citados RRDD 1514 y 1515/07, que incorporaron al ordenamiento español los criterios de la Unión Europea para la homogeneización de las normas contables de las empresas.

Examinado el contenido del Anteproyecto, puede afirmarse que respeta lo establecido en tales normas, pues no incluye determinaciones de carácter contable, sino previsiones para que ciertas actuaciones de las cooperativas regionales tengan una u otra consideración contable a la

vista de la normativa estatal en esta materia. Tampoco se advierten colisiones con otros títulos competenciales estatales, por lo que en este punto no hay que realizar objeciones al respecto.

**QUINTA.- El marco jurídico establecido por la normativa contable estatal y su influencia sobre diversas determinaciones del Anteproyecto.**

I. Cuestión distinta del respeto del Anteproyecto a lo establecido en la normativa contable estatal de preceptiva aplicación a las cooperativas españolas es, como se ha apuntado, la incidencia mediata o indirecta que aquélla puede tener sobre la legislación general en la materia cooperativa, que es precisamente lo que ha motivado algunas reformas legislativas ya aprobadas y la iniciativa que ahora se dictamina, conforme se deduce sin dificultad de los informes emitidos y de buena parte del contenido del Anteproyecto que nos ocupa. Como se indicó en la Consideración precedente, el presupuesto básico que justifica la pretendida modificación de la LCOMU es que las normas internacionales de información financiera adoptadas por la Unión Europea *“califican el capital de las sociedades cooperativas como un pasivo si el Consejo Rector no goza del derecho incondicional a rehusar el reembolso”* del mismo (Exposición de Motivos del RD 2003/2009, de 23 de diciembre). Y debe tenerse en cuenta que, conforme con la hasta ahora vigente legislación cooperativa española, los socios o asociados tienen derecho, en general, cuando causan baja en la cooperativa, al reembolso de las aportaciones que en su momento hicieron al capital social cooperativo; de ahí la necesidad de modificar dicha legislación para permitir a las cooperativas que establezcan en sus estatutos la facultad de rehusar, sin condicionante alguno, el mencionado reembolso, en cuyo caso éste no es jurídicamente exigible por el socio o asociado saliente en el momento de su baja (a tal situación alude el Anteproyecto cuando se refiere a las aportaciones *“no exigibles”*), sin perjuicio todo ello de los derechos que ostentan los afectados en tanto sus aportaciones no se reembolsen efectivamente, que procederá cuando la cooperativa así lo decida, si bien en tal caso se prevén reglas para objetivar dichos reembolsos (vgr., por orden de antigüedad en las solicitudes).

Por todo ello, el alcance y sentido dado en la nueva normativa contable a la noción de derecho incondicional de la cooperativa a rehusar los reembolsos de las aportaciones al capital social es esencial a la hora de que contablemente proceda calificar las aportaciones al capital cooperativo, bien como fondos propios del activo, bien como pasivo de la entidad.

II. En este punto, el Anteproyecto, a la vez que incluye diversas determinaciones para habilitar a las cooperativas a que puedan rehusar incondicionalmente el reembolso a los socios o asociados salientes de sus aportaciones al capital (salvo el 30% de las mismas, que se establece

directamente como de reembolso obligatorio, lo que fue comentado en la Consideración Segunda), incluye determinaciones para “*incentivar*” a la sociedad a acordar los reembolsos no obligatorios.

De entre ellas, hay una que merece un especial comentario: el establecimiento de una determinada remuneración obligatoria (el interés legal del dinero incrementado en 8 puntos) para las aportaciones cuyo reembolso haya sido rehusado incondicionalmente, a devengar desde la baja del socio o desde que solicite el reembolso y hasta su efectiva devolución (apartado Seis del artículo único del Anteproyecto, de modificación del artículo 29.2 LCOMU, en el previsto segundo párrafo).

Sin embargo, tal determinación, en realidad, condiciona o compele de forma indirecta a la cooperativa a proceder a estos reembolsos, debido a la obligación económica que se le impone en tanto no proceda a ello; en estos casos, no puede decirse realmente que la cooperativa no esté condicionada a reembolsar tales aportaciones, pues de oponerse a ello se le depararían, desde el momento en que el interesado solicitase el reembolso y hasta proceder al mismo, unas obligaciones económicas de no poca importancia.

En este punto, debe advertirse que el supuesto que aquí se contempla es distinto de aquellos otros previstos en la ley en los que, una vez decidido el reembolso por la cooperativa mediante la adopción del oportuno acuerdo, se devenga la remuneración legalmente establecida (en concreto, el interés legal del dinero, según se prevé en el artículo 71.6 LCOMU –y, para el ámbito estatal, en el artículo 51.4 LCO), pues en estos supuestos esta obligación económica sólo surge desde que la cooperativa ha adoptado el acuerdo de reembolso (obligada o discrecionalmente, según los casos), y no desde la solicitud de reembolso formulada por el interesado, como pretende el Anteproyecto en el apartado que se comenta. Dicho apartado, de aprobarse, daría lugar, como se dice, a la generación de una remuneración obligatoria que determinaría que las aportaciones al capital, aun formalmente no exigibles, tuvieran que calificarse contablemente en el pasivo de la entidad, pues el derecho de la cooperativa a rehusar estos reembolsos ya no sería en modo alguno incondicionado.

III. Si las precedentes consideraciones ya podían sostenerse a partir de una recta comprensión de la finalidad que anima el establecimiento del derecho incondicional de las cooperativas a rehusar el reembolso de aportaciones al capital social para evitar su calificación contable como pasivo, ello resulta aún más claro a partir de la publicación de la Orden Ministerial 3360/2010, de 21 de diciembre, citada en Consideraciones precedentes, que desarrolla para las cooperativas lo establecido en el Plan General de Contabilidad aprobado por los RRDD 1514 y 1515/07, ya citados. Ciertamente, dicha Orden no se había publicado cuando se inició la

tramitación del Anteproyecto, pero no parece haber sido considerada en los informes emitidos tras su publicación, pues no se cita en ellos. A los efectos que ahora interesa, esta Orden establece normas contables en las que se evidencia con claridad lo afirmado anteriormente.

Así, en su norma 1.1.2.1, establece que *“tendrán la consideración de fondos propios las aportaciones al capital social cuyo reembolso en caso de baja pueda ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector o la Asamblea General, según establezcan la ley aplicable y los estatutos sociales de la cooperativa, siempre que no obliguen a la sociedad cooperativa a pagar una remuneración obligatoria al socio o partícipe y el retorno sea discrecional”*. Y, en concordancia con ello, la norma 1.1.2.2, párrafo segundo, establece que *“se considerará que incluyen un componente de pasivo financiero las aportaciones de los socios con derecho de reembolso en el caso de baja y las que tienen asociada una remuneración o retorno obligatorio”* (lo que incluye, entre otros casos, el supuesto en que las remuneraciones obligatorias se vinculen al rehúse del reembolso de las aportaciones, como pretende el Anteproyecto), y la norma 1.1.4, párrafo segundo, dispone que tales aportaciones *“se presentarán en un epígrafe del pasivo no corriente o corriente del balance, dependiendo de su vencimiento”*. Es decir, que si la ley aplicable (en nuestro caso, la LCOMU, una vez eventualmente introducida en ella la determinación comentada) estableciera la obligatoriedad de la indicada remuneración de las aportaciones desde que se solicitase su reembolso por el socio o asociado saliente, éstas deberán contabilizarse como pasivo, pues su reembolso no podrá considerarse como verdaderamente discrecional o incondicionado.

En consecuencia, el establecimiento por la LCOMU de la remuneración obligatoria prevista en el artículo único, apartado seis, para las aportaciones cuyo reembolso hubiera sido rehusado incondicionalmente por la cooperativa, determinaría necesariamente la calificación de todas las aportaciones sociales como pasivo social, lo que desvirtuaría completamente la finalidad del Anteproyecto. Por ello, procede eliminar del mismo tal determinación, resultando más conforme con los pretendidos fines de cohonestar la LCOMU con la normativa contable, seguir en este punto la solución establecida por el Estado, que modificó el artículo 48 LCO para añadirle un nuevo número 4, que dispone que *“si la Asamblea General acuerda devengar intereses para las aportaciones al capital social o repartir retornos, las aportaciones previstas en el artículo 45.1,b) de los socios que hayan causado baja en la cooperativa y cuyo reembolso haya sido rehusado por el Consejo Rector, tendrán preferencia para percibir la remuneración que se establezca en los estatutos (es decir, de devengarse intereses por así acordarlo la Asamblea, su importe será el fijado en aquéllos, en concordancia con el artículo 48.1 LCO), sin que el importe total de las remuneraciones al capital social pueda ser superior a los resultados positivos del ejercicio.”*

**SEXTA.- Otras observaciones.**

Para la mejora técnica del texto, resulta conveniente realizar las siguientes observaciones.

- Exposición de Motivos.

Debe completarse, incluyendo en ella una referencia al resto de los contenidos de la modificación: la unificación de los plazos para solicitar la inscripción de determinados documentos, que se especifican en cada caso, en el Registro de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia, la homogeneización de la cuantía de las sanciones previstas en la ley con las del TRLISOS, y otras modificaciones puntuales para la mejora técnica de algunos preceptos de la ley.

Además, en su último párrafo, resulta incorrecta la referencia a *“los artículos en materia de contabilidad”*, pues, como se dijo en Consideraciones precedentes, el Anteproyecto no incluye determinaciones de naturaleza contable, sino propias de la materia cooperativa, si bien con repercusión en la calificación contable de las aportaciones al capital social cooperativo, lo que es distinto. Sería más apropiado referirse a *“...la nueva redacción de los artículos con repercusión en los aspectos contables de las cooperativas...”*, o similar.

- Artículo único, apartado dieciséis.

En el penúltimo párrafo de la proyectada nueva redacción del artículo 64.1, se establece que *“los Estatutos podrán prever un porcentaje máximo de capital social a devolver en concepto de reembolsos en cada ejercicio económico, y la posibilidad de que el resto de reembolsos que se deban realizar en ese mismo ejercicio estén condicionados al acuerdo favorable del Consejo Rector o la Asamblea General”*.

Siendo una previsión similar a la establecida por el Estado en la modificación del artículo 45.1 LCO, no se justifica en el expediente por qué no se añade a la redacción propuesta lo establecido asimismo por dicho precepto estatal en el sentido de que el socio disconforme con el establecimiento o disminución de dicho porcentaje pueda darse de baja, calificándose ésta como justificada. Debe tenerse en cuenta que el supuesto guarda identidad de razón con el recogido en el párrafo precedente del proyectado nuevo artículo 64.1, relativo a la transformación de aportaciones exigibles en no exigibles, para el que, ante el correspondiente acuerdo de la Asamblea General, se prevé que el socio disconforme pueda darse de baja justificada. En ambos casos, el socio ve alterada la situación actual, con el derecho al reembolso de sus aportaciones,

por otra nueva en la que ese derecho no está garantizado, lo que justifica que la ley prevea que pueda darse de baja justificada en la cooperativa.

Además, en este precepto se alude, por error, al artículo 68.2 “bis” de la LCOMU, debiendo eliminarse el inciso entrecomillado, por inexistente.

- Artículo único, apartado veinte.

En la nueva redacción propuesta para el artículo 71.1, primer párrafo, se alude a las deducciones “señaladas en los puntos 2 y 3 de este artículo”. La mención al punto 3 resulta incorrecta, pues éste, que no se modifica, no contempla ninguna deducción (sólo se refiere al plazo de que dispone el Consejo Rector para efectuar el cálculo del importe a reembolsar de las aportaciones al capital social). Por ello, tal mención debe eliminarse.

En la nueva redacción del apartado 5 de este artículo 71 debería añadirse, de modo análogo a lo previsto en el artículo 51.5, segundo párrafo, LCO que, para las aportaciones no exigibles, los plazos aquí previstos para hacer efectivo el reembolso se computarán a partir de la fecha en que el Consejo Rector o la Asamblea General acuerden el reembolso, pues el carácter discrecional o incondicionado de éste así lo impone.

Por otra parte, la determinación contenida en la nueva redacción del segundo párrafo del apartado 6 de este artículo 71, debería ubicarse, con mejor sistemática, como párrafo siguiente al comentado apartado 5 (en cuyo caso sobraría de éste el inciso “salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado siguiente”). Y la redacción de dicho segundo párrafo del apartado seis, en su nueva ubicación, debería perfeccionarse: “cuando el Consejo Rector o la Asamblea General, según se prevea en los Estatutos, acuerde la devolución de las aportaciones no exigibles cuyo reembolso hubiera sido rehusado en un momento anterior, no podrá hacer uso del aplazamiento, y el reembolso deberá realizarse...”.

Por otra parte, en el apartado 6 (que quedaría con un solo párrafo, conforme a lo dicho anteriormente) debería aclararse que para el caso de las aportaciones no exigibles el devengo del interés se producirá desde la fecha del acuerdo discrecional de reembolso, y ello por las razones indicadas en la Consideración Quinta, II, penúltimo párrafo.

- Artículo único, apartado veintiocho.

En este apartado se modifica el título del actual artículo 107 LCOMU para añadirle: “baja obligatoria por...jubilación o incapacidad permanente”.

Además, se modifica su número 2 para especificar que éste se refiere a los casos de baja obligatoria por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y se prevé un nuevo número 3, en el que se dispone que *“en el supuesto de que los socios trabajadores sean titulares de aportaciones no exigibles, y accedan a la prestación por jubilación o incapacidad permanente, y la cooperativa no acuerde su reembolso inmediato, los socios trabajadores que permanezcan en la sociedad cooperativa deberán adquirir estas aportaciones en el plazo máximo de seis meses a partir de la fecha de la baja, en los términos que acuerde la Asamblea General.”*

Por lo que se refiere al número 2, debe entenderse que se refiere sólo a las aportaciones exigibles o de reembolso obligatorio, pues así resulta de los términos del mismo, en cuanto reconoce a los socios el derecho al inmediato reembolso o al reembolso en el plazo de dos años, según se trate de aportaciones voluntarias u obligatorias. Por ello, para evitar innecesarias dudas, tras la respectiva mención a dichas aportaciones resulta conveniente añadir el término *“exigibles”*, como se hace en otros preceptos del Anteproyecto para referirse a las aportaciones de reembolso obligatorio.

En lo que atañe al número 3, debe completarse especificando que se refiere a los socios trabajadores, titulares de aportaciones no exigibles, *“que causen baja por acceder a la prestación por jubilación o incapacidad permanente...”*. Si se es coherente con lo establecido en el nuevo título del artículo, habría que añadir que se trata de baja obligatoria; si, por el contrario, no se pretende establecer tal limitación (y contemplar aquí bajas voluntarias por jubilaciones de tal índole o por incapacidades que no impiden el trabajo cooperativizado), entonces debe modificarse el título y aludir a la baja por jubilación o incapacidad permanente sin asociarlo al término *“obligatoria”*.

Por otra parte, el precepto debe extenderse, como ya se proyectaba en un borrador de Anteproyecto anterior al dictaminado, a los supuestos de socios que causen baja obligatoria por las otras causas previstas en el artículo, es decir, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, como prevé el Estado en el nuevo apartado 3 del artículo 85 LCO, introducido por la ya citada ley 16/07. Frente a lo expresado en el informe del CES (que motivó la supresión de la mención relativa a los supuestos de baja obligatoria), la indicada previsión no sería incompatible con lo establecido en el número 2 del artículo, ya que, como se ha dicho, este número se refiere sólo a aportaciones exigibles, mientras que el número 3 versa sobre aportaciones no exigibles. (Así lo demuestra, por otra parte, la coexistencia en la LCO de los números 2 y 3 del citado artículo 85).

- Artículo único, apartado veintinueve.

En dicho apartado se prevé introducir un nuevo artículo 107 bis, en el que se establece que cuando un socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado cause baja y la cooperativa rehúse incondicionalmente el solicitado reembolso de sus aportaciones no exigibles, la cooperativa deberá reducir en un 20% los anticipos societarios a percibir por los socios trabajadores (regulados en el artículo 104.9 LCOMU), reducción que será operativa desde el momento en que se rehúse el reembolso, hasta que se pueda hacer efectivo.

Esta determinación, prevista para incentivar a la cooperativa a acordar cuanto antes el reembolso discrecional al socio trabajador saliente de sus aportaciones no exigibles, merece varias observaciones.

En primer lugar, en el expediente no se justifica por qué tal reducción se impone a las cooperativas directamente por la ley y no se deja a la decisión de cada una de ellas en sus correspondientes estatutos, a la vista de los intereses de sus socios y de la situación económico-financiera de las mismas; menos aún se justifica el establecimiento del concreto porcentaje de reducción, único para todas las cooperativas de esta clase. Además, a los efectos de calificar las aportaciones al capital como fondos propios y no como pasivo, la norma contable 1.1.2.1, letra b) establece que las aportaciones se clasificarán como fondos propios a pesar de que *“los estatutos prevean (...) limitaciones sobre la distribución del resultado en tanto en cuanto existan aportaciones cuyo reembolso ha sido rehusado”*. Considerando asimilable a este supuesto el que ahora nos ocupa (la reducción del porcentaje de anticipos societarios vendría a ser una especie de limitación sobre la distribución de resultados a cuenta en forma de anticipos, vid. art. 104.9 citado), debe repararse en que la norma se refiere al caso de que sean *“los estatutos”* los que prevean tal limitación. Y aunque podría sostenerse que tal norma contable puede ser extensible al caso de que estas limitaciones vengan directamente impuestas por la ley, lo cierto es que su tenor abunda en la idea de que el Anteproyecto se limite a establecer que los Estatutos puedan prever la reducción de anticipos societarios en los casos en que la cooperativa mantenga aportaciones cuyo reembolso haya sido rehusado discrecionalmente.

Por otra parte, la reducción tendría en todo caso una operatividad imprecisa, al ligarse al momento del rehúse del reembolso y no preverse plazo alguno para decidir sobre aquél, con lo que el acuerdo a adoptar podría demorarse *“sine die”*, generando dudas al respecto. De establecerse un plazo *“ad hoc”*, parece que debería ser al menos de seis meses desde la fecha de la baja del socio, para posibilitar así la adquisición, por parte los socios que permanezcan en la cooperativa, de las aportaciones a las que se refiere el proyectado artículo 107.3.

- Disposición transitoria única.

Resultan poco comprensibles los términos de tal Disposición, que parece limitar la aplicación de los extremos más importantes del Anteproyecto “a las sociedades cooperativas cuyo ejercicio económico se inició antes del día 1 de enero del año 2011 y finalice a lo largo del mismo”, cuando es claro que se aplicará asimismo a las cooperativas cuyos ejercicios económicos se inicien a partir del 1 de enero de 2011. Precisamente lo que no se justifica en el expediente es por qué se hace referencia a ejercicios anteriores a la mencionada fecha, cuando los criterios contables establecidos en la Orden de 21 de diciembre, ya citada, son de aplicación para los ejercicios económicos que se inicien a partir del 1 de enero de 2011 ( vid. su Disposición Final Segunda). Considerando que las nuevas previsiones de la LCOMU entrarán en vigor el mismo día de su publicación, a partir de tal momento las cooperativas regionales deberán actuar conforme proceda en cada caso. De mantenerse la determinación comentada, deberá justificarse adecuadamente en el expediente y aclararse.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación legal para aprobar como Proyecto de Ley el Anteproyecto dictaminado, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** No obstante lo anterior, debe considerarse lo indicado en la Consideración Segunda del Dictamen en relación con lo previsto en los apartados Uno y Dieciseis del artículo único del Anteproyecto (para la respectiva modificación de los actuales artículos 13.1 y 64.1 LCOMU), relativos al establecimiento de un porcentaje mínimo del 30%, sobre el total de las aportaciones al capital social, que debe ser considerado en todo caso como exigible a la cooperativa por parte de los socios o asociados que causen baja en la misma (salvo para las cooperativas agrarias). Esta conclusión tiene carácter esencial.

**TERCERA.-** Asimismo, a la vista de lo expresado en la Consideración Quinta sobre las consecuencias contables, contrarias a la finalidad esencial del Anteproyecto, que tendría la aprobación del apartado seis del artículo único del Anteproyecto, de modificación del artículo 29.2, segundo párrafo, de la LCOMU, procede su supresión. Esta conclusión tiene carácter esencial.

**CUARTA.-** Para la mejora técnica del Anteproyecto, deberían introducirse las modificaciones o supresiones reseñadas en la Consideración Sexta del Dictamen en relación con la

Exposición de Motivos y el artículo único, apartados 16, 20, 28 y 29, sobre los preceptos allí analizados, y con la Disposición transitoria única.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 46-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 09/03/2011

**Extracto doctrina**

Se debe informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la Ley General de Sanidad y Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y de documentación clínica).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 3 de febrero de 2009, x, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria recibida del sistema sanitario público regional. Según la reclamante los hechos ocurrieron del siguiente modo:

1. Con fecha 6 de agosto de 2007 acudió al Hospital Universitario Morales Meseguer (HUMM) en Murcia, con el fin de ser operada de hemorroides internas. En esa primera consulta el Dr. x. le comentó que la operación era sencilla, existiendo dos técnicas, aconsejándole la de Longo, ya que el postoperatorio era de tan sólo dos horas. Alega que en ningún momento fue informada del riesgo de la intervención, ni de las secuelas, ni dio su consentimiento a dicha intervención.

2. El día 6 de noviembre de 2007 es intervenida mediante la técnica de Longo, permaneciendo ingresada 24 horas y teniendo que ser tratada del intenso dolor que sufría. Durante el postoperatorio tuvo que acudir en varias ocasiones a consulta por las continuas molestias padecidas.

3. El día 6 de enero de 2008 acude al Servicio de Urgencias del HUMM aquejada de fiebre y dolor en la zona operada por lo que le tomaron muestras de sangre para ser analizada. Al día siguiente fue reconocida por el Dr. x, con resultado normal.

4. El siguiente día 25 vuelve a la consulta con dolor, fiebre y otras molestias en la zona operada. Los profesionales le recomiendan proceder a una nueva intervención quirúrgica para retirar el anillo implantado, pero sin darle garantías de éxito. La paciente decide no someterse a la operación, pues, según dice, no fue informada de la técnica, de las contraindicaciones y del origen de las dolencias que padecía después de dos meses.

5. El día 26 de enero de 2008 acude a la Consulta del Hospital Virgen de la Paloma de Madrid, donde se le practica una colonoscopia previa a la intervención quirúrgica de hemorroidectomía y esfintectomía colónica asociada. En la colonoscopia se detectan dos formaciones granulomatosas y se le interviene extirpándole dos pólipos.

6. Como consecuencia de esta intervención, realizada en la medicina privada, experimentó una gran mejoría, pero las molestias aún persisten, por lo que se encuentra pendiente de ser valorada por la unidad del dolor de dicho hospital.

7. Desde el día 4 de febrero de 2008 se encuentra de baja laboral por las secuelas de la intervención quirúrgica que le practicaron el día 6 de noviembre de 2007 en el HUMM. En el momento de presentar la reclamación se encontraba pendiente de valoración para continuar en situación de ILT o iniciar expediente para obtener la declaración de incapacidad permanente.

Considera la reclamante que los servicios médicos regionales le han ocasionado un grave perjuicio al no haberle proporcionado información sobre los riesgos de la intervención a la que se iba a someter, ni haber sabido, con posterioridad, diagnosticar el origen de las dolencias que padecía, por todo lo cual solicita una indemnización cuya cuantía no especifica, porque en el momento de presentar la reclamación la paciente no ha sido dada de alta, ni se ha producido la estabilización de sus secuelas, continuando con tratamiento médico y rehabilitador

Como medios de prueba solicita: Informe del Jefe de Servicio de Proctología del HUMM, historia clínica obrante en el citado Hospital y en la Gerencia de Atención Primaria e Informe de la Inspección Médica.

Acompaña a su escrito la siguiente documentación:

1. Diversa documentación clínica del HUMM, entre la que figura documento de consentimiento informado para cirugía anal.

2. Informe del Centro Proctológico de Madrid, emitido por el Dr. x, del siguiente tenor:

*"Paciente que acude a nuestra consulta después de haber sido intervenida con técnica de Longo. Refiere dolor postdefecatorio y dificultad durante la misma.*

*Expulsa moco sanguinolento. Esfínter hipertónico.*

*En la palpación anal se aprecia mariscos cutáneos. Anuscopya: Plexo hemorroidal a las 3h. en posición genupectoral, de gran tamaño que prolapsa, con maniobra de valsava. Se aprecia alguna grapa de la mucosectomía previa.*

*Aconsejamos colonoscopia previa a la intervención para descartar patología colónica asociada.*

*En la intervención quirúrgica se procederá a hemorroidectomía y esfinterotomía lateral interna"*

3. Facturas de este facultativo por un importe total de 3.470 euros.

4. Informe quirúrgico del Dr. x. en el que se señala lo siguiente:

*"El 04-02-08 previo consentimiento informado de la paciente es intervenida en el Hospital Virgen de la Paloma (Madrid).*

*Una vez colocada la paciente en posición ginecológica y previa sedación profunda, se practica anestesia local en los cuatro cuadrantes del orificio anal. Se visualiza formación pseudopolipoidea que afecta prácticamente toda la luz circular rectal. Se procede a extirpación de dos formaciones que prolapsan hacia el ano (se envía pieza para estudio anatomopatológico); asimismo se lleva a cabo esfinterotomía lateral interna.*

*La intervención transcurrió sin complicaciones.*

*Aconsejamos reposo durante diez días. Se entrega hoja de tratamiento posquirúrgico".*

5. Informes de la colonoscopia y de la intervención de fecha 4 de febrero de 2008, en el que se afirma lo siguiente:

*"Paciente (...) intervenida en el 2007 de hemorroides con técnica de Longo que acude a nuestra consulta el 26-01-08 por dolor de gran intensidad, confirmándose la existencia de*

*granulosa cicatricial posquirúrgico, siendo intervenida el 04-02-08. En las revisiones posteriores siempre refiere dolor ano-rectal de gran intensidad que le impide la realización de una vida normal.*

*El 25 de Noviembre de 2008 se practica colonoscopia total observándose a nivel de la sutura de la mucosectomía de Longo dos formaciones granulomatosas, una de ellas de 1,5 cm. procediéndose a su resección con asa de polipectomía; asimismo se extirpan dos pólipos sésiles de 3 mm. Se acompaña informe anatomopatológico.*

**COMENTARIO:**

*La paciente nos refiere telefónicamente en varias ocasiones que continua con su dolor ano-rectal, requiriendo analgésicos de forma habitual. Aconsejamos la valoración por una unidad del dolor".*

6. Documentación clínica correspondiente a la paciente y proveniente de la Gerencia de Atención Primaria de Murcia.

7. Partes de baja y citación del INSS de fecha 21 de enero de 2009, para evaluación de su situación de incapacidad.

**SEGUNDO.-** Seguidamente se dicta Resolución del Director Gerente del SMS por la que se admite a trámite la reclamación y se encomienda la instrucción del expediente al Servicio Jurídico del SMS.

A continuación, por el órgano instructor se solicita al Director Gerente del HUMM, Gerencia de Atención Primaria de Murcia y Hospital Virgen de la Paloma, de Madrid, las historias clínicas de la paciente e informes de los profesionales que la atendieron en relación a los hechos descritos en la reclamación. Asimismo, comunica la reclamación a la Correduría de Seguros y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

**TERCERO.-** Los requerimientos son cumplimentados del siguiente modo:

1. De la Gerencia de Atención Primaria de Murcia se remite la historia clínica e informe de la Dra. x, en el que se indica lo siguiente:

*“x. (...) que según consta en historia clínica acude a consulta refiriendo clínica hemorroidal por primera vez en abril-2007, y en junio de dicho año, es derivada al Servicio de Cirugía General para valoración quirúrgica, siendo intervenida el 6 de Noviembre de 2007.*

*El 3 de Enero, acude a consulta refiriendo intenso dolor anal, expulsión espontánea de mucosidad verdosa y estrechamiento del canal anal, habiendo acudido a 2 cirujanos privados, ya que el cirujano que la operó, no le resuelve el problema.*

*Es intervenida por cirujano privado en Madrid el 4-2-09, motivo por el cual se inicia proceso de incapacidad laboral en dicha fecha. Pese a dicha intervención persiste igual clínica.*

*Se deriva el 22-5-09 a Digestivo para que realice valoración terapéutica y pruebas complementarias. Se solicita colonoscopia y derivación a cirugía pero la paciente acude a privado para la colonoscopia porque en la SS no la sedan. Dicha colonoscopia informa: se observan 2 formaciones granulomatosas, una de ellas de 1,5 cm que se resecan. A 14 y 20 cm, 2 pólipos sésiles de 3 mm, que extraemos con pinza de biopsia.*

*Dicha colonoscopia es valorada por proctólogo privado que aconseja valoración unidad del dolor, donde se deriva el 3-2-09 (ultimo día que ha acudido a mi consulta).*

*En Noviembre -2007 fue derivada a Unidad de Salud Mental por cuadro depresivo mayor, secundario a patología crónica orgánica (informes en historia clínica).*

*El 3-2-09 es dada de alta por agotamiento de plazo y esta siendo evaluada por el INSS”.*

2. En contestación a la solicitud efectuada el Director Gerente del HUMM remite historia clínica de la paciente, así como informe emitido por los Dres. x, y, z, del Servicio de Cirugía de dicho Hospital, en el que se indica lo siguiente:

*“La paciente x., (...) con antecedentes de estreñimiento que acude a la consulta de coloproctología el 6 de agosto de 2007 por referir anurragia de más de un año de evolución sin otro síntomas asociados. A la exploración se evidencia hemorroides grado II-III sobre IV. No se evidencia fisura anal ni otra alteración al tacto rectal.*

*A la paciente se le explican las diferentes opciones de tratamiento y se decide de forma conjunta por la intervención de Longo (mucosectomía circular) sobre la técnica clásica de Milligan y*

*Morgan. Se solicita preoperatorio, se incluye en lista de espera y se firma el consentimiento informado.*

*La paciente es intervenida el 6 de noviembre de 2007 realizándose la técnica de Longo sin incidentes durante la operación y siendo dada de alta al día siguiente con cita para revisión en consulta externa para el día 14 de diciembre. En la revisión de la consulta la paciente refiere dolor leve y prolapso hemorroidal con los esfuerzos de la defecación, aunque en la exploración de la paciente no se encuentra nada anormal. La paciente acude a urgencias de nuestro hospital el 6 de enero de 2008 refiriendo fiebre y dolor anal. A la exploración no se encuentra nada patológico y es dada de alta con tratamiento analgésico. La paciente es citada telefónicamente un día en el que el Dr. x. está de guardia para hacer rectoscopia en el gabinete de proctología del Hospital. A la exploración se evidencia la línea de grapas propia de la intervención sin encontrar infección u otro problema asociado.*

*Nuevamente la paciente es citada para revisión en consulta, junto con el Dr. x, Coordinador de la Unidad de Coloproctología. Se explora sin encontrar causa objetiva de los síntomas que refiere la paciente. Se le ofrece la posibilidad de realizar una exploración bajo anestesia en quirófano para poder ver mejor el posible problema e intentar solucionarlo. La paciente acepta y firma el consentimiento informado. Se le adjudica día de quirófano y se le avisa telefónicamente, aceptando la paciente. El día 22 de febrero de 2008 la paciente no se presenta ni avisa de que no ingresa en el hospital. No acude tampoco a la cita que tenía en consulta externa el 28 de febrero.*

*No consta en ningún sitio que la paciente haya solicitado ser vista o valorada por otro especialista del Servicio Murciano de Salud.*

*Tampoco nos consta que el Médico de Atención Primaria o el Inspector Médico hayan solicitado al Dr. x. o al Servicio de Cirugía del Hospital Morales Meseguer informe alguno que justifique que la paciente haya permanecido de baja laboral todo este tiempo.*

*Según consta en los informes presentados por la paciente, ésta ha acudido a una clínica privada en Madrid donde se apreciaron mariscos cutáneos, un plexo hemorroidal de gran tamaño y alguna grapa de la operación realizada por el Dr. x. A la paciente se le realiza una colonoscopia previa a la intervención. En la intervención se le realiza extirpación de formaciones polipoideas y esfinterotomía lateral interna.*

*Con respecto a esta atención, consideramos que:*

1. *A la paciente se le realizó rectoscopia en el gabinete de coloproctología del Hospital Morales Meseguer, única prueba indicada dada la sintomatología de la paciente. No consideramos indicada una colonoscopia dado que los síntomas de la paciente eran propios de patología anal y una colonoscopia no añadiría nada y sí supone un riesgo añadido para la paciente.*

2. *No entendemos que se encontrara una gran hemorroide a la simple exploración de la paciente y que posteriormente en la intervención no se extirpara.*

3. *No tiene ninguna indicación la realización de la esfinterotomía lateral interna, que en una mujer sin fisura anal sólo puede acarrear la presentación de síntomas de incontinencia anal como complicación de dicha intervención.*

4. *Los mariscos o tags cutáneos que presenta la paciente consisten en un repliegue cutáneo de la piel perianal que no suelen ocasionar síntomas más allá del picor y, por tanto, no suelen requerir tratamiento. De hecho no fueron tratados en la intervención realizada en nuestro hospital ni en la Clínica privada.*

5. *De todas las actuaciones a las que fue sometida la paciente, la exploración de la zona quirúrgica bajo anestesia con extirpación de las formaciones pseudopolipoideas en un intento de mejorar la sintomatología es lo único que consideramos indicado y para lo que fue programada en nuestro quirófano, pero no acudió.*

*Respecto a los informes solicitados:*

*A) Las hemorroides internas pueden tratarse con una gran variedad de técnicas quirúrgicas, siendo las más utilizadas actualmente la hemorroidectomía clásica de Milligan y Morgan y la Mucosectomía circular o técnica de Longo. La elección entre una u otra técnica depende de la experiencia del cirujano, el grado y posición de las hemorroides y también de la propia opinión de los pacientes.*

*B) La mayoría de los pacientes intervenidos con esta técnica son dados de alta sin complicaciones ni dolor, razón principal por la que esta técnica, se ha extendido en los últimos años. No obstante un mínimo porcentaje de los mismos pueden presentar complicaciones descritas en la bibliografía como dolor intenso, sangrado o infección.*

C) *Todas las intervenciones quirúrgicas entrañan riesgos. Es obligación del cirujano, y así se hizo, explicar aquéllos que por su frecuencia o gravedad el paciente debe conocer antes de someterse a una operación.*

D) *El dolor después de realizar la mucosectomía circular puede ser debido al englobamiento dentro de la sutura mecánica de fibras nerviosas sensitivas del anodermo. Por este motivo se le ofreció a la paciente la realización de una segunda intervención para retirar, en la medida de lo posible, las grapas de la sutura mecánica y/o los granulomas producidos por las mismas”.*

3. El día 17 de abril de 2009 se recibe escrito del Hospital Virgen de la Paloma y del Centro Proctológico de Madrid, al que se une la historia clínica de la paciente e informes de los profesionales que la atendieron, cuyo contenido ya ha sido transcrito en el Antecedente Primero del presente Dictamen.

**CUARTO.-** Mediante escrito fechado el 30 de septiembre de 2009, la reclamante aporta copia del parte de alta laboral emitido por el INSS el día 21 de julio de 2009.

**QUINTO.-** Trasladado el expediente a la Compañía de Seguros ésta comparece aportando dictamen médico realizado colegiadamente por cuatro facultativos especialistas en Cirugía General y Digestivo, en el que, tras resumir los hechos y efectuar las consideraciones médicas que estiman oportunas, concluyen del siguiente modo:

*"1. Paciente mujer de 38 años intervenida el 06/11/07 en el HGUMM por hemorroides grado III/IV.*

*2. El diagnóstico y estudio preoperatorio es correcto.*

*3. La paciente es adecuadamente informada y firma el documento de CI específico para cirugía anal.*

*4. La técnica empleada está ampliamente aceptada y su uso está en expansión ante los buenos resultados descritos en la literatura, a expensas de su evaluación a largo plazo.*

*5. Presenta una complicación poco frecuente pero descrita con la técnica empleada.*

*6. Se realiza un seguimiento correcto.*

7. *Se le ofrece revisión quirúrgica ante la persistencia de la sintomatología, decidiendo la paciente ser intervenida en un centro privado.*

8. *Cuando, ante la falta de resolución de la sintomatología tras la reintervención, solicita ser atendida en el seno de la sanidad pública, se le presta la atención requerida.*

9. *No encontramos indicios de ‘mala praxis’ en la actuación de los profesionales del HGUMM, basándonos en la documentación remitida”.*

**SEXTO.-** Solicitado, mediante escrito fechado el 21 de abril de 2009, informe a la Inspección Médica, se evacua el 12 de enero de 2010 en el que, tras resumir los datos contenidos en la historia clínica y efectuar las consideraciones médicas que estima pertinentes, formula las siguientes conclusiones:

*“Paciente de 38 años diagnosticada de hemorroides grado II-III que solicita reparación quirúrgica proponiéndole hemorroidectomía de Longo, que se realiza sin incidencias. Posteriormente refiere persistencia del dolor por lo que es valorada tanto en la medicina pública, donde se le propone exploración quirúrgica, como de forma paralela en la privada donde finalmente opta por continuar su asistencia. Tras una segunda intervención realizada en la medicina privada en la que solo se objetiva granulomatosis secundaria a la primera cirugía persiste con la sintomatología.*

*La técnica quirúrgica realizada y su indicación son correctas. Era una de las posibles indicaciones para esta paciente. La paciente fue informada de la técnica que se le iba a realizar desde la primera valoración en la consulta de cirugía.*

*Las posibles complicaciones estaban contempladas en el documento de consentimiento informado para cirugía anal que firmó la reclamante, complicaciones que son similares a otras técnicas empleadas en la cirugía de hemorroides, como es el caso de la hemorroidectomía convencional.*

*La atención postoperatoria ha sido correcta atendiendo a la paciente siempre que lo ha demandado y proponiéndole actuaciones que ella de forma voluntaria abandonó de forma precoz para acudir a la medicina privada”.*

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia a las partes (reclamante y aseguradora), ninguna de ellas hace uso del mismo al no comparecer ni formular alegación alguna.

Seguidamente la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no queda acreditado en el expediente la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño sufrido por la paciente.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 20 de mayo de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución formulada en un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo, pues, el supuesto establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

La x, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la atención recibida en un centro sanitario dependiente de la Administración, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

En cuanto a la legitimación pasiva tampoco suscita duda que la actuación a la que la reclamante imputa el daño que dice haber sufrido, acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional.

En lo que se refiere al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en

el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la Ley General de Sanidad y Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y de documentación clínica); 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiéndole de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

#### **CUARTA.- Examen de la concreta actuación sanitaria que se denuncia.**

Para la reclamante, la causa del daño se encuentra en el hecho de que en la intervención que se le practicó el día 6 de noviembre de 2007 se utilizó una técnica, la de Longo, de cuyos riesgos y efectos no fue informada, sin que tampoco fuese correctamente diagnosticada de las dolencias que presentó con posterioridad a la operación.

La cuestión realmente decisiva a los efectos de la presente reclamación consiste en determinar: primero, si ante la sintomatología que presentaba la reclamante, la utilización de la técnica llevada a cabo en la intervención que se le practicó en la sanidad pública estaba indicada y si fue debidamente informada de los riesgos que conllevaba; y segundo, si aún considerando necesaria la realización de la intervención quirúrgica que se efectuó en la sanidad privada tendría derecho al reembolso de su importe.

En cuanto a la primera cuestión, los informes médicos que se han incorporado al expediente ponen de manifiesto las bondades de la técnica utilizada. Así la Inspección Médica afirma que *"...la técnica de Longo (HM) se ha popularizado y extendido su uso en los últimos años. Los beneficios inmediatos de la HM han sido demostrados en estudios de resultados a corto plazo. La HM es rápida de realizar y los pacientes experimentan menos dolor postoperatorio, tienen un ingreso hospitalario más corto y retornan más temprano a sus actividades normales. Otras mediciones de resultado a corto plazo también son favorables para la HM. Aunque la tasa global de complicaciones postoperatorias fue comparable con ambos procedimientos (la cirugía por escisión convencional y la técnica de Longo), la HM tuvo menos sangrado postoperatorio, pocas complicaciones de la herida y menos constipación, pero también una tasa más alta de prolapsos recurrentes, dolor persistente y urgencia fecal, asociándose a un riesgo a largo plazo mayor de*

*recurrencia de las hemorroides y el prolapso*". En concreto, en relación con la reclamante, la Inspectora señala que la indicación fue correcta y la ejecución de la intervención ajustada a la *lex artis*.

Por su parte, los peritos de la aseguradora indican que la técnica empleada está ampliamente aceptada y su uso se encuentra en expansión, debido a los buenos resultados que se obtienen. Mediante esta técnica, afirman, *"las hemorroides no se extirpan, sino que pasan a ocupar su posición original"*, lo que mejora el flujo venoso, no lesiona estructuras sensitivas, se preserva mejor la continencia y no condiciona estenosis, por lo que concluyen señalando que *"la paciente fue correctamente diagnosticada y la indicación quirúrgica fue correcta"*.

Tampoco en los informes médicos evacuados por los facultativos de la clínica privada a la que acude la reclamante, se recoge que la técnica utilizada en la sanidad pública fuese inadecuada.

Por otro lado, la afirmación de la paciente sobre la falta de información de los riesgos que entrañaba la intervención quirúrgica a la que se sometió, es desmentida por la documentación e informes que obran en el expediente:

1.º El Dr. x, facultativo que la intervino, señala al folio 128 que a la paciente se le explicaron las diferentes opciones de tratamiento y *"se decide de forma conjunta por la intervención de Longo (mucosectomía circular) sobre la técnica clásica de Milligan y Morgan. Se solicita preoperatorio, se incluye en lista de espera y se firma consentimiento informado"*.

2.º La Inspectora Médica señala que en la historia clínica de la paciente se recoge que la misma deseaba ser intervenida, se le informó en la primera visita de la técnica a realizar y era conocedora de la misma, tal como se desprende del contenido de su reclamación.

3.º Finalmente, se constata que los riesgos de la intervención fueron trasladados a la paciente porque ésta firmó el consentimiento informado que obra a los folios 163 y 164, mediante el que se describen los riesgos típicos del tratamiento quirúrgico de lesiones anales. La existencia de esta información y su conformidad a ella, trasladan a la paciente la obligación de soportar las posibles consecuencias indeseadas.

Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, es decir, un deficiente seguimiento postoperatorio, cabe señalar que, tal como indica el Dr. x. al folio 128, la intervención quirúrgica se llevó a cabo sin incidente alguno y en la revisión practicada a los ocho días, aunque la paciente

refiere dolor leve y prolapso hemorroidal con los esfuerzos de la defecación, en la exploración no se encuentra nada anormal. Cuando la paciente acude el 6 de enero de 2008, es decir, dos meses después de la operación, al servicio de urgencias refiriendo fiebre y dolor anal, la exploración no evidencia nada patológico. Posteriormente se cita a la reclamante un día en el que el Dr. x. está de guardia con el fin de practicarle rectoscopia, sin que tampoco en esta ocasión se detectara infección u otro problema asociado. Todavía fue reconocida otra vez más también con resultado infructuoso, por lo que se decide *"realizar una exploración bajo anestesia en quirófano para poder ver mejor el posible problema e intentar solucionarlo. La paciente acepta y firma el consentimiento informado. Se le adjudica día de quirófano y se le avisa telefónicamente, aceptando la paciente. El día 22 de febrero de 2008 la paciente no se presenta ni avisa de que no ingresa en el Hospital. No acude tampoco a la cita que tenía en consulta externa el 28 de febrero"*. Tampoco consta al facultativo informante que la reclamante hubiera solicitado ser valorada por otro especialista del SMS.

Según la Inspectora Médica el seguimiento postoperatorio que se ha descrito fue correcto, atendiendo a la paciente siempre que requirió ser valorada y proponiéndole la exploración quirúrgica. A este respecto señala que la colonoscopia (prueba que se llevó a cabo en la sanidad privada) sólo hubiese estado indicada en el supuesto de que existiese sospecha de otra patología diferente en otro lugar del colon que no fuera visible a la exploración rectal. Para la Inspectora *"ninguna técnica diagnóstica tiene más sensibilidad que la exploración directa, que era lo que se le había propuesto en el HUMM"*.

En consecuencia, este Consejo Jurídico entiende que la actuación de los servicios sanitarios regionales se ajustó en todo momento al criterio de la *lex artis*, sin que la reclamante, a quien corresponde la carga de la prueba a tenor de lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haya probado su infracción, por lo que los daños que alega no son imputables al funcionamiento de dicho servicio. Por otro lado, el abandono del tratamiento que estaba recibiendo y su opción de acudir a la medicina privada fue una decisión libremente adoptada por la paciente y, por tanto, debe asumir los gastos originados por este concepto.

En este mismo sentido, cabe señalar que la garantía de una cobertura universal, que sirviera de mecanismo de resarcimiento patrimonial indiscriminadamente en supuestos como el presente (esto es, que permitiera acudir a la sanidad privada sin ser derivado de la pública o fuera de los supuestos previstos, y obtener después el correspondiente reembolso de los gastos médicos ocasionados por la vía de la responsabilidad patrimonial), comprometería la virtualidad del sistema público de la asistencia sanitaria.

En definitiva, a la vista de las circunstancias del presente caso, cabe entender que ha existido una asistencia sanitaria ajustada a los estándares de actuación razonablemente exigibles, sin que pueda imputarse causalmente a la Administración ni las secuelas que padece la reclamante que son consecuencia de su patología, ni (no habiendo existido urgencia ni denegación de asistencia) el abandono de los servicios públicos sanitarios por la interesada, ya que esto último tuvo su exclusivo origen en la decisión personal y voluntaria de aquélla, quien los abandona cuando se encontraba en el curso del tratamiento, sin dar opción a los servicios públicos a concluirlo, por lo que, en definitiva, tal como decíamos antes, tiene la obligación de soportar las consecuencias que se derivan de sus propias decisiones.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir los requisitos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en particular el nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 47-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 09/03/2011

**Extracto doctrina**

Dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención sanitaria que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultados, sino de medios.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 24 de abril de 2008 D. x, y, z., presentan reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud (SMS), por los siguientes hechos según relatan:

El día 30 de abril de 2007, a las 7:30 horas, una dotación de la Policía Nacional trasladó a x, hijo y hermano de los reclamantes, al domicilio de su padres en Alcantarilla (Murcia), al haberlo encontrado en la calle con síntomas de mareo y pérdida de equilibrio. Con ayuda de la policía su madre acostó a x. en su cama.

A las 9 horas x, al notar que su hijo respiraba con dificultad y echaba saliva por la boca, llamó al teléfono de emergencias reclamando asistencia sanitaria. Como la ambulancia no llegaba al domicilio volvieron a insistir tanto ella como una vecina. Finalmente a la hora llegó una dotación sanitaria que intentó infructuosamente reanimar x. por lo que fue trasladado, a las 12:30, al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (en lo sucesivo, HUVA) donde fue ingresado en la UCI, produciéndose el fallecimiento a las 14 horas del día 1 de mayo de 2007.

El día 4 de junio de ese mismo año, a instancias de Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia, se emite informe médico forense de autopsia en el que se concluye que la muerte se produce por insuficiencia cardiaca aguda secundaria a reacción adversa a drogas de abuso. Miocardiopatía hipertrófica, destacando en el ámbito interno un edema pulmonar bilateral, derrame pericárdico e hipertrofia de ventrículo izquierdo (se adjunta copia de este informe).

Los reclamantes imputan el daño alegado no a los profesionales que atendieron al paciente, sino al retraso en la prestación de la asistencia sanitaria, y consideran que el importante daño moral sufrido por los padres y hermanos del fallecido son imputables al SMS.

Solicitan la práctica de las siguientes pruebas con carácter previo a la determinación de la cuantía indemnizatoria:

1. Testifical del médico de la UME que asistió a x. tras el aviso al 112.

2. Testifical del médico que atendió a x. en la UVI del HUVA.

3. Que se emita informe por un especialista en la materia, dependiente del SMS, sobre la actuación correcta o no de sus profesionales en el presente supuesto, así como de la posible influencia del retraso en la asistencia sanitaria sobre el fallecimiento del paciente.

4. Certificado de las llamadas efectuadas por x. desde el número 868.95.90.74, correspondiente a la línea telefónica de su domicilio, y desde el número de teléfono móvil 650.176.462 de la llamada efectuada por la vecina de la primera x. (DNI 48548747W), el día 30 de abril de 2007, con exacta concreción de las horas y minutos, así como copia literal de las conversaciones mantenidas con el 112.

5. Testifical de los agentes de la Policía Nacional de Alcantarilla que trasladaron x. a su domicilio.

6. Testifical de x, madre de x, y otros, cuyos datos dicen proporcionarán más adelante, que declararán acerca de la hora de las llamadas al 112 y del intervalo de tiempo que transcurrió hasta la llegada de la dotación médica.

7. Informes psicológicos sobre el estado anímico de los padres y hermanos del fallecido, que se aportarán más adelante.

**SEGUNDO.-** Seguidamente se dicta Resolución del Director Gerente del SMS por la que se admite a trámite la reclamación y se encomienda la instrucción del expediente al Servicio Jurídico de dicho organismo.

A continuación, por el órgano instructor se solicita al Director Gerente del HUVA y al Director del Centro de Coordinación de Emergencias del 112, las historias clínicas del paciente e informes

de los profesionales que le atendieron en relación a los hechos descritos en la reclamación. Asimismo, comunica la reclamación a la Correduría de Seguros y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

**TERCERO.-** Mediante escrito de fecha 6 de junio de 2008, el Director Gerente del HUVA hace llegar al órgano instructor copia de la historia clínica de x. e informe del Dr. x, especialista de Cuidados Intensivos, que se ratifica en el informe de alta firmado el día del fallecimiento.

**CUARTO.-** Desde la Gerencia de Emergencias del 061 se remite informe y solicitan que en lo sucesivo se contacte con ellos y no con el 112. En el informe se hace constar lo siguiente:

*"Siendo las 10,35 horas del 30-4-2007, se recibió llamada en el 112 sobre un incidente que ocurre en Alcantarilla (C/--), tratándose de un varón de 19 años que según el comunicante echa espuma por la boca y no responde, estando como dormido.*

*En la grabación de la llamada se escucha a la comunicante (madre del afectado) que indica que la policía había llevado a su hijo con síntomas de estar ebrio, pero que en ese momento no respondía.*

*La llamada se pasa al médico regulador, que previamente había indicado que se asignara la unidad de emergencias (UME-2 de Alcantarilla), y la comunicante vuelve a dar los mismos datos que a la operadora, ante lo cual, el médico regulador decide que se anule el envío de la UME-2. y que se active el Servicio de Urgencia, de Atención Primaria. (SUAP-Alcantarilla), siendo las 10,39 horas.*

*A las 10,44 horas reclaman la asistencia, y desde el CCU se llama al SUAP-Alcantarilla, indicando que aún no habían salido al aviso asignado, por estar esperando que el médico se desocupara. Se le informa desde el CCU que el paciente no responde y han reclamado la asistencia de nuevo.*

*Por tal motivo, el médico regulador decide volver a activar la UME-2 de Alcantarilla (a las 10,46 horas), a pesar de estar activado el SUAP-Alcantarilla, y realiza nueva llamada al domicilio para informarse de la evolución del paciente y dar consejos médicos mientras llega la asistencia de urgencia al domicilio.*

*A las 10,48 horas vuelven a reclamar la asistencia y se les informa que la unidad sanitaria estaba de camino, preguntando por el estado del paciente.*

*A las 10,51 horas comunica el SUAP-Alcantarilla la llegada al domicilio, y la UME-2 lo hace a las 10,52 horas.*

*A las 11,12 horas el médico regulador llama al SUAP y le informan que el paciente está en parada cardiorrespiratoria estando interviniendo los efectivos sanitarios de las dos unidades en la reanimación del paciente.*

*A las 11,26 horas, la UME-2 informó que trasladaba al paciente al Hospital Virgen de la Arrixaca, tras haberlo intubado y reanimado, solicitando que se avisara a la UCI del Hospital que iban de camino, llegando a urgencias del Hospital a las 11,36 horas.*

*Por todo lo cual, podemos concluir que se ha hecho una intervención completa de los servicios sanitarios de urgencias y emergencias, del Servicio Murciano de Salud, ubicados en la localidad de Alcantarilla, consiguiendo la reanimación del paciente encontrado en situación crítica.*

*Y aunque se haya apreciado una duda de asignación de efectivos en el médico regulador actuante, lo cierto es que decidió sobre los datos que telefónicamente le comunicaron, por lo que hizo una elección de recurso sanitario de urgencia al nivel de la gravedad inicialmente apreciada, si bien ante los nuevos datos que se le comunicaron en la siguiente llamada, determinó con acierto la reasignación de la UME-2, e incluso siguió la evolución del paciente por comunicaciones telefónicas, y siguió desde su puesto de trabajo la evolución de la intervención de ambas unidades sanitarias.*

*Por otra, parte, negamos la afirmación de los reclamantes en relación a que las unidades de asistencia urgente y de emergencias llegaron más de una hora después de la primera llamada, por ser incierto -según los registros del 112-, ya que la primera llamada se recibió a las 10,35 horas y llegaron al domicilio a las 10,51 horas (16 minutos). Y que tampoco es cierto que las unidades sanitarias de urgencias y emergencias estuvieran reanimando al paciente hasta las 12,30 horas de la noche, ya que según los registros del CCU-112 refieren que a las 11,26 horas comunica la UME-2 el traslado del paciente al Hospital Virgen de la Arrixaca (34 minutos de intervención y reanimación de la UME en el domicilio del paciente), siendo trasladado al Hospital con hora de llegada a las 11,36 horas (10 minutos).*

*Que todos lamentamos el fatal desenlace del paciente ocurrido en el Hospital tras más de 14 horas de evolución, por una patología muy grave, sin que pueda existir relación alguna de causa*

*efecto entre la asistencia prestada al paciente (que de no haberla realizado probablemente hubiera fallecido en su domicilio) y el resultado final de la evolución de su proceso patológico.*

*No entendemos el motivo de agrandar los tramos horarios de la intervención de las unidades sanitarias de urgencias extrahospitalarias, ya que preferimos pensar que no se busque con ello una falsa imputación de responsabilidad, sino que más bien, será producto del stress padecido ante una difícil y desgraciada experiencia vital, pero que en nada se corresponde con la realidad de los tiempos registrados en el CCU-112/061, que no hace desmerecer la importante intervención, de los equipos sanitarios de urgencias".*

**QUINTO.-** Mediante escrito fechado el 6 de mayo de 2008, la instructora se dirige a la Gerencia del 061 solicitando:

- Informe del Médico de la UME que asistió a x.

- Certificado de las llamadas efectuadas por x. desde el número 868.95.90.74, correspondiente a la línea telefónica de su domicilio, y desde el número de teléfono móvil 650.176.462 de la llamada efectuada por la vecina de la primera x. (DNI 48548747W), el día 30 de abril de 2007, con exacta concreción de la hora y minuto, así como copia literal de las conversaciones mantenidas con el 112.

El requerimiento es cumplimentado mediante el envío de la transcripción de la llamada demandando asistencia sanitaria a las 10:35 horas, con el detalle que aparece reflejado en los folios 57 y siguientes del expediente.

**SEXTO.-** Con fecha 7 de enero de 2009, la instructora se dirige al letrado de los reclamantes comunicándoles, en relación con las pruebas propuestas, lo siguiente:

*"1. La prueba documental propuesta, adjuntada con el escrito de reclamación, se estima pertinente, quedando la misma incorporada al procedimiento junto con la historia clínica remitida desde el Hospital Virgen de la Arrixaca.*

*2. Respecto a la prueba testifical del personal sanitario propuesta en la reclamación, no se admite la misma por considerarse innecesaria, dado que constan en el expediente administrativo los informes del coordinador del 061, así como las transcripciones de las conversaciones mantenidas con el 112, así como el informe del Servicio de Medicina Intensiva del Hospital Virgen de la Arrixaca.*

*Se considera innecesaria la prueba testifical de los Agentes de la Policía Nacional pues los hechos que se quieren probar son posteriores a su actuación y por tanto su declaración no aportaría nada nuevo al expediente.*

*La prueba testifical de la madre del fallecido y de los vecinos también se considera innecesaria al constar en el expediente informe y copia de las conversaciones con el 112 en las que consta la hora de recepción de las llamadas y de la llegada de las ambulancias. Aún así los reclamantes podrán aportar por escrito las declaraciones que estimen convenientes.*

*3. En cuanto a la prueba pericial propuesta, se admite que la parte reclamante aporte el correspondiente dictamen pericial, realizado a su costa, por el profesional que estime conveniente. Con posterioridad la Inspección Médica realizará igualmente informe al respecto.*

*4. Finalmente, y respecto a los informes psicológicos de los reclamantes podrán ser aportados por el reclamante al considerarse dicha prueba pertinente”.*

**SÉPTIMO.-** Por el letrado se presenta escrito solicitando se practiquen nuevas pruebas que confirmen la hora de llegada de las ambulancias del SUAP y del UME al domicilio de los reclamantes. Junto con el escrito aporta informe pericial realizado por los Dres. x, y, especialistas en valoración de discapacidades y daño corporal, que concluye del siguiente modo:

*"1. El paciente sufrió la parada cardiorrespiratoria el 30-4-2007, no pudiéndose precisar con exactitud la hora de la misma. (Aunque por la manifestaciones telefónicas "mi hijo ya no respira..." a las 10:43).*

*2. Las maniobras de RCP consiguieron restablecer latido cardíaco, pero sin recuperación neurológica (persistía midriasis y arreactividad de pupilas). 2 paros cardíacos más en su traslado a HUVA.*

*3. Ingreso en UCI con muerte cerebral. Exitus el 1-5-2007 a las 13 h.*

*4. Informe de autopsia: Insuficiencia cardíaca aguda secundaria a reacción adversa a drogas de abuso y Cardiopatía Hipertrófica.*

5. *La celeridad en la asistencia a un cuadro de Parada Cardiorespiratoria es fundamental para el pronóstico. En el presente caso, y pese a la correcta actuación de las Unidades Médicas implicadas, la asistencia no pudo realizarse antes de la instauración de Daño Cerebral irreversible".*

**OCTAVO.-** La instructora dirige escrito a la Gerencia del 061 acusando recibo del informe enviado en su momento e indicando lo siguiente: *"En dicho informe se relatan los hechos acaecidos, pero el reclamante ha solicitado, en escrito que se acompaña, que se acredite la hora de llegada de las unidades de SUAP y UME al domicilio del paciente, por lo que se deberá remitir la documentación que se solicita por el reclamante o, en su defecto, informe al respecto".*

El requerimiento es cumplimentado mediante la aportación de una copia del Protocolo de Tipificación de la Demanda e informe en el que se hace constar lo siguiente:

*"A las 10 horas y 35 minutos del día 30 de abril de 2007 se recibe llamada a través del 1-1-2 sobre un incidente que ocurre en la C/ "—" de Alcantarilla (Murcia). Se trata de un varón de 19 años que según la llamante echa espuma por la boca y no responde, está como durmiendo. En la grabación, la llamante (que es su madre) informa que ha traído la policía a su hijo con síntomas de estar ebrio, pero que ahora no responde.*

*La llamada se pasa al médico directivo, que previamente había indicado que se asignara la unidad UME 2 de Alcantarilla, y la llamante vuelve a decir los mismos datos que a la operadora. Ante los datos que aporta la llamante, el médico directivo decide que se anule la unidad UME 2 y que se active el SUAP de Alcantarilla y esto ocurre a las 10 horas y 39 minutos.*

*A las 10 horas y 44 minutos reclaman la asistencia y se rellama (sic) al SUAP de Alcantarilla e indica que no han salido y están a la espera de que el médico se desocupe. Se le informa desde CCU que el paciente no responde y han reclamado la asistencia.*

*El Médico directivo decide reactivar la unidad UME 2 de Alcantarilla a las 10 horas y 46 minutos, a pesar de estar activada la unidad de SUAP de Alcantarilla y realiza rellamada al domicilio para informarse de la evolución del paciente y dar consejos mientras llega la asistencia al domicilio.*

*A las 10 horas y 48 minutos reclaman la asistencia y se les informa que la unidad sanitaria está en camino y se pregunta por el estado del paciente.*

*A las 10 horas y 51 minutos da la llegada al domicilio SUAP de Alcantarilla, y a las 10 horas y 52 minutos da la llegada al domicilio UME 2.*

*A las 11 horas y 12 minutos el médico directivo llama al SUAP y le informan que el paciente está en parada cardiorrespiratoria y todos los efectivos de las dos unidades sanitarias están reanimando al paciente.*

*A las 11 horas y 26 minutos, UME 2 informa que traslada al paciente al HUVA con el paciente intubado y que se llame a la UCI del HUVA para informar que de van de camino.*

*Siendo las 11 horas y 36 minutos cuando llega a la puerta de urgencias del HUVA".*

**NOVENO.-** Traslado el expediente a la Compañía de Seguros ésta comparece aportando dictamen médico realizado colegiadamente por cuatro facultativos especialistas en Medicina Interna, en el que, tras resumir los hechos y efectuar las consideraciones médicas que estiman oportunas, concluyen del siguiente modo:

*"1. El paciente falleció, según el informe de la autopsia, como consecuencia de una intoxicación por cocaína y una miocardiopatía hipertrófica.*

*2. La cocaína afectó tanto al funcionamiento cardíaco como al cerebral, condicionando una menor respuesta al tratamiento instaurado. Puede considerarse un factor desencadenante o incluso el factor principal del fallecimiento.*

*3. La miocardiopatía hipertrófica, fue la causa subyacente que originó la parada cardíaca. El corazón enfermo del paciente, sometido a la sobrecarga de la intoxicación por cocaína claudicó, produciendo una parada cardíaca.*

*4. La asistencia de los Servicios de Emergencias fue adecuada en tiempo y siguió el protocolo de actuación.*

*5. La atención a la parada cardíaca fue correcta, de hecho el paciente recuperó el latido cardíaco. No hubo datos de recuperación neurológica".*

**DÉCIMO.-** Consta en el expediente que los reclamantes han interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación por responsabilidad

patrimonial, que se sustancia, bajo el número 270/2009, ante el Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 7 de los de esta ciudad.

**UNDÉCIMO.-** El 18 de noviembre de 2009, se emite el correspondiente informe por la Inspección Médica en el que, tras valorar los hechos y la documentación, alcanza las siguientes conclusiones:

*"PRIMERA: No consideramos, que se haya producido falta de diligencia y/o demora en la Asistencia Sanitaria prestada a x., dado que los DIECISEIS O DIECISIETE MINUTOS que tardaron los Servicios de Emergencias Sanitarias en llegar a su domicilio se consideran adecuados.*

*SEGUNDA: No se constata falta de atención al paciente, ya que a pesar de que tras las maniobras de RCP avanzada que se realizaron, por parte de los equipos de emergencia, el paciente recuperó el pulso, volvió a sufrir varias PCR, incluso dentro de la UCI del hospital, sin que exista constancia de que recuperara la conciencia en algún momento.*

*TERCERA: Las pruebas diagnosticas realizadas al paciente a su ingreso en la UCI del hospital demostraron la presencia de 0,7 g/ml de alcoholemia y metabolitos urinarios de cocaína, así como un edema cerebral grave y difuso (coma).*

*CUARTA: La autopsia, realizada al cadáver de x. informa de una muerte accidental de origen violento, debida a una insuficiencia cardiaca aguda, secundaria a reacción adversa por abuso de drogas. Destaca la presencia de cocaína en las muestras analizadas de tejidos biológicos (hígado y pulmón).*

*QUINTA: Las características fisiopatológicas del paciente (obeso, roncador crónico, con dificultad respiratoria y portador de cardiopatía hipertrófica), junto a la ingesta abusiva de alcohol y cocaína, fueron la causa del fatal desenlace, sin la intervención de los factores externos alegados por la familia".*

**DUODÉCIMO.-** Conferido trámite de audiencia a las partes (reclamantes y aseguradora), ninguna de ellas hace uso del mismo al no comparecer ni formular alegación alguna.

Seguidamente la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no queda acreditada en el expediente la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño por el que se reclama.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 25 de mayo de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. Los reclamantes, en su condición de padres y hermanos del fallecido -usuario del servicio público sanitario-, ostentan la condición de interesados y están legitimados para ejercitar la presente acción de reclamación, a tenor de lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva tampoco suscita duda que la actuación a la que el reclamante imputa el daño que dice haber sufrido, acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional.

2. En cuanto al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, teniendo en cuenta que el fallecimiento del paciente se produjo el 1 de mayo de 2007, conforme al certificado de defunción (folio18), y la reclamación se presentó el 28 de abril de 2008.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

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

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención sanitaria que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultados, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la asistencia del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado de la misma, una obligación de desplegar adecuadamente los medios y recursos disponibles, lo que requiere un juicio valorativo acerca del estándar de disponibilidad de dichos medios y su aplicación a las circunstancias del caso de que se trate.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción del deber de aplicación de medios, considerando a tal efecto el estándar de medios disponibles aplicado a las circunstancias del caso concreto, responderá la Administración de los daños causados, pues, en

caso contrario, dichos perjuicios no habrán de imputarse, en términos jurídicos, a la atención sanitaria pública y, por tanto, no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que en tal caso podría declararse en todos los supuestos en los que, con ocasión de cualquier intervención de los servicios sanitarios públicos, no se pudieran evitar los daños a la salud de las personas que se producen por la misma naturaleza de la condición humana; tal resultado, obviamente, no respondería a la configuración constitucional y legal del instituto de la responsabilidad patrimonial de que se trata.

Además de lo anterior, es esencial destacar que la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la producción de unos determinados daños físicos o psíquicos, cuya existencia se imputa al funcionamiento anormal del servicio sanitario de que se trate, requiere de la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de las consecuencias que, para la salud humana, tiene la actuación sanitaria en cuestión, en el específico contexto que presenta cada caso. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los servicios de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Inexistencia.**

En el supuesto que nos ocupa, los reclamantes achacan el daño no a la actuación de los profesionales que atendieron al paciente, sino a la tardanza en la llegada al domicilio de los servicios sanitarios de emergencia.

Para valorar la corrección de la asistencia sanitaria prestada en el presente caso hay que tomar en consideración la cronología de los hechos probados:

- La llamada para la atención domiciliaria de la x. fue registrada a las 10:35 horas del día 30 de abril de 2007, según transcripción de la llamada que figura al folio 57 del expediente, es decir, más de hora y media después de la que los reclamante fijan como efectuada la llamada (9 horas).

- Se asignó primero un servicio de la UME que fue posteriormente anulado por decisión del médico regulador, tras hablar con la madre de x. y considerar que la prestación más adecuada era la del SUAP. Posteriormente, tras una nueva conversación se reactiva el servicio de la UME.

- Según la hoja de registro de comunicaciones obrante a los folios 86 y 87, la ambulancia del SUAP llega al domicilio del paciente a las 10:51 horas y un minuto más tarde lo hace la de la UME, es decir, las ambulancias tardan en llegar 16 y 17 minutos respectivamente después de la primera llamada de aviso por los familiares.

En consecuencia, las imputaciones realizadas por los reclamantes, sobre la tardanza en más de una hora en llegar la ambulancia, se encuentran expresamente contradichas por la documentación expuesta, que acredita que las horas de llegadas de las ambulancias al domicilio fueron las 10:51 y las 10:52, tiempos que tanto los peritos de la Aseguradora como la Inspección Médica consideran adecuados (folios 116 y 135). A mayor abundamiento, si el médico de la UME que atendió al paciente en el domicilio familiar, cuya actuación no ha sido cuestionada por los reclamantes, comunica a las 11:26 que se han llevado a cabo varias maniobras de reanimación, que se ha intubado al paciente y que, en ese momento, se procede a trasladarlo al HUVA, resulta evidente que se había llegado al domicilio mucho antes, pues, en caso contrario, no se podrían haber realizado las maniobras médicas descritas. En este sentido cabe recordar lo que indicábamos en nuestro Dictamen 201/2008, sobre la razonabilidad de los tiempos de llegada de los servicios de emergencia, con cita de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 10 de noviembre de 2006, *“una cosa es lo ideal, lo que desearía cualquiera y es, como hemos dicho, que exista un Hospital a escasos kilómetros de cualquier vivienda y que haya una UVI móvil esperando a cinco o seis kilómetros de cualquier lugar y otra que eso sea factible”*.

Sobre la asistencia recibida por el paciente tanto por los servicios de emergencia como por los correspondientes al HUVA y su posible conexión con el fatal desenlace, los informes médicos obrantes en el expediente, incluido el del perito de parte, coinciden en afirmar la correcta actuación de los facultativos que atendieron al paciente. Así, los Dres. x, y, indican que *“en el presente caso,*

y pese a la correcta actuación de las Unidades Médicas implicadas, la asistencia no pudo realizarse antes de la instauración del Daño Cerebral Irreversible”. En el mismo sentido el dictamen de los facultativos de la aseguradora señala que *“la atención a la parada cardíaca fue correcta, de hecho el paciente recuperó el latido cardíaco”*. Y, finalmente, la Inspección Médica coincide en dicha apreciación al afirmar que *“no se constata falta de atención al paciente, ya que a pesar de que tras las maniobras de RCP Avanzada que se realizaron, por parte de los equipos de emergencia, el paciente recuperó el pulso, volvió a sufrir varias PCR, incluso dentro de la UCI del hospital, sin que exista constancia de que recuperara la conciencia en algún momento”*.

Según lo anterior este Consejo coincide con la propuesta de resolución en su apreciación de que el resultado dañoso (fallecimiento del hijo y hermano de los reclamantes) no se puede imputar al funcionamiento de los servicios sanitarios regionales, sino a los antecedentes y circunstancias personales del paciente. En efecto, tal como señala el dictamen pericial de la aseguradora el fallecimiento se produjo por una *“insuficiencia cardíaca aguda secundaria a reacción adversa a drogas de abuso. Miocardiopatía hipertrófica”*. Para los facultativos autores de este informe dos fueron las causas del fallecimiento: Una principal, que se concretaría en el consumo de cocaína, lo que afectó tanto al funcionamiento cardíaco como al cerebral, condicionando una menor respuesta al tratamiento instaurado, y, otra subyacente, que sería la miocardiopatía hipertrófica que padecía *“el corazón enfermo del paciente, sometido a la sobrecarga de la intoxicación por cocaína claudicó, produciendo una parada cardíaca”*. En este mismo sentido se pronuncia la Inspección Médica que concluye en su informe indicando que *“las características fisiopatológicas del paciente (obeso, roncodor crónico, con dificultad respiratoria y portador de cardiopatía hipertrófica), junto a la ingesta abusiva de alcohol y cocaína, fueron la causa del fatal desenlace, sin la intervención de los factores externos alegados por la familia”*.

En consecuencia, se desprende la ausencia de antijuridicidad del daño alegado y la falta de acreditación del nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el resultado, pues la Administración puso a disposición del paciente los medios disponibles en aquel momento. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de octubre de 2001, cuyo fundamento jurídico quinto señala: *“En este caso queda probado que la reacción administrativa fue rápida, si bien por los medios de que se disponía actuó como actuó. Significa esto que no cabe apreciar un funcionamiento anormal pues una cosa es el nivel ideal de funcionamiento de un servicio y otra es el estándar o nivel posible, nivel este que desde el mandato legal del artículo 7 citado deberá aproximarse a lo más eficaz y deseable pero siempre desde los medios de que se dispone”*.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 48-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 09/03/2011

**Extracto doctrina**

Se ha señalado por este Órgano Consultivo (por todos, Dictamen núm. 192/2009) en relación con la carga de la prueba de las infecciones nosocomiales, que corresponde a la Administración regional acreditar qué medidas se adoptaron en orden a evitar el contagio, pues pretender que fuera el reclamante quien hubiera de probar que aquéllas no se adoptaron le abocaría a una verdadera probatio diabólica.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 10 de agosto de 2006, x, y. presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por el fallecimiento de su hijo x.

Los hechos son descritos por los reclamantes del siguiente modo:

La x. ingresó el 2 de septiembre de 2005 en el Hospital Naval de Cartagena con síntomas de parto, rompiendo aguas a las 9 horas, permaneciendo en esa situación hasta las 16 horas del mismo día, practicándole una cesárea y dando a luz a su hijo.

El embarazo se desarrolló con normalidad y su hijo nació sin complicación alguna, con peso adecuado y apgar 9/10, esto es, el niño se encontraba bien. De igual forma, la madre en el momento del parto no presentaba infección alguna y las circunstancias del parto fueron normales. Pasados seis días del nacimiento, el niño presenta estado febril y dos días después lo trasladan al Hospital Virgen de la Arrixaca, donde fallece a las 24 horas de su ingreso, diagnosticándole sepsis neonatal por E. Coli (Escherichia Coli).

De todo lo anterior deducen que si bien la sepsis neonatal es una de las causas de mortalidad de los recién nacidos, actualmente con un diagnóstico precoz se puede evitar, toda vez

que los informes que aportan no especifican si la sepsis fue por contagio materno o contraída en el centro hospitalario.

Por otro lado, señalan que el nacimiento del menor fue por cesárea lo que hace sospechar que la vía de contagio fueron los servicios neonatales, incluido el quirófano, toda vez que fue atendido tardíamente, teniendo en cuenta que durante los 6 primeros días no fue apenas visitado por el pediatra, pues según los facultativos tenía buen aspecto externo.

Los reclamantes consideran que el fallecimiento del menor fue consecuencia de la actividad de la Administración, ya que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no excluye los supuestos de caso fortuito; por todo ello solicitan una indemnización de 88.562,94 euros, en concepto de daños morales.

Por último, proponen prueba documental, así como designan como su representante a la letrada x, quien suscribe también el escrito de reclamación en prueba de su aceptación.

**SEGUNDO.-** El 10 de noviembre de 2006, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó Resolución de admisión a trámite, que fue notificada a las partes.

Al mismo tiempo se solicitó copia de la historia clínica de la madre y del menor a los Hospitales Santa María del Rosell de Cartagena y Virgen de la Arrixaca de Murcia.

**TERCERO.-** Desde el Hospital Santa María del Rosell se remitió copia de la historia clínica de la x, así como informe del Jefe de Sección de la Unidad de Neonatos, Dr. x, según el cual:

“(...)

*3. Ante un RN de cesárea el Pediatra de guardia acudió a Quirófano y atendió con un reconocimiento habitual de dicho RN. Además realizó valoración según protocolo existente de nuestro servicio de los factores de riesgo que concurrían en el caso*

- a. Streptococo B (+) en cultivo materno.*
- b. Líquido levemente teñido.*
- c. Febrícula materna.*
- d. Profilaxis completa antibiótica materna.*

*Se solicitó analítica de seguimiento secuencial en Planta de Maternidad informadas a las 10:26 y 19:40 del día 03-09-06. Encontrándose dentro de la normalidad (PCR y hemograma).*

*4. El día 09-09-06, sexto día de vida del RN que permanecía en Maternidad, es ingresado por el Pediatra de Guardia, que es el mismo facultativo que le atendió en su nacimiento. El motivo del ingreso es pico febril por lo que es valorado e ingresado en neonatos a las 00:15 de dicho día procediéndose a valoración clínica referida en su historial, nuevas analíticas así como cultivos de orina y de sangre e inicio de tratamiento y antibioterapia doble intravenosa según protocolo, ante la posibilidad de desarrollo de una sepsis neonatal.*

*5. Ese mismo día 09-09-06, es valorado clínicamente en la unidad de neonatos a las 9:15 en la visita médica que se hace habitualmente a dicha hora por lo que se completan estudios analíticos, se realiza punción lumbar, gram y cultivo de líquido cefaloraquídeo manteniendo los mismos criterios de tratamiento protocolizado en nuestra unidad ante sospecha de sepsis.*

*6. En la tarde del día 09-09-06 no existen incidencias reseñables evolutivas.*

*7. La mañana del día 10-09-06 se realizan nuevas valoraciones clínicas referidas en la historia, se valora la analítica llegada destacando el resultado de la punción lumbar como normal, quedando pendiente de su evolución clínica y resultado de hemocultivo.*

*8. A última hora de la mañana del 10-09-06 (14:30) se hace una nueva valoración médica en razón del mal color y la palidez que presentaba en esa hora, al coincidir con el cambio de turno de guardia médica se recomienda al relevo realización de nueva analítica y aptitud terapéutica a seguir según dicha valoración.*

*9. Dicha analítica aparece gravemente alterada y se evidencia posteriormente signos de sangrado permanente por lo que se procede a su estabilización y ante la evolución desfavorable del proceso séptico con presencia de CID se procede a su traslado por el pediatra de guardia.*

*10. Consideraciones finales. Posteriormente el resultado del hemocultivo evidenció E. Coli, germen sensible in vitro a los antibióticos que estaba recibiendo. Dicho germen no tiene nada que ver con el Estreptococo (SGB positivo), que tenía la madre en el cultivo vaginal previo al parto y que había sido tratada correctamente, además de nacer por cesárea con lo que disminuye el riesgo claramente.*

11. *Puede coincidir la evolución del proceso como una evolución desfavorable de sepsis precoz cuyo origen no podríamos precisar con seguridad, no existen manipulaciones, ni maniobras invasivas, existe un proceso febril infeccioso en la madre al parecer de localización amigdalara. No se encontró localización en orina ni tampoco meningitis que pueden estar presentes en las sepsis neonatales de evolución desfavorable”.*

**CUARTO.-** Por el Hospital Virgen de la Arrixaca se remite copia del historial del recién nacido x, e informe del Dr. x, Jefe de Sección de Neonatología, según el cual:

*“Que el recién nacido de 8 días de vida x, ingresó en la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales procedente del Hospital Naval del Mediterráneo de Cartagena el día 10 de septiembre de 2005. Según refiere la historia clínica del hospital de procedencia el cuadro había iniciado 2 días antes con fiebre y deterioro del estado general. Se había iniciado de forma inmediata tratamiento antibiótico de amplio espectro de Upo empírico como se realiza en estos casos y apoyo terapéutico a complicaciones típicas de la sepsis neonatal (plasma fresco) que había recibido durante el traslado.*

*A su llegada a nuestro hospital se etiqueta de cuadro séptico complicado por coagulopatía secundaria, al igual que la sospecha diagnóstica del hospital de origen. Inicialmente el estado del niño es grave aunque moderadamente estable pero posteriormente sufre un deterioro severo de su estado general llegándose a situación de shock refractario y parada cardiorrespiratoria sin responder a las medidas terapéuticas y maniobras de reanimación especiales, falleciendo a las 14 horas de su ingreso. La analítica practicada junto a la exploración clínica es sugestiva de tratarse de una sepsis complicada con coagulación intravascular diseminada y fallo multiorgánico. Se recibe informe del Hospital Naval que en el hemocultivo realizado al inicio del cuadro se aísla Escherichia Coli”.*

**QUINTO.-** Por el órgano instructor, a requerimiento de los reclamantes, se solicita del Director Gerente del Hospital Naval informe sobre los motivos de cierre de los quirófanos del paritorio de septiembre a octubre de 2005, informándose al respecto que durante ese periodo de tiempo no hubo cierre alguno (folio 173).

**SEXTO.-** Por la Compañía de Seguros x. se remite dictamen médico colegiado de 21 de noviembre de 2009, que concluye:

*“1. El niño Jesús Gallego debutó a los 6 días una Sepsis Neonatal a E. Coli con shock séptico y coagulación intravascular diseminada.*

2. Existen en la Historia de x. datos de gran peso que la incluyen la sepsis a E. Coli que presentó dentro del grupo de transmisión vertical: Edad de inicio, tipo de germen (E. Colli), presencia de factores de riesgos asociados a transmisión vertical (rotura prematura de membranas, fiebre intraparto,). Encontrándose, por otro lado, una ausencia de factores de riesgo previos al inicio de la sepsis, asociados a infección nosocomial: No ingreso en UCI, no ventilación mecánica, no procedimientos invasivos, no nutrición parenteral, no cirugía, no datos epidemiológicos de brotes...

3. Consideramos que no existió retraso en el diagnóstico del menor ya que fue en el mismo momento que aparecieron los primeros síntomas, signos y/o síntomas de posible infección (pico fiebre) fue ingresado en neonatología para su estudio.

4. Tras su ingreso el niño fue correctamente diagnosticado y tratado de acuerdo con los protocolos más actualizados. El fallecimiento del menor fue consecuencia exclusiva de la gran agresividad de su patología: Sepsis a E. Coli que cursó con shock séptico y coagulación intravascular Diseminada que originó una hemorragia pulmonar masiva y fallo multiorgánico que le ocasionó el éxitus a las 60 horas de iniciado el cuadro, a pesar de estar con el tratamiento correcto.

5. Después del análisis del expediente consideramos que la actitud de los médicos que atendieron al niño se ajusta a *lex artis ad hoc*, y fueron dando respuesta conforme a protocolo a todos los problemas que el menor fue presentando en el curso de su enfermedad'.

**SÉPTIMO.-** El 25 de febrero de 2010 emite informe la Inspección Médica, que establece las siguientes conclusiones:

"- Embarazo a término con fiebre intraparto, cultivo positivo para SBG y líquido amniótico teñido. El recién nacido presentó a los seis días de vida proceso febril que obligó a su ingreso en neonatos, con mala evolución y necesidad de posterior traslado a UCI neonatal (HUVA) donde finalmente falleció.

- Se procedió, cumpliendo las recomendaciones actuales, a la administración a la madre de profilaxis antibiótica intraparto y a la indicación de finalizar el parto mediante cesárea por riesgo infeccioso.

- El recién nacido fue valorado de forma inmediata por el pediatra en el paritorio sin que se objetivara patología alguna. A las 12 horas, dados los antecedentes del parto, se le realizó analítica

*en busca de datos sugestivos de infección sin encontrar anomalías. Durante su estancia en maternidad junto a su madre se le realizaron los controles habituales para un recién nacido.*

*- Cuando se detectan los primeros síntomas de proceso infeccioso se traslada a neonatología. La asistencia prestada en este servicio es correcta procediéndose a técnicas diagnósticas (analítica y toma de cultivos) e inicio de antibioticoterapia empírica ajustada a los protocolos. Ante la mala respuesta con coagulopatía y necesidad de intubación orotraqueal y ventilación mecánica se decide su traslado al HUVA para ingreso en UCI de neonatología.*

*- Respecto al origen de la infección destacar que todo apunta a una sepsis de transmisión vertical: factores de riesgo obstétrico (fiebre intraparto, líquido amniótico teñido, cultivo + para SBG), aparición precoz al sexto día del nacimiento, germen colonizador del tracto vaginal y frecuentemente implicado en las sepsis neonatales de transmisión vertical y, por último, ingreso en neonatología y realización de procedimientos invasivos (catéteres sondas... ) relacionados con el desarrollo de sepsis nosocomiales cuando el paciente ya presentaba el cuadro séptico”.*

**OCTAVO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes, los reclamantes (folio 206) solicitaron una suspensión del plazo para formular alegaciones, siendo concedida una ampliación de 5 días, a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación.

Fuera de plazo otorgado para ello, los reclamantes presentan alegaciones, en las que se oponen tanto al dictamen médico colegiado aportado por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud, como al evacuado por la Inspección Médica, señalando que este último informe incurre en un error al indicar que la rotura de membranas fue a las 9.20 horas del día 2 de septiembre de 2005, cuando en el folio 9 se indica que la rotura fue a las 7 horas. También destaca que entre la rotura de membranas y la cesárea de la madre transcurrieron 12 horas, cuando desde el comienzo se conocía el riesgo de infección.

Finalmente, reiteran que la intervención a la madre fue tardía y que no se efectuó al recién nacido un seguimiento más exhaustivo.

**NOVENO.-** La propuesta de resolución, de 22 de junio de 2010, desestima la reclamación presentada, al considerar que la actuación sanitaria prestada fue conforme a la *lex artis*, por lo que se excluye la antijuridicidad del daño y, por tanto, la responsabilidad de la Administración sanitaria, ya que el origen de la sepsis fue de transmisión vertical y la asistencia prestada tras el diagnóstico fue en todo momento correcta y ajustada a protocolos, debiéndose el fallecimiento a la mala evolución, no pudiendo en ningún caso hablarse de infección nosocomial.

**DÉCIMO.-** Con fecha 16 de julio de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

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

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

1. La reclamación fue interpuesta por los padres, quienes sufren la pérdida del niño, lo que les confiere legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

2. La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular actual del servicio público a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño alegado.

3. La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar, toda vez que el fallecimiento del menor se produce el 11 de septiembre de 2005 y la reclamación fue presentada el 10 de agosto de 2006.

4. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP, destacadamente por el retraso de la Inspección Médica en la emisión de su informe, lo que casa mal con los principios de eficacia, agilidad y celeridad que han de inspirar la actuación administrativa.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación del sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de

acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (por todas, STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos e inexistencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.**

Según los reclamantes, el fallecimiento del recién nacido es consecuencia de la actividad de la Administración sanitaria, concurriendo la necesaria relación de causalidad en atención a las siguientes pruebas:

1. Ausencia durante el embarazo de infección alguna, desarrollándose éste con normalidad, lo que descarta el contagio a través de la madre, atribuyéndolo al centro hospitalario.
2. El parto no presentó complicación alguna, naciendo un niño con peso adecuado y respiración espontánea, que arrojó un test de Apgar de resultados normales.
3. Durante los 6 días posteriores, el recién nacido no recibió atención pediátrica y hasta pasados los días 7 y 8 no se decidió su traslado al Hospital Virgen de la Arrixaca, teniendo conocimiento de la patología grave de su estado.

Posteriormente, los reclamantes amplían sus imputaciones en el escrito de alegaciones, atribuyendo también a la Administración sanitaria la demora en practicar la cesárea, cuando se conocía el riesgo de infección.

Por el contrario, la propuesta de resolución desestimatoria se sustenta en que el origen de la *sepsis* fue de transmisión vertical y la asistencia prestada fue en todo momento ajustada a los protocolos, debiéndose el fallecimiento a la mala evolución, no pudiendo hablarse, en ningún momento, de infección nosocomial.

En cuanto a los medios probatorios, las imputaciones de los reclamantes, a los que incumbe la carga de la prueba (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), se encuentran huérfanas de criterios que las sustenten, pues, como ha destacado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos el núm. 2/2010), la determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a *normopraxis* descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la

medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto.

En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada ha sido ofrecida, además de por los Servicios intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

Veamos, pues, las distintas imputaciones de los reclamantes, y si han quedado acreditadas en el procedimiento, advirtiéndose ya de inicio la conformidad de este Órgano Consultivo con la propuesta elevada:

1. Sobre el origen de la infección del menor (sepsis neonatal por E. Coli).

Conviene partir de la premisa que la mera constancia de una infección en el contexto hospitalario no es título de imputación suficiente de responsabilidad. Ello conllevaría una radical objetivación de la responsabilidad, contraria a aquella doctrina jurisprudencial que propugna que *"...frente al principio de responsabilidad objetiva que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y curativo de todas la dolencias, ha de recordarse el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria es la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero no garantizador de resultado, en el sentido de que es exigible de la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales, pero en modo alguno puede determinar la existencia de una responsabilidad una actuación médica que se haya acomodado a la lex artis, es decir, al estado de la ciencia existente en aquel momento, puesto que no cabe entender que el principio de responsabilidad objetiva instaurado en el artículo 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común conduce a la consecuencia que parece estimar la recurrente de hacer responsable a la Administración de cualquier circunstancia afectante al paciente con independencia de una correcta actuación y prestación de los servicios sanitarios médicos, pues apreciarlo así convertiría a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño"* (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007, entre otras).

En relación con la responsabilidad patrimonial por infecciones hospitalarias, este Consejo Jurídico ha señalado que el carácter evitable o no de la infección aparece relacionado con el criterio jurisprudencialmente configurado de la "*lex artis*". Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como se ha indicado en la Consideración anterior.

También se ha señalado por este Órgano Consultivo (por todos, Dictamen núm. 192/2009) en relación con la carga de la prueba de las infecciones nosocomiales, que corresponde a la Administración regional acreditar qué medidas se adoptaron en orden a evitar el contagio, pues pretender que fuera el reclamante quien hubiera de probar que aquéllas no se adoptaron le abocaría a una verdadera *probatio diabolica*.

Aplicados los principios expuestos al presente supuesto, cabe indicar que la Inspección Médica refuta motivadamente las imputaciones de los reclamantes sobre el origen nosocomial de la infección por las siguientes razones:

*"Segundo: Los reclamantes mantienen "que la madre en el momento del parto, no presentaba infección alguna, razón por la cual es de suponer que no se contrajo intrauterinamente ninguna infección y que las circunstancias del parto fueron normales". Sin embargo de la historia clínica se desprende que la madre presentaba varios signos de posible proceso infeccioso: cultivo positivo para EGB, fiebre intraparto y líquido amniótico turbio. Igualmente difícilmente podemos considerar normal un parto en el que se precisa profilaxis antibiótica periparto y se indica la realización de cesárea por riesgo infeccioso.*

*Tercero: Respecto a la vía de contagio de la sepsis neonatal no hay indicios de un posible origen nosocomial y sí existen datos a favor de una transmisión vertical dado:*

*- El periodo de inicio de la sintomatología, seis días, habla de una sepsis precoz, más frecuente de transmisión vertical.*

*- El germen implicado (E. Coli), el segundo en frecuencia en las sepsis de transmisión vertical.*

*- Los antecedentes, ampliamente comentados, del parto. Un nacimiento por cesárea no excluye un contagio vertical ya que este no se produce exclusivamente por el paso del niño por el canal del parto, sino que en muchas ocasiones el contagio se produce por la ascensión de los gérmenes del canal genital al útero.*

- *El ingreso en neonatología del niño y los procedimientos invasivos, sondas catéteres, etc., que se asocian a la producción de sepsis nosocomiales fue causado por la sospecha de sepsis, y por tanto posterior al debut del cuadro infeccioso. En los hemocultivos obtenidos a su ingreso ya se objetiva el crecimiento del germen (E. Coli) responsable de la infección".*

Por su parte, el dictamen médico colegiado de la aseguradora del Servicio Murciano de Salud apunta en igual sentido (folio 184):

*"Respecto a la afirmación que se hace en la reclamación sobre la imposibilidad de que sea una sepsis de transmisión vertical (madre-hijo) por haber nacido mediante cesárea. Solo dejar claro que es una afirmación incorrecta, ya que como hemos visto en el apartado anterior:*

*Las sepsis de transmisión vertical se producen como consecuencia de la colonización del feto, bien a su paso por el canal del parto o bien por vía ascendente. Los gérmenes presentes en el canal del parto ascienden alcanzando el líquido amniótico y a partir de ahí colonizan el feto. La rotura prematura de membranas amnióticas facilita el paso de estos gérmenes al líquido amniótico y al feto. Es por tanto la presencia de gérmenes patógenos en el canal genital de la gestante el principal factor de riesgo relacionado con estas infecciones.*

*Como hemos visto en párrafos anteriores para confirmar el diagnóstico de sepsis vertical si la clínica se inicia después del 3º día de vida, se requiere que el hemocultivo sea positivo a germen típico de transmisión vertical (EGB, E. coli), y que haya factores de riesgo de transmisión vertical y/o aislar el germen en el canal del parto".*

En suma, se alcanzan por los informes precitados la convicción de la transmisión vía vertical de la sepsis neonatal, adoptándose por la Administración sanitaria las recomendaciones adecuadas, suministrando a la madre profilaxis antibiótica intraparto y procediendo a la finalización del parto mediante cesárea por riesgo infeccioso.

2. No se le hizo un seguimiento más exhaustivo al recién nacido.

Sin embargo, tal imputación de los reclamantes tampoco ha sido acreditada, en atención a la descripción que realiza la Inspección Médica de la asistencia recibida por el recién nacido, conforme a la historia clínica:

*“el recién nacido fue valorado de forma inmediata por el pediatra en el paritorio sin que se objetivara patología alguna. A las 12 horas, dados los antecedentes del parto, se le realizó analítica en busca de datos sugestivos de infección sin encontrar anomalías. Durante su estancia en maternidad junto a su madre se le realizaron los controles habituales para un recién nacido.*

*Cuando se detectan los primeros síntomas de proceso infeccioso (a los 6 días de su nacimiento) se traslada a Neonatología. La asistencia prestada por este servicio es correcta procediéndose a técnicas diagnósticas (analítica y toma de cultivos) e inicio de antibioticoterapia empírica ajustada a los protocolos. Ante la mala respuesta con coagulopatía y necesidad de intubación orotraqueal y ventilación mecánica se decide su traslado al HUVA para ingreso en UCI de neonatología (...).”*

Frente a tan concreta descripción, nada se cuestiona en el escrito de alegaciones presentado por los reclamantes, que se limitan a mostrar genéricamente su disconformidad con el informe de la Inspección Médica y sobre las causas de transmisión de la infección al recién nacido, haciendo únicamente referencia a un dato relacionado con la siguiente imputación.

### 3. Demora en la realización de la cesárea.

En el escrito de alegaciones (folios 208 y 209) señalan los reclamantes:

*“Que en relación al informe de la CIA aseguradora x, y del informe de la inspección médica, mostramos nuestra disconformidad, habida cuenta que si bien reconocen que la madre ingresa por dinámica de parto a las 8 horas de la semana 40, también dejan constancia de que se produce la rotura de las membranas a las 9,20 horas del mismo día, cuando en el folio 9 consta que la hora exacta son las 7 horas y, además con líquido amniótico teñido, sin embargo (...) la realidad es que la rotura de las membranas se produce 12 horas antes de que se realice la cesárea a la madre, cuando desde un comienzo se conocía el riesgo de infección, demorándose la intervención”.*

Sin embargo, no es cierto que la rotura de membranas se produjera 12 horas antes de que se realizara la cesárea a la gestante, según la historia clínica, sino que la intervención fue realizada 7 horas después de la rotura de la bolsa, como corrobora el órgano instructor, por lo que la afirmación de la Inspección Médica se basa en datos verídicos:

- En el folio 147 (Partograma), figura tanto en la cara como en el reverso, que la bolsa de aguas se rompió a las 9,20 horas.

- La hora del parto fue a las 16,15 horas, es decir, 7 horas después.

- Los propios interesados confirman tales datos en su escrito de reclamación, al indicar que la madre rompió aguas sobre las 9 de la mañana y dio a luz a las 16,15 horas.

Por lo tanto, la referencia a “la bolsa rota: 7 hr.” en el informe de traslado al Hospital Virgen de la Arrixaca (folio 9) pudo deberse a un error, sin descartar que pueda ser interpretado en el sentido, ya expresado, de que la rotura de la bolsa se produjo 7 horas antes.

Fuera del equívoco respecto a este dato, los reclamantes no aportan ningún otro respecto al incumplimiento de la *praxis* médica en la realización de la cesárea. En todo caso, según expresan ellos mismos: “*su hijo x. nació sin complicación alguna, con el peso adecuado y el apgar 9/10 y la analítica efectuada las 24 horas posteriores al parto dio resultados normales*”.

En consecuencia, al no haberse acreditado la infracción de la *lex artis* queda descartada la antijuridicidad del daño, careciendo asimismo la reclamación del necesario título de imputación del daño al funcionamiento del servicio público sanitario y de la imprescindible relación causal entre ambos.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciar en el supuesto sometido a consulta la concurrencia de los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 49-2011**

**Asunto** Resolución de contrato formalizado con la empresa --, para la ejecución de la obra Ampliación del puente a su paso por la Rambla de la Santa, en el municipio de Totana.

**Consultante** Ayuntamiento de Totana

**Fecha** 09/03/2011

**Extracto doctrina**

Conviene resaltar (por todos Dictamen núm. 151/2010 de este Consejo Jurídico), que si bien el incumplimiento de la Administración de sus obligaciones de pago no legitima a la contratista para incumplir las suyas, tampoco es admisible que cualquier incumplimiento de ésta pueda ser considerado suficiente para que la Administración resuelva, por tal causa, el vínculo contractual de que se trate; habrá de estarse a las circunstancias del caso concreto para ponderar el carácter principal o accesorio de las obligaciones incumplidas por el contratista y el alcance obstativo o no de tales incumplimientos en relación con el objeto y fines del contrato. Y todo ello con respeto al principio de buena fe contractual y la necesidad de que el ejercicio de la potestad resolutoria guarde la debida proporcionalidad entre la tutela del interés público y los derechos de los particulares

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 3 de diciembre de 2009 se suscribe por x, Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Totana, y por x, en representación de la empresa --, (x), el contrato de adjudicación de la obra “ampliación del puente sobre la Rambla de La Santa con la N-304”, conforme al proyecto redactado por x, con sujeción al Pliego de Cláusulas Jurídicas, Económico-Administrativas y Técnicas (PCAP) y a la oferta del propio adjudicatario.

El importe de la adjudicación de la obra asciende a la cantidad de 495.453,40 euros, IVA incluido, con sujeción a un plazo de ejecución de 2,25 meses, computados a partir del acta de replanteo de las obras.

Dicha acta de comprobación del replanteo se suscribe el 11 de febrero de 2010 (no obra en el expediente remitido por el Ayuntamiento, si bien ha sido aportada por la contratista), aunque en su anexo se hace constar por la dirección facultativa y la contratista que la ejecución de las obras está condicionada al desvío de la línea de media tensión existente por --, por lo que la finalización de las obras está supeditada a la materialización de dicho desvío.

**SEGUNDO.-** Constan las siguientes certificaciones aprobadas por la Junta de Gobierno Local, en su condición de órgano de contratación, reconociendo la obligación de pago a la contratista:

1. Por acuerdo de 18 de marzo de 2010, se aprobó y se reconoció la obligación de pago de la certificación núm. 1 de la obra, por importe de 65.263,51 euros.

2. Por acuerdo de 22 de abril de 2010, se aprobó y se reconoció la obligación de pago de la certificación núm. 2 de la obra, por importe de 146.656,27 euros.

3. Por acuerdo de 13 de mayo de 2010, se aprobó la certificación núm. 3 y se reconoció la obligación de pago, por importe de 78.096,13 euros.

**TERCERO.-** El 22 de abril de 2010, a petición de la contratista, la Junta de Gobierno Local aprobó la ampliación de un mes en el plazo de ejecución de obra (hasta el 19 de mayo de 2010), a la vista de las razones esgrimidas por la dirección facultativa, que expone lo siguiente:

*“1. Que debido a las gestiones mantenidas entre el Ayuntamiento de Totana, el Director de obra y la compañía --, se ha considerado conveniente no redactar el proyecto de desvío de la línea de media tensión que actualmente afecta a la ampliación del puente existente, con las ventajas que ello conlleva en cuanto a la reducción del plazo de ejecución.*

*2. Que a la fecha de hoy, el Ayuntamiento ha elegido a una empresa de las proporcionadas por --, para que ejecute las obras de desvío de la línea de media tensión, poniéndolo en conocimiento de la empresa de --, a través de su jefe de obra.*

*Concluye:*

*Que teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, y considerando el perjuicio que ha podido ocasionar la existencia de la línea de media tensión anteriormente citada desde el inicio de la obra hasta la actualidad, se amplía el plazo de ejecución anterior, fijando como fecha de finalización de las obras el 19 de mayo de 2010”.*

**CUARTO.-** El representante de la contratista, por escrito de 6 de mayo de 2010, manifiesta su disconformidad con la ampliación del plazo concedida, pues en la ejecución de la desviación de la línea de media tensión ha de intervenir una empresa seleccionada por el Ayuntamiento lo que

condiciona el plazo final para la ejecución de las obras por la contratista. De otra parte, expresa que la ejecución de las unidades de obra civil para el desvío de la línea no están previstas en el proyecto aprobado, por lo que si han de ser asumidas por la contratista ha de tramitarse una modificación que recoja las unidades nuevas y que se conceda una ampliación del plazo (45 días), solicitando la suspensión temporal total de las obras hasta que se apruebe dicho modificado.

**QUINTO.-** En el día anterior a la finalización del plazo (el 18 de mayo), el técnico director de las obras emite un informe dirigido a la Secretaria General de la Corporación Municipal de Totana, en el que expone:

- Que el 14 de abril anterior, habida cuenta del perjuicio que pudo ocasionar para la ejecución de las obras la existencia de una línea de media tensión, informó al Ayuntamiento de la necesidad de ampliar el plazo de ejecución del contrato hasta el 19 de mayo. El mismo día se informó al encargado de la contratista que la empresa elegida por el Ayuntamiento para realizar los trabajos correspondientes era la --, (x), y que debía de ponerse en contacto con dicha mercantil para realizar el desvío. En este punto se hace la advertencia de que el presupuesto de dicha empresa no incluye la obra civil, considerando que la mejor opción es que fuera asumida por la contratista.

- En relación con un escrito presentado por ésta el 6 de mayo de 2010, precisa que en ningún momento se le comunicó que las operaciones y los costes necesarios para la ejecución de la línea de media tensión debieran ser asumidos por aquélla. Refiere que hasta la fecha no ha remitido ningún presupuesto en relación con el desvío de la línea de media tensión, para poder ser aceptado y continuar con las obras en la zona denominada "ampliación oeste".

- Que entre el 4 de mayo (día en que se firmó la certificación núm.3) y el 17 de mayo de 2010, los únicos trabajos que se realizaron fueron el terraplenado parcial de la zona anexa al estribo derecho de la ampliación oeste y su correspondiente compactación, y la retirada de los puntales que sujetaban el encofrado de la ampliación este (realizado el día 17 de mayo). Los días 11 y 14 de mayo estuvo presente en la obra y la única persona que vio fue un peón.

- No está de acuerdo con la contratista en que deba certificar el importe de la unidad de obra 681.001, al no haberse utilizado un sistema de cimbra, sino un sistema básico de apuntalamiento que recoge la unidad de obra 680.001 (apeos y apuntalamientos).

**SEXTO.-** Por escrito de 21 de mayo de 2010 el representante de la contratista se dirige nuevamente al Ayuntamiento de Totana, en el que expresa lo siguiente:

- Que el director de la obra, al detectar la línea de media tensión, tenía que haber redactado un modificado que incluyera las nuevas unidades de obra a realizar por la contratista y que no estaban previstas en el proyecto.

- Se está a la espera de que el director de las obras traslade una propuesta de nuevos precios para estudiarlos y poder llegar a un acuerdo.

- La ampliación de plazo concedida anteriormente ha finalizado sin poder terminar las obras por causas imputables a la Administración. Se solicita que se amplíe el plazo a los 45 días ya indicados, a partir de que la empresa x. termine los trabajos de desvío de la línea, debiendo hasta entonces suspender los trabajos totalmente.

- Niega que la contratista haya abandonado la ejecución de las obras, disponiendo siempre de medios para su ejecución, citando a este respecto la visita realizada por la Concejala correspondiente el día 17 de mayo anterior, acompañada del director de las obras. Respecto a los días 11 y 14 de mayo referidos por dicho facultativo, señala que no se tiene conocimiento de que se personara en la obra, dado que no se presentó a ningún representante de la contratista.

- Respecto a si quedan unidades de obra sin realizar en la ampliación este, lo atribuye a la falta de colaboración de la dirección facultativa a la que se le ha requerido en numerosas ocasiones para que se persone a pie de obra y defina o diera el visto bueno a la preparación de las mismas, sin que respondiera a sus requerimientos. Solicitan que el Ayuntamiento le indique al director de la obra la obligación de diligenciar el libro de órdenes como medio para dirigirse a la contratista.

- Por último, muestran su disconformidad con la negativa a certificar los m<sup>3</sup> de cimbra ya ejecutada para la ampliación este del puente, solicitando que se abone por este concepto la cantidad de 11.862,16 euros.

Consta también que con posterioridad interpuso recurso de reposición contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 22 de abril anterior, por el que se amplió el plazo hasta el 19 de mayo por considerarlo claramente insuficiente.

**SÉPTIMO.-** El mismo director de las obras emite un nuevo informe el 24 de mayo de 2010, dirigido también a la Secretaria General de la Corporación Municipal, en el que, además de poner de manifiesto que persisten ciertas deficiencias en la vigas de atado de las ampliaciones oeste y este (apartado 2), habiendo dado la orden por teléfono al jefe de obra de la anulación del

hormigonado de tales vigas al no cumplir las especificaciones del PCAP, así como la ausencia de tres contenedores de la obra incluidos en la certificación núm.1, alcanza la conclusión de considerar oportuno la suspensión total de las obras hasta que la línea de media tensión no quede desviada de forma provisional y/o temporal. No obstante, hasta tanto se acuerde por el órgano de contratación la suspensión, considera que por la contratista se pueden realizar las unidades de obra descritas en el punto 5 de su informe anterior en la zona de ampliación este (colocación de escollera a la salida de puente y laterales, terraplenado, compactado, vigas de atado, prueba de carga, barandillas y mejoras correspondientes a la construcción de glorieta).

**OCTAVO.-** La Junta de Gobierno Local, en su sesión de 3 de junio de 2010, acordó a petición de la contratista (por escrito de 6 de mayo de 2010), informada favorablemente por la dirección facultativa (informe de 24 de mayo precitado), la suspensión de la ejecución de las obras, por ser necesario realizar el desvío de una línea de media tensión que no se contemplaba en el proyecto. En tal acuerdo se solicita un informe a la dirección facultativa acerca de si se trata de una modificación del proyecto o de una obra complementaria, así como para que se valore económicamente el desvío de la línea de media tensión.

**NOVENO.-** Previo informe del director de las obras que concluye en la necesidad de modificar el proyecto al suponer el desvío de la línea de media tensión una obra accesoria respecto a la principal, que supone un incremento de 10.500 euros, la Junta de Gobierno Local, en su sesión de 10 de junio de 2010, acuerda autorizar la modificación del proyecto con el referido objeto y la ampliación del plazo de ejecución en un mes desde la aprobación de la modificación del proyecto, dando audiencia de todo ello a la contratista, que se persona por escrito de 17 de junio siguiente, en el sentido de solicitar una ampliación de los plazos para formular alegaciones hasta tanto se conozca la documentación del proyecto modificado.

**DÉCIMO.-** El 23 de septiembre de 2010 el órgano de contratación aprobó el proyecto modificado, con un presupuesto total de ejecución por contrata de 503.995,70 euros, levantando la suspensión temporal y parcial (sic) de las obras adoptadas por el mismo órgano el 3 de junio anterior.

En el mismo acuerdo se requiere a la contratista para que adopte las medidas correctoras indicadas por la dirección facultativa en su informe de 20 de septiembre de 2010, en prevención del riesgo por avenidas, sobre todo en los meses de septiembre y octubre que son los más propicios para este tipo de avenidas extraordinarias con el consiguiente riesgo de inundaciones.

**UNDÉCIMO.-** Notificado a la contratista el precitado acuerdo, por escrito fechado el 1 de octubre de 2010 (Oficina de Correos) manifiesta su oposición a los precios nuevos introducidos en el proyecto modificado, habiéndose suprimido la unidad 681.001 m<sup>3</sup> de cimbra, sin la cual no es posible continuar con la ejecución de la ampliación oeste, estando pendiente la reclamación de los m<sup>3</sup> de cimbra ejecutados en la ampliación este.

Sobre la ejecución de las medidas correctoras, refiere que la contratista comunicó al Ayuntamiento el 14 de julio de 2010 la suspensión del cumplimiento del contrato por impago de las certificaciones aprobadas (plazo superior a 4 meses), conforme a lo dispuesto en el artículo 200, apartado 5, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por lo que lo más fácil sería que la Corporación procediera al abono de las certificaciones y al levantamiento de la suspensión para poder continuar con la ejecución de las obras.

No obstante, manifiesta, como prueba de buena fe, que se van a retirar los acopios depositados en la Rambla y se va a proceder a la protección provisional de la ampliación este.

**DUODÉCIMO.-** El 7 de octubre de 2010 emite informe el director de la obra, expresando lo siguiente:

*“1. No se acepta la propuesta de la empresa -- en relación con los precios de las unidades de obra con códigos (...) manteniéndose los del proyecto modificado.*

*2. Se considera que el Proyecto Modificado incluye todas las unidades de obra necesarias para continuar con la ejecución tanto de la ampliación oeste como de la ampliación este.*

*3. Que dada la situación actual existente en las obras (...) la situación actual de la ampliación del puente sigue sin reunir las condiciones mínimas necesarias para garantizar la seguridad frente a avenidas de periodo de retorno de 500 años que se indicaron en el informe presentado con fecha 21 de septiembre de 2010.”*

**DECIMOTERCERO.-** El mismo 7 de octubre, la Junta de Gobierno Local adopta el siguiente acuerdo:

1º) Aceptar la disconformidad manifestada por el contratista en relación con los precios fijados para llevar a cabo la modificación del proyecto, debiendo el órgano de contratación proceder a determinar si contrata las obras con otro empresario en los mismos precios o las ejecuta directamente.

2º) Iniciar la resolución del contrato por incumplimiento de la contratista de sus obligaciones contractuales esenciales de adoptar las medidas de seguridad determinadas en el informe del director de la obra de fecha 7 de octubre de 2010.

3º) Dar audiencia al contratista por un plazo de diez días para que pueda presentar alegaciones.

4º) Solicitar Dictamen del Consejo Jurídico.

5º) Incautar la garantía definitiva prestada por la contratista.

**DECIMOCUARTO.-** Por escrito de 22 de octubre de 2010, x, en nombre y representación de la mercantil x, según acredita con la escritura de poder que acompaña, presenta escrito en el que formula las siguientes alegaciones:

1ª) Niega la existencia de un incumplimiento contractual por parte de la contratista, que ha ejecutado la obra conforme al proyecto aprobado y al Plan de Seguridad y Salud aprobado por el Ayuntamiento.

2ª) Las presuntas deficiencias o incumplimientos del Plan de Seguridad y Salud, además de inexistentes, resultan de la introducción de modificaciones no contempladas en el contrato inicialmente firmado, ni en el posterior Proyecto modificado.

3ª) El supuesto incumplimiento de las medidas de seguridad son rebatidas por los dos informes técnicos que se acompañan.

4ª) Es incierto que haya una falta de seguridad frente a avenidas con periodo de retorno de 500 años.

5ª) Tampoco hay falta de medidas de seguridad, señalización y protección de la obra para el personal y para terceros, sin que se recoja en el libro de incidencias de la obra ningún incumplimiento. El cumplimiento de las medidas en materia de seguridad y salud es puesto de manifiesto por el informe del técnico de prevención de riesgos laborales que se acompaña.

6ª) La contratista, mediante escrito de 14 de julio de 2010, comunicó al Ayuntamiento la suspensión del cumplimiento del contrato por impago de las 3 certificaciones expedidas hasta la

fecha, que fue aceptada por la Junta de Gobierno Local en su acuerdo de 7 de octubre de 2010, y el contrato continúa suspendido por causa de demora en el pago, que sólo puede levantarse mediante el pago de certificaciones adeudadas.

7ª) La causa de resolución invocada es meramente instrumental y a otros fines, siendo el riesgo de daños una mera excusa, además de incierta y falsa.

8ª) De la actuación del Ayuntamiento se puede inferir que su finalidad es que sea la contratista la que financie íntegramente las obras, a pesar de estar subvencionadas, cuyos fondos se han aplicado a otros fines.

9ª) El director de la obra y los miembros de la Junta de Gobierno Local que hayan votado a su favor pueden haber incurrido en los presuntos delitos de coacciones, falsedad en documento público, prevaricación, estafa y malversación de caudales públicos, reservándose expresamente el ejercicio de las acciones penales que le asisten.

Entre la documentación que acompaña, consta un informe de 19 de octubre de 2010 del Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos x, que concluye en la inexistencia de riesgo de desbordamiento por la ampliación del puente si se produjera dicha avenida, ni que se haya incumplido por la contratista las medidas de seguridad y salud contempladas en el Plan de Seguridad y Salud, acompañando un anejo fotográfico al respecto.

**DECIMOQUINTO.-** Por parte de la avalista x. se presenta escrito de 23 de noviembre de 2010, en el que se expresa que es en el acuerdo de resolución definitiva del contrato donde debe determinarse la procedencia o no de la incautación de la fianza, siempre y cuando se haya ocasionado por la contratista daños al Ayuntamiento, y no en el acuerdo de iniciación del procedimiento de resolución contractual. Además recuerda los trámites preceptivos del procedimiento, entre ellos la audiencia al propio avalista, y la necesidad de recabar el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico.

**DECIMOSEXTO.-** Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de diciembre de 2010, se acuerda desestimar las alegaciones presentadas por la contratista, sobre la base de los informes evacuados por el director de las obras el 4 de noviembre de 2010 y por la Secretaria General de la Corporación, que se transcriben en el citado acuerdo, a los que se hará referencia en las consideraciones jurídicas, así como la remisión del expediente al Consejo Jurídico.

**DECIMOSÉPTIMO.-** Con fecha de registro de entrada de 22 de diciembre de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

Con posterioridad (registrado de entrada en el Consejo Jurídico el 5 de enero de 2011) se remite acuerdo de 30 de diciembre de 2010 de la Junta de Gobierno Local, en virtud del cual se suspende la tramitación del expediente desde el día referido hasta que se recepcione el Dictamen del Consejo Jurídico, notificando dicho acuerdo a las partes interesadas.

**DECIMOCTAVO.-** Personado el contratista en el Consejo Jurídico para tomar vista del expediente, y otorgado un trámite de audiencia por la Presidencia del mismo, el 1 de febrero de 2011, x, en su representación, formula alegaciones en las que expone básicamente:

1. En la situación de suspensión en la que se encuentra el contrato, a petición de la contratista por la demora en el pago de las certificaciones, según reconoce el propio Ayuntamiento en el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de octubre de 2010, no puede imputarse incumplimiento alguno a la contratista, ni tampoco iniciarse expediente de resolución contractual por incumplimiento culpable de ésta, siendo tal decisión del Ayuntamiento arbitraria e injusta.

2. No obstante, la contratista, obrando de buena fe, ha realizado todas y cada unas de las actuaciones necesarias de policía y seguridad de las obras para evitar riesgos a las personas, máxime cuando el Ayuntamiento no levantó la preceptiva acta de suspensión de las obras.

3. Todo lo anterior debe conducir a que este Consejo Jurídico emita un dictamen desfavorable, porque dicha situación de suspensión implica la imposibilidad de resolver el contrato por su culpa hasta tanto se le abonen las certificaciones de obra adeudadas.

4. Además, las alegaciones de la contratista sobre la falta de riesgo de desbordamiento del cauce han sido puestas de manifiesto en los informes técnicos aportados al Ayuntamiento de Totana, a los que se remiten íntegramente. No obstante, señala que el 7 de diciembre de 2010 y el 10 de enero de 2011 se presentaron sendos informes por su mandante que han sido completamente obviados por el Ayuntamiento, que ni tan siquiera los ha remitido a este Órgano Consultivo. Adjunta copia de tales informes elaborados por el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos x.

5. Se destacan los siguientes incumplimientos imputables al director de la obra: a) infracción del artículo 141 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), ya que deja transcurrir

119 días sin proponer la redacción de un proyecto modificado ante la existencia de una línea de media tensión; b) falta de diligencia del libro de órdenes; y c) infracción de los artículos 203 LCSP y 103 RCAP, al no levantar acta de suspensión de la obra, ni valorar la obra ejecutada hasta el momento de la suspensión.

6. Como consecuencia de la desestimación de las alegaciones refiere que presentaron un nuevo escrito el 10 de enero de 2011, cuya copia acompañan al no constar tampoco remitida por el Ayuntamiento a este Consejo Jurídico. También hace referencia al segundo informe pericial del técnico x, ya citado, fechado el 28 de diciembre de 2010, en el que se deja constancia de las contradicciones en las que incurre el director de la obra en su último informe, considerando que si existe un grave riesgo para la seguridad de los ciudadanos debería darse inmediata orden a la contratista y no limitarse a realizar un informe para la adopción del acuerdo municipal, sin dar orden alguna a la contratista. Añade que los errores del director de la obra llegan hasta tal extremo, que insta a rellenar el socavón de la cimentación acaecida recientemente en un tramo de obra no comprendido en la obra contratada.

7. Se infringe por el Ayuntamiento lo dispuesto en el artículo 208 LCSP, respecto a la indebida incautación de la fianza.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

En presencia de un procedimiento de resolución de un contrato de obras al que se opone la contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 195.3 LCSP, por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

#### **SEGUNDA.- Normativa de aplicación y cuestiones procedimentales.**

1. Dentro de las prerrogativas que ostenta el órgano contratante (Junta de Gobierno Local) se encuentra la de acordar su resolución y determinar los efectos de ésta (artículo 194 LCSP), siendo la normativa de aplicación la citada Ley, así como el RCAP en lo que no se oponga, conforme a lo previsto en el PCAP, en aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria

primera de la LCSP, al haberse iniciado el expediente de contratación con posterioridad a su entrada en vigor.

2. A la vista de las actuaciones practicadas, puede decirse que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido para esta clase de procedimientos, pudiendo entrarse en el fondo de las cuestiones objeto del mismo, si bien caben realizar las siguientes observaciones:

a) No se considera válida la forma de practicar el trámite de audiencia a la avalista, exigido por el artículo 109 RCAP, puesto que indebidamente se le conmina, tras la iniciación del procedimiento de resolución contractual, a hacer efectivo el importe de la garantía, sin que previamente se le haya advertido de la posibilidad de realizar alegaciones sobre el procedimiento de resolución contractual. Además de ser improcedente la incautación de la garantía con la iniciación del procedimiento, como ha reconocido el mismo órgano de contratación en el acuerdo de 16 de diciembre de 2010.

b) De conformidad con el artículo 46.2 del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, la consulta se acompañará de:

- El extracto de secretaría, que no consta en el expediente remitido.

- Copia compulsada del expediente administrativo completo debidamente foliado; extremo este último que no se ha cumplido.

- Los antecedentes de todo orden que puedan influir en el Dictamen.

Examinado el expediente remitido, se advierte la ausencia de determinada documentación, como el acta de comprobación de replanteo, el escrito de la contratista comunicando la suspensión del cumplimiento del contrato o los informes técnicos posteriores aportados por ésta al Ayuntamiento, a los que hace referencia aquélla en el escrito de alegaciones presentado ante este Consejo Jurídico.

3. En lo que se refiere al plazo para adoptar la resolución del contrato, conforme a nuestra doctrina contenida, entre otros, en el Dictamen 90/2009, en relación con la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio, el órgano de contratación dispone de tres meses para adoptar y notificar la resolución (artículos 44.2 y 42.3 LPAC), salvo que se acuerde la suspensión del plazo el tiempo que media entre la petición y la recepción de nuestro Dictamen

(artículo 42.5,c LPAC). Este efecto suspensivo ha sido adoptado mediante el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 30 de diciembre de 2010, siendo notificado a las partes interesadas, según expresa aquél.

Conforme a lo señalado, si la iniciación del procedimiento de resolución contractual tuvo lugar el 7 de octubre de 2010 y la suspensión del plazo ha sido adoptada por el órgano de contratación con efectos del 30 de diciembre siguiente, según la certificación expedida por la Secretaria General municipal, no constando que se haya opuesto la contratista, una vez registrado de entrada nuestro Dictamen en el Ayuntamiento consultante, se reanudará dicho plazo máximo, disponiendo el órgano de contratación de los días que restan desde el 30 de diciembre al 7 de enero, fecha en la que hubieran cumplido los tres meses.

**TERCERA.- Sobre las vicisitudes acaecidas durante la ejecución del contrato.**

Antes de analizar si concurre la causa de resolución contractual invocada por el órgano proponente, es preciso destacar las siguientes actuaciones que han condicionado la ejecución del presente contrato:

1. Cuando se suscribió el acta de comprobación del replanteo el 11 de febrero de 2010, tanto por la contratista como por el director de las obras se condicionó la terminación de éstas (prevista en 2,25 meses) al desvío de la línea de media tensión por parte de --. Se da la circunstancia de que dicha línea (canalizada a través de una tubería de diámetro de 350 mm en el borde exterior del puente) fue colocada por dicha empresa con posterioridad a la elaboración y visado del proyecto de ampliación del puente (de 23 de julio de 2009), por lo que no se consideró como servicio afectado, haciéndose constar en el anexo del acta de comprobación del replanteo que *“después de mantener una reunión entre la dirección facultativa de la obra y los técnicos de --, se da un plazo aproximado de un mes y medio para el desvío de la línea de media tensión”*. Desde luego, la colocación posterior al visado del proyecto de dicha línea en el puente denotaría, como mínimo, falta de coordinación entre los servicios municipales ante el previsible comienzo de las obras de ampliación del puente (la aprobación del PCAP data de 30 de julio de 2009).

2. Ciertamente las obras se iniciaron porque así lo recogía el acta de comprobación del replanteo, sin perjuicio del condicionado expresado anteriormente, aprobándose por el órgano de contratación la primera certificación el 18 de marzo de 2010 (un mes y 7 días después del acta de replanteo).

3. A la vista de que el plazo de ejecución convenido se terminaba y que no se había procedido al desvío de la línea de media tensión, la Junta de Gobierno Local, en su acuerdo de 22 de abril de 2010, a petición de la contratista (no se ha remitido dicho escrito, si bien se hace constar en el referido acuerdo), y previo informe del director de las obras, amplía el plazo de ejecución un mes, hasta el 19 de mayo de 2010. En el informe de la dirección facultativa referido, que se transcribe también en el acuerdo, se destaca, por un lado, el perjuicio que ha podido ocasionar a la ejecución del contrato la existencia de la línea de media tensión, así como que el Ayuntamiento ha elegido a una empresa de las proporcionadas por --, para que ejecute las obras de desvío poniendo tal decisión en conocimiento de la contratista. Ese mismo día, el órgano de contratación aprueba la segunda certificación de las obras por un montante de 146.656,27 euros.

Frente al referido acuerdo de la Junta de Gobierno Local sobre la ampliación del plazo, la contratista presenta escrito de 6 de mayo de 2010, oponiéndose a dicha ampliación, debido a que la terminación del contrato está condicionada por los trabajos que ha de realizar la empresa seleccionada por el Ayuntamiento para el desvío de la línea de media tensión. De otra parte, manifiestan, para el caso de que tengan que realizar nuevas unidades de obra por dicho desvío, que al no estar contempladas en el proyecto aprobado debería autorizarse un modificado del mismo, acordándose la suspensión temporal de las obras hasta que se apruebe dicho modificado, otorgándose a partir de este momento 45 días para la terminación de los trabajos a contar desde la nueva acta de replanteo.

4. Fuera ya del plazo ampliado para la ejecución de las obras, que terminaba el 19 de mayo de 2010, la Junta de Gobierno Local, en su sesión de 3 de junio siguiente, adopta la suspensión temporal y total de los trabajos hasta que dicha línea quede desviada, previo informe de la dirección facultativa de 24 de mayo anterior, en el que además de poner de manifiesto ciertas deficiencias en las vigas de atado en las ampliaciones oeste y este del puente, indicadas al jefe de obra de la contratista según refiere, considera oportuno la suspensión de las obras por el perjuicio que se ocasiona a los trabajos de la ampliación oeste del puente. Por acuerdo posterior de 10 de junio, se autoriza al director de las obras a llevar a cabo una modificación del proyecto con el objeto de incluir el desvío de la línea de media tensión, cuya valoración se concreta en 10.500 euros, así como ampliar el plazo de ejecución de las obras un mes a contar desde la aprobación de la modificación del proyecto. El contratista presenta nuevo escrito el 17 de junio referido al anterior acuerdo, en el que solicita que se le amplíe el plazo de alegaciones hasta conocer el contenido del modificado, oponiéndose cautelarmente al plazo de ampliación hasta entonces.

Conviene advertir que no consta en el expediente que se formalizara acta de la suspensión acordada por el órgano de contratación el 3 de junio de 2010, en los términos previstos en el

artículo 203.1 LCSP, consignando las circunstancias que la han motivado (aunque éstas se derivan del acuerdo) pero, sobre todo, la situación de hecho en la ejecución de las obras.

Antes de la adopción de la suspensión de los trabajos, el 13 de mayo de 2010 se aprueba la certificación núm. 3 de la obra, reconociendo el órgano de contratación la obligación de pago de 78.096,13 euros, si bien la contratista solicita en un escrito el 21 de mayo que se le certifique también la cantidad de 11.862,16 euros, correspondiente a los m3 de cimbra de la ampliación este ya ejecutada, ante la negativa del director de las obras.

5. El contrato permanece suspendido por decisión del órgano de contratación desde el 3 de junio hasta el 23 de septiembre de 2010, fecha en la que se acuerda aprobar el proyecto modificado con un presupuesto de ejecución total de 503.995,70 euros, dando audiencia a la contratista por un plazo de 3 días (artículo 217 LCSP), así como levantar la suspensión temporal de la ejecución del contrato. Además, en el precitado acuerdo se requiere a la empresa adjudicataria para que adopte de forma inmediata una serie de medidas correctoras en relación con la seguridad ciudadana en caso de avenidas extraordinarias, remitiéndose a lo señalado por el informe de la dirección facultativa de 20 septiembre.

Conviene recordar en este punto que en el acuerdo del órgano de contratación, de 10 de junio de 2010, se había ampliado el plazo de ejecución de las obras (un mes), que terminaría el 23 de octubre siguiente, haciendo abstracción de lo que seguidamente se expone.

6. Sin embargo, según refiere la contratista, el 14 de julio de 2010 presentó un escrito comunicando la suspensión del cumplimiento del contrato, al amparo de lo dispuesto en el artículo 200.5 LCSP: *“si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión”*.

Pese a que ni el Ayuntamiento consultante, ni la contratista, han remitido copia de la citada comunicación, dicha suspensión ha sido reconocida en el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de octubre de 2010, en el que se expresa:

*“las obras están suspendidas en su ejecución porque la Administración se ha demorado en el pago de las certificaciones de la obra, en un plazo superior a 4 meses, por lo que el contratista, en base a lo establecido en el artículo 200.5 de la Ley 30/2007, comunicó la suspensión de la ejecución del contrato”*.

7. Frente al acuerdo de 23 de septiembre, la contratista presenta escrito el 1 de octubre de 2010 (registrado de entrada en el Ayuntamiento el 5 siguiente), en el que expresa que no está de acuerdo con los precios nuevos introducidos en el proyecto modificado, así como en la supresión de la unidad 681.001 (m<sup>3</sup> de cimbra), sin la cual no es posible continuar con la ejecución de la ampliación oeste, ya que es imprescindible para poder ejecutar la losa de hormigón pendiente. En relación con las medidas correctoras impuestas por el riesgo de avenidas, señala que lo más fácil sería que abonaran las certificaciones por un importe de 290.015,91 euros, para proceder al levantamiento de la suspensión y poder continuar con las obras previstas en el proyecto, lo que evitaría cualquier riesgo. No obstante, manifiesta que como prueba de buena fe se van a retirar los acopios depositados en el cauce y a la protección de la ampliación este de forma provisional. Finalmente, concluye que corresponde al Ayuntamiento solucionar el problema mediante el pago de las certificaciones debidas, para así poder continuar con la ejecución de las obras del proyecto contratado.

8. El 7 de octubre de 2010 emite un informe el director de las obras dirigido a la Secretaria de la Corporación Municipal, en el que expone, en relación con el anterior escrito de la contratista, que no se acepta la propuesta en relación con los precios de las unidades de obra, y que el modificado incluye todas las unidades de obras necesarias para continuar con la ejecución de las obras, así como que dada la situación actual existente en las obras siguen sin reunir las condiciones mínimas de seguridad para garantizar la seguridad frente a avenidas de periodo de retorno de 500 años.

9. El mismo día 7 de octubre de 2010, la Junta de Gobierno Local adopta el acuerdo de iniciar la resolución del contrato por incumplimiento de la contratista de sus obligaciones esenciales de adoptar las medidas de seguridad determinadas en el informe del director de la obra del mismo día, así como aceptar la disconformidad manifestada por el contratista en relación con los precios fijados para llevar a cabo la modificación del proyecto, debiendo el órgano de contratación determinar si contrata las obras con otro empresario en los mismos precios o las ejecuta directamente. Posteriormente, conforme a lo relatado en el Antecedente Decimocuarto, se presenta el escrito de oposición de la contratista, ratificándose la propuesta elevada de 16 de diciembre en la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones esenciales contractuales de la contratista.

De las actuaciones descritas, este Órgano Consultivo destaca los siguientes extremos que se relacionan con el objeto de la consulta:

a) La terminación de las obras de ampliación del puente quedó condicionada al desvío de la línea de media tensión, conforme se reflejó en el acta de comprobación de replanteo (anexo), ampliándose el plazo de ejecución del contrato por el órgano competente de forma insuficiente, sin tener en cuenta que la actuación de la contratista quedaba supeditada a la de otra empresa que se iba a contratar para tal cometido; de otra parte, cuando se decide tardíamente que la contratista realice la obra del desvío, lo que supone la realización del modificado por incluir nuevas unidades de obra, ya había finalizado el plazo de ejecución (el 19 de mayo de 2010). En ningún caso, el incumplimiento del plazo referido puede ser atribuible a la contratista, con independencia de determinadas deficiencias advertidas en el informe de 24 de mayo por el director de la obra en la ejecución del atado de las vigas, y que no son las que motivan el presente procedimiento de resolución contractual.

b) La suspensión temporal y total de las obras acordada por el órgano de contratación se extiende desde el 3 de junio hasta el 27 de septiembre de 2010. Sin embargo, cuando se levanta la suspensión en esta última fecha por la Junta de Gobierno Local, se advierte en la forma de realizarla cierta confusión, en tanto se alude, de una parte, al levantamiento temporal y parcial de las obras, y, de otra, a su conformidad con el acuerdo de 3 de junio anterior, que en realidad ordenaba la paralización total de las mismas. De otra parte, no se tiene en cuenta en ese momento la suspensión del cumplimiento del contrato comunicada por la contratista por la demora en el pago de las certificaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 200.5 LCSP.

c) Haciendo abstracción de esta última comunicación, si el órgano de contratación acordó en la sesión de 10 de junio de 2010 la ampliación del plazo de un mes desde la aprobación del modificado (27 de septiembre) para la terminación de las obras, se constata que cuando se inicia el procedimiento de resolución contractual (el 7 de octubre) no había finalizado aún ese plazo.

d) Cuando se inicia el procedimiento de resolución contractual el 7 de octubre de 2010 por incumplimiento de las obligaciones de la contratista, se constata el incumplimiento previo del pago de tres certificaciones aprobadas por el órgano de contratación.

**CUARTA.- Sobre la suspensión del contrato por demora en el pago a la contratista.**

El PCAP establece (cláusula 5) el pago del precio mediante abonos a cuenta: *“el pago del precio del contrato se efectuará contra certificaciones mensuales de las obras ejecutadas en dicho periodo, expedidas por la dirección facultativa, que cuenten con la conformidad del contratista y hayan sido aprobadas por la Junta de Gobierno Local”*, conforme a la posibilidad prevista en los artículos 200.2 y 215 LCSP.

En el caso de que la demora en el pago fuese superior a cuatro meses desde la fecha de expedición de las certificaciones (artículo 200.5 LCSP), el contratista podrá proceder a la suspensión del cumplimiento del contrato, derecho que ha sido ejercitado en el presente caso, según hace referencia el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de octubre de 2010 (aunque este Consejo hace la salvedad de que no consta en el expediente el escrito de comunicación de la contratista), siendo el único requisito previsto en la LCSP el de comunicar tal decisión a la Administración con un mes de antelación, sin que sea necesario para que se entienda producida su expreso reconocimiento por el órgano de contratación, como se infiere del artículo 203.1 de la citada Ley: *“Si la Administración acordarse la suspensión del contrato o aquella tuviera lugar por aplicación de lo dispuesto en el artículo 200 (...)”*. En el caso de que la Administración se demore más de ocho meses, el contratista tendrá derecho a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se originen (artículo 200.6 LCSP).

Sin embargo, frente a la prerrogativa de la contratista cabe anteponer las siguientes circunstancias en el presente caso:

1ª) Que el contrato se encontraba ya suspendido por decisión municipal para la redacción y aprobación del modificado, a instancia de la contratista, luego esta comunicación posterior por demora en el pago sólo puede producir efectos propiamente suspensivos a partir de la aprobación del modificado (27 de septiembre de 2010), cuando el órgano de contratación levanta expresamente la suspensión acordada el 3 de junio anterior al haberse aprobado el modificado (aunque lo haga de una forma confusa como se ha explicado anteriormente), si bien no tiene en cuenta la comunicación suspensiva previa realizada por la contratista, que condicionaba el levantamiento de la suspensión al abono de las certificaciones de obra aprobadas.

2ª) Pese a lo afirmado por la contratista, la paralización en la ejecución del contrato con motivo del impago por la Administración de las certificaciones o facturas no impide que ésta, a pesar de encontrarse en una situación de incumplimiento (demora en el pago del precio), pueda incoar un expediente de resolución de contrato por culpa de la contratista cuando haya incurrido a su vez en causa de resolución (Dictamen 151/2010 de este Consejo Jurídico).

Por último, no consta en el expediente remitido que se formalizaran las actas requeridas por el artículo 203.1 LCSP, cuando se acuerda la suspensión por la Administración o tiene lugar por aplicación de lo dispuesto en el artículo 200 LCSP ya comentado, teniendo razón la contratista cuando afirma que en tales actas debían de haberse consignado las medidas cautelares que debían adoptarse con las obras hasta tanto se continuara con las mismas. No obstante, ello no

impide que puedan adoptarse posteriormente, a la vista del tiempo transcurrido y de las incidencias surgidas, teniendo en cuenta que la contratista ha de atenerse a las instrucciones escritas del director de la obra, conforme a lo establecido en la cláusula 7,1ª PCAP.

**QUINTA.- Sobre el incumplimiento contractual alegado por la Administración.**

Conforme al acuerdo de iniciación del procedimiento de resolución contractual de 7 de octubre de 2010, la causa alegada para la resolución contractual por el órgano de contratación es *“el incumplimiento de la contratista de sus obligaciones contractuales esenciales de adoptar medidas de seguridad, determinadas en el informe del director de la obra de 7 de octubre de 2010”*. Dicha causa de resolución su subsume, en opinión del órgano de contratación, en el apartado 206,g) LCSP: *“el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”*.

En tal sentido, la cláusula 4 PCAP establece que el contratista deberá adaptar las medidas de seguridad, señalización y protección de las obras, tanto para los que intervienen en ellas, como para la seguridad del público en general.

Frente a la propuesta de resolución elevada, la contratista sostiene básicamente (Antecedentes Decimocuarto y Decimooctavo) que en la ejecución de las obras se ha cumplido el Plan de Seguridad y Salud, lo que se acredita con el hecho de que no se haya plasmado ningún incumplimiento en el libro de incidencias de la obra, y se deriva de los informes periciales aportados, sosteniendo, en realidad, que la causa invocada por el órgano de contratación es meramente instrumental y a otros fines, siendo el riesgo de daños por avenidas una mera excusa, además de incierto y falso. Asimismo, cuestionan que exista falta de seguridad frente a las avenidas con periodo de retorno de 500 años, destacando determinadas contradicciones de los informes del director de la obra.

Planteadas así las posturas, ha de determinarse si concurre la causa invocada:

1. Sobre las actuaciones contradictorias municipales previas a la resolución del contrato.

No puede afirmarse que las actuaciones municipales que preceden a la iniciación del procedimiento guarden proporcionalidad con la propuesta de resolución contractual elevada, si se tiene en cuenta:

a) Si atendemos al contenido del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 23 de septiembre de 2010, en los aspectos atinentes al levantamiento de la suspensión de la ejecución del contrato y de la aprobación del modificado, haciendo abstracción de la suspensión anterior comunicada por la contratista, ésta dispondría de un mes más contado a partir de tal fecha para la ejecución del contrato (hasta el 23 de octubre), conforme al acuerdo del mismo órgano de 10 de junio anterior, por lo que la iniciación del procedimiento de resolución contractual el 7 de octubre de 2010 se habría producido antes de la citada fecha para el cumplimiento del plazo fijado. Tampoco ha de obviarse que en el citado acuerdo de 23 de septiembre se omite cualquier referencia al pago de las certificaciones pendientes por el Ayuntamiento, lo que condiciona el levantamiento de la suspensión instada por la contratista y, por tanto, la terminación de las obras. Y, como afirma el Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 2348/1996: *“Es principio general y tradicional de nuestra contratación administrativa, elevado a rango legal con la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (...) que la financiación de los contratos por la Administración se ajustará al ritmo requerido en la ejecución de la prestación, debiendo adoptarse a este fin por el órgano de contratación las medidas que sean necesarias al tiempo de la programación de las anualidades y durante el período de ejecución. En consecuencia, la Administración debió acordar la continuación de la suspensión por carecer de cobertura presupuestaria los trabajos a hacer”*.

b) Sobre la adopción de las medidas correctoras a las obras impuestas a la contratista, frente al riesgo de avenidas a indicación del director de la obra (informe de 20 de septiembre de 2010), el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 23 de septiembre siguiente, que ordena por primera vez su ejecución de forma inmediata (no consta que en los meses anteriores, cuando se encontraban suspendidas las obras por decisión municipal, se ordenara por la dirección facultativa medidas con una finalidad similar), fue notificado a la contratista el 30 de septiembre, presentando alegaciones (registro de entrada ante el Ayuntamiento el 5 de octubre), en las que manifiesta en relación con tales medidas correctoras vinculadas a la paralización de las obras que, por un lado, sería más fácil que se abonaran las certificaciones para poder terminar las obras y, por otro, que se procedería en los próximos días a retirar los acopios depositados en el cauce y a la protección de la ampliación este de forma provisional.

c) Por tanto, sólo dos días después del registro de entrada de tal escrito en el que la contratista expresa que en los próximos días iría adoptando las medidas correctoras (no se había otorgado un plazo para su ejecución aunque se exprese “de forma inminente”), el órgano de contratación, en su sesión de 7 de octubre de 2010, sobre la base de un informe del mismo día del técnico director de las obras, inicia el procedimiento de resolución contractual por el incumplimiento de tales medidas correctoras en relación con la paralización de las obras, además de indicar que se aceptaba la oposición de la contratista a los precios de las unidades nuevas de obras fijados para

llevar a cabo a cabo la modificación del proyecto, por lo que el órgano de contratación debía determinar si los ejecuta el Ayuntamiento directamente o los contrata con otra empresa. Con esta última decisión, de nuevo se condiciona la terminación de las obras por la contratista, teniendo en cuenta que el modificado aprobado tiene como finalidad el desvío de la línea de media tensión.

d) No consta que *a posteriori* se le haya requerido por el órgano municipal competente el cumplimiento de aquellas otras medidas correctoras que restan (se han adoptado algunas según reconoce el director de las obras), expresadas en su informe de 4 de noviembre de 2010 o, en su defecto, su ejecución subsidiaria por la Administración.

## 2) Sobre el carácter o no de obligación esencial del incumplimiento alegado.

En relación con el incumplimiento de una obligación esencial, tanto el Consejo de Estado, como la jurisprudencia contencioso administrativa, inspirada en la doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (artículo 1124 del Código Civil), han interpretado que resulta aplicable a los supuestos de infracciones significativas y relevantes, a los incumplimientos contractuales que frustren el fin de un contrato, es decir, a las obligaciones principales y no a las accesorias y complementarias, puesto que en el ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, a aquellas que impiden alcanzar el fin de lo pactado. También este Consejo Jurídico ha señalado a este respecto (por todos, Dictamen 74/10): *“la determinación de qué haya de entenderse por obligaciones esenciales en este tipo de contratos nos obliga a acudir a la doctrina general de la contratación administrativa, emanada de la exégesis del artículo 111, letra g) TRLCAP, que también utiliza el indicado concepto jurídico indeterminado de “obligaciones contractuales esenciales” para comenzar señalando que no todo incumplimiento de los deberes del contratista puede amparar la resolución del vínculo contractual, sino sólo las infracciones más significativas y relevantes, aquéllas que son capaces de frustrar el fin del contrato (STS, 3ª, de 21 de junio de 2004).*

También conviene resaltar de dicha doctrina (por todos Dictamen núm. 151/2010 de este Consejo Jurídico), que si bien el incumplimiento de la Administración de sus obligaciones de pago no legitima a la contratista para incumplir las suyas, tampoco es admisible que cualquier incumplimiento de ésta pueda ser considerado suficiente para que la Administración resuelva, por tal causa, el vínculo contractual de que se trate; habrá de estarse a las circunstancias del caso concreto para ponderar el carácter principal o accesorio de las obligaciones incumplidas por el contratista y el alcance obstativo o no de tales incumplimientos en relación con el objeto y fines del contrato. Y todo ello con respeto al principio de buena fe contractual y la necesidad de que el

ejercicio de la potestad resolutoria guarde la debida proporcionalidad entre la tutela del interés público y los derechos de los particulares. En este sentido el Consejo de Estado ha señalado: *"En último término, la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo a los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aun mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida"* (Dictamen 41.941, de 1 de marzo de 1979).

Partiendo de la doctrina anteriormente referida, resulta que las medidas correctoras contenidas en el informe del director de las obras de 20 de septiembre de 2010, notificadas a la contratista el 30 siguiente (fecha en la que se le traslada el acuerdo del órgano de contratación de 23 anterior), sin cuestionar su adecuación técnica, pues no le corresponde a este Órgano Consultivo dicha valoración, se adoptaron en razón de la paralización de las obras contratadas (suspensión imputable a la Administración por la demora en el pago de las certificaciones debidas a la contratista), ante el riesgo de posibles avenidas, como se reconoce expresamente por la dirección facultativa y se desprende de su finalidad: retirada de los acopios de material excavado en la rambla, utilización de dicho material para formar los taludes a ambos márgenes, relleno de las correas con tierra o con hormigón, y protección de la ampliación este, puesto que la zona de salida se encuentra en riesgo de producir descalces ante posibles avenidas, por un talud de escollera (como venía en el proyecto) o, en su defecto, protegerla provisionalmente con otro elemento.

Por lo tanto, tales medidas correctoras aplicadas en razón de la suspensión de las obras y del riesgo de máximas avenidas (por cierto, si la dirección facultativa refiere que los meses de septiembre y octubre son los de mayores riesgos no se entiende la tardanza en adoptarlas y notificarlas a la contratista hasta final del mes de septiembre), no están relacionadas con la ejecución de las obras en sí mismas como objeto del contrato, cuyo Plan de Seguridad y Salud aprobado por la Administración contratante no consta en el expediente que haya sido incumplido, ni a él se refiere el director de las obras cuando informa de la procedencia de adoptar tales medidas, ni consta que el técnico designado por el Ayuntamiento como coordinador de seguridad haya reflejado en el libro de incidencias incumplimientos previos de la contratista (se aporta por ésta copia de las diferentes visitas realizadas). A mayor abundamiento, si hubieran hecho referencia tales incumplimientos al aprobado Plan de Seguridad y Salud de las obras parece necesario que se hubiera recabado por el órgano de contratación el informe del citado coordinador de seguridad durante la ejecución de las mismas, a la vista de las funciones asignadas por el RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

Pero, aunque tales medidas no afecten al Plan de Seguridad y Salud aprobado (que puede ser modificado en función del proceso de ejecución de la obra, según el artículo 7.4 del RD 1627/1997) no enerva dicha circunstancia el deber de su cumplimiento por la contratista si es requerido para ello, ya no sólo por la responsabilidad reconocida en la cláusula séptima del contrato sobre los daños a terceros (la realización de la obra se realizará a riesgo y ventura de la contratista), sino porque el fundamento de tal requerimiento estriba en el riesgo de máximas avenidas y en evitación de tales daños a terceros (riesgo de descalzamiento de los laterales), en ejercicio no ya de una prerrogativa contractual de la Administración, sino incluso de medidas de policía administrativa.

De todo lo anterior se infiere:

a) Que las medidas correctoras cuyo incumplimiento ampara el inicio del procedimiento de resolución contractual, no hacen referencia a las medidas de seguridad previstas en la cláusula 4 del PCA respecto a la ejecución de las obras objeto del contrato (señalización, seguridad y protección para los trabajadores y para el público en general), sino a las específicas que deben ser adoptadas en razón del lugar (cauce público) y ante el riesgo de máximas avenidas, debido a la paralización de las obras por causas no imputables a la contratista, sino a la Administración al demorarse en su obligación de pago de las certificaciones.

Ello no significa que tales medidas correctoras no deban ser adoptadas por la contratista, como se ha indicado anteriormente, ordenándose su ejecución, además, en ejercicio de las competencias sectoriales en materia de protección civil, prevención y seguridad pública, a la vista de los riesgos advertidos por el director de las obras (artículos 21,1, m) y 25.2, c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local), sin que sea objeto de este expediente entrar a considerar la proporcionalidad y justificación técnica de aquéllas, que son discutidas por los informes técnicos aportados por la contratista. Incluso, en el supuesto de que aún no se hayan ejecutado en su totalidad (según el informe del director de las obras de 4 de noviembre de 2010, se habían retirado los acopios de material excavado en la rambla y rellenado las correas con tierra, si bien quedaba por cumplir alguna condición), el órgano municipal competente tendría que requerir a la contratista para su ejecución de considerarlo imprescindible y urgente, siempre y cuando ninguna de tales medidas correctoras ordenadas de forma cautelar para evitar riesgos por máximas avenidas puedan encubrir una ejecución soterrada de parte del proyecto pendiente de terminar, según sostiene la contratista, pues para ello bastaría con que el Ayuntamiento hiciera frente al pago de las certificaciones de obras pendientes de abonar.

b) Por lo tanto, este Órgano Consultivo considera que los incumplimientos de las medidas correctoras a los que hace referencia la causa de resolución alegada no pueden ser considerados como incumplimientos de las obligaciones esenciales del contratista (distinto sería si se tratase de la normativa de seguridad y salud aprobada para la ejecución de las obras, a la que se refiere el Dictamen 119/2004 del Consejo de Estado), sino de las accesorias y complementarias, pues no impiden alcanzar el fin del contrato, la ejecución de las obras de ampliación del puente, que quedaron suspendidas por causas imputables a la Administración contratante, teniendo en cuenta, además, las circunstancias concurrentes analizadas anteriormente (apartado 1). Tampoco cabría sustentar como un incumplimiento de la obligación esencial el no atender a la totalidad de las órdenes dadas por el director de las obras, si resulta que a la contratista se le notifica el contenido de tales medidas el 30 de septiembre, registrándose las correspondientes alegaciones el 5 de octubre, y dos días después (el 7 de octubre) se incoa la resolución contractual por su incumplimiento, sin otorgarle previamente un plazo expreso para su ejecución. Por lo demás, el mismo técnico ha reconocido en el mes de noviembre que parcialmente se han adoptado las medidas correctoras, sin que conste que se haya requerido expresamente a la contratista con posterioridad para aquellas otras pendientes de ejecutar según la dirección facultativa.

En suma, se puede afirmar que no queda justificado en el presente expediente que concurra, en el momento de la iniciación del procedimiento de resolución contractual, la causa expresada por el órgano proponente de “incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”, atribuible a la contratista, con la propuesta de incautación de la fianza constituida.

Fuera de las razones indicadas, no se justifica por el director de la obra que concurran otros incumplimientos de obligaciones esenciales de la contratista para que puedan ser considerados como causa de resolución contractual, tales como la ejecución gravemente deficiente de las obras, la suspensión de la actividad sin causa que lo justifique, su abandono, etc.

#### **SEXTA.- Consideración final.**

Ahora bien, lo anteriormente expresado sobre que no es posible hacerlo por la causa de resolución pretendida, no excluye que a la fecha de emisión del presente Dictamen puedan concurrir otras causas por las que se pueda promover la resolución del contrato sobre el que versa el presente procedimiento, a instancia de la Administración o de la propia contratista, conforme a lo previsto en los artículos 206 y 220 LCSP, si bien, a la vista de las vicisitudes acaecidas y en razón al interés público que rige la contratación administrativa, que se materializa en el presente caso en la terminación de la ampliación del puente objeto del mismo, el órgano de contratación habrá de

sopesar las actuaciones que proceden alcanzado este grado de ejecución, y si resulta más conveniente al interés público la resolución contractual con la consiguiente liquidación y determinación de los daños y perjuicios, o la continuación de las obras con el cumplimiento de las obligaciones recíprocas por ambas partes.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución objeto de este Dictamen, al no quedar acreditado que concurra la causa de resolución invocada, por las razones expresadas en las Consideración Quinta de este Dictamen, sin perjuicio de las observaciones realizadas sobre el plazo de resolución (Consideración Segunda) y respecto a otras alternativas existentes (Consideración final).

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 50-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 09/03/2011

**Extracto doctrina**

La prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación, salvo que manifiestamente aparezca como no idónea o improcedente en cuanto al objetivo de lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 14 de enero de 2008, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración regional, al sufrir un accidente de tráfico el 3 de noviembre de 2004 en la carretera de La Ñora (municipio de Murcia), cuando transitaba con su motocicleta debido al mal estado de la vía. Al ser menor de edad, su padre x, posteriormente fallecido, presentó con anterioridad idéntica reclamación ante el Ayuntamiento de Murcia, en la creencia de que dicha Corporación Municipal era la responsable del mantenimiento de la carretera, si bien también se dirigía frente a la empresa municipal de Aguas y --, (x. en lo sucesivo) y contra cualesquiera otras personas físicas o jurídicas responsables.

Expone que en el procedimiento seguido por el Ayuntamiento de Murcia se emplazó a la Consejería consultante para que ejercitara su competencia o expusiera los alegatos que estimara pertinentes, mediante oficio de 13 de abril de 2005, dado que el vial B-1 por el que circulaba el reclamante pertenece a la Comunidad Autónoma, y que el 12 de abril de 2006, el Ayuntamiento dictó resolución en la que, sin entrar en el fondo del asunto, desestimó la existencia de responsabilidad patrimonial de dicha Corporación Municipal, siendo notificada a la Comunidad Autónoma.

Contra dicha resolución municipal se interpuso recurso contencioso administrativo frente a la Consejería competente en materia de carreteras, dictando el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 5 de Murcia un Auto de 5 de febrero de 2007, inadmitiendo el recurso contencioso administrativo interpuesto por la parte reclamante, confirmado posteriormente por la

Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, por no existir administrativamente acto administrativo impugnado.

Ante los resultados negativos de las anteriores actuaciones, el reclamante señala que se ve obligado a iniciar de nuevo la vía administrativa, esta vez ante el órgano competente de la Administración regional.

Respecto a los daños sufridos por aquel accidente, el reclamante señala que sufrió lesiones que tardaron en curar 58 días de baja impeditiva, quedando como secuelas varias cicatrices de valoración ligera en brazo y pierna izquierdos, además de los daños materiales sufridos por la motocicleta (en total 12.783,49 euros, según la reclamación presentada ante el Ayuntamiento).

Acompaña la documentación que obra en los folios 2 a 8 del expediente, solicitando de la Administración regional que recabe el testimonio de las actuaciones seguidas por el Ayuntamiento.

Por último, designa a la letrada x. a efectos de notificaciones.

**SEGUNDO.-** Constan en el expediente las actuaciones que integran el procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Ayuntamiento de Murcia (folios 12 a 71), destacando las siguientes:

1. Por escrito de 14 de febrero de 2005 (registrado el 21 siguiente), x, padre del reclamante (se advierten errores materiales en los datos personales de las personas que figuran en el encabezamiento), se dirige en su representación al Ayuntamiento de Murcia para formular reclamación frente a dicha Corporación y su aseguradora, la empresa municipal responsable de la tapa de alcantarillado y cualquier otra persona jurídica que tuviera responsabilidades por los siguientes hechos:

*“Que el pasado 3 de noviembre de 2004, sobre las 15,15 horas, mi mandante sufrió un aparatoso accidente de moto en la carretera de La Ñora. Que el accidente no fue debido a temeridad o imprudencia del conductor, sino a la existencia de un socavón en una tapa de alcantarillado de la empresa Aguas de Murcia, causa determinante de la pérdida de control del ciclomotor, lo que motivó la caída y el arrastre en el suelo, produciéndose daños materiales y físicos. El firme de la vía presenta irregularidades evidentes en forma de baches y socavones, sin señalización en cuanto al peligro y riesgo que supone para los conductores”.*

Acompaña una serie de documentos acreditativos de los hechos, entre ellos el atestado de la Policía Local de Murcia y una fotografía del arreglo posterior del socavón, tras dar parte a la Policía Local (folios 56 y 57) y a EMUASA. Por último, solicita la cantidad total de 12.783,49 euros por los daños personales y materiales.

2. El agente de la Policía Local que se personó en el lugar tras el accidente emite informe de 3 de noviembre de 2004, en el que se expresa lo siguiente:

*“Que cuando me dirigía hacia el barrio de El Ranero después de realizar la entrada del colegio Jesús María en calle Olma, el cual tiene asignado, es requerido en la Carretera de La Ñora confluencia con carril Lucas de La Albatálía por x. (...), en compañía de vecinos del lugar que le han auxiliado pues ha sufrido una caída debido a un hueco en la calzada cuando circulaba con su ciclomotor marca Motro Hispania Modelo Racing y matrícula “—“. Que también informan de que han avisado una ambulancia, la cual se presenta en el lugar minutos después y proceden a la cura de esta persona y que no consideran necesario trasladar al accidentado a ningún centro sanitario. Que los vecinos del lugar han llamado a los padres de esta persona quienes se dirigen a lugar.*

*Que por parte de este agente se observa en la calzada dos tapas de x. que se encuentran parcialmente con huecos alrededor de las mismas por lo que se realiza el correspondiente parte de deficiencias”.*

3. Por escrito de 13 de abril de 2005 (folio 67), se emplaza a la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas para que pueda reclamar su competencia o formular alegaciones en el procedimiento seguido por el Ayuntamiento.

4. Por acuerdo de 12 de abril de 2006, la Junta de Gobierno Local desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial al no apreciarse la del Ayuntamiento en el presente caso, conforme a los argumentos esgrimidos que pivotan en torno a los siguientes:

- La carretera B-1 no es de titularidad municipal, sino autonómica, por lo que, en su opinión, no existiría nexo causal con la Administración municipal.

- El elemento que motiva la reclamación es una tapa perteneciente a una empresa municipal x, que tiene personalidad jurídica propia e independiente del Ayuntamiento. Los deberes de esta empresa se extienden a las arquetas, las rejillas de desagüe y las tapas de saneamiento, así como a la conservación y condiciones de seguridad de todas las infraestructuras que se integran en su ámbito de actuación.

- No existe culpa *in vigilando* del Ayuntamiento.

Dicho acuerdo fue notificado a la Consejería consultante el 25 de abril de 2006 (registro de salida).

5. Se incorpora al expediente la Sentencia núm. 483/2007, de 29 de junio, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia que inadmite el recurso presentado por x, en representación del reclamante, frente al Auto de 5 de febrero de 2007 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 5 de Murcia (recurso núm. 673/06).

**TERCERO.-** El 8 de febrero de 2008, la instructora requiere al interesado para que subsane y mejore la solicitud aportada con la documentación que se reseña en los folios 82 y 83, siendo cumplimentado el 22 de febrero de 2008 (folios 85 a 113).

**CUARTO.-** Recabado el informe de la Dirección General de Carreteras, es evacuado el 12 de febrero de 2008 por el Jefe de Sección II de Conservación, en el sentido de señalar:

*“1. En este servicio no se tiene constancia alguna del siniestro reseñado.*

*2. La realidad y certeza del accidente aparece reflejada en un parte de accidente suscrito ante la Policía Local y en presencia del agente núm. x.*

*3. Como queda reflejado en el parte de accidente citado, el vehículo de dos ruedas tropezó contra una tapa de alcantarillado de Aguas de Murcia.*

*4. No consta la ocurrencia de otros accidentes en el citado lugar.*

*5. No existe relación alguna entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*

*6. Lamentando las consecuencias del accidente producido, tenemos que trasladar la responsabilidad a la -- por ser de su incumbencia el mantenimiento y conservación de los registros de las redes comunitarias existentes en las calzadas de nuestra carretera.*

*7. No obstante lo anterior, y en aras de una efectiva colaboración, cada vez que se advierte de deterioros que pueden ser peligrosos, se colocan conos de señalización en las inmediaciones y se da aviso a la empresa responsable para su inmediata reparación”.*

**QUINTO.-** Con fecha 1 de octubre de 2008 se otorga un trámite de audiencia al reclamante, sin que presentara escrito de alegaciones.

**SEXTO.-** La propuesta de resolución, de 9 de septiembre de 2010, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada, al no constar acreditada la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

**SÉPTIMO.-** Con fecha 21 de septiembre de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

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

I. El reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el artículo 31 de la misma Ley, respecto a los daños materiales y personales alegados cuyo resarcimiento se reclama.

En cuanto a la legitimación pasiva, se ha acreditado en el presente procedimiento que la vía donde ocurrieron los hechos es de titularidad autonómica (MU-B-1), pero también que el elemento causante de los daños (tapa de alcantarillado) pertenece a la empresa municipal x, como reconoce

el acuerdo de la Junta de Gobierno del citado Ayuntamiento, de 12 de abril de 2006, cuando desestima la reclamación allí presentada por no ser titular de la vía ni existir culpa *in vigilando*, destacando, sin embargo, la competencia de dicha empresa pública municipal sobre la totalidad de los elementos que conforman las infraestructuras que se integran en su ámbito de actuación. Lo anterior, conduce a reconocer también la legitimación pasiva del Ayuntamiento y de su empresa municipal, como acredita el hecho de que se tramitara el procedimiento de responsabilidad patrimonial presentado por el padre del reclamante, entonces menor de edad. En consecuencia, la resolución del presente procedimiento habrá de ser notificada a todas las partes interesadas.

II. Este Consejo Jurídico ha destacado que la tramitación de un único procedimiento, en el caso de actuaciones concurrentes de las Administraciones regional y local respecto a las que los reclamantes no hayan distinguido *ab initio* la cuota de responsabilidad de cada una, parece razonable siempre que se produzca la consulta preceptiva a la otra Administración (Dictamen de este Consejo Jurídico 193/2009). Sin perjuicio de que, conforme al artículo 140.2 LPAC, la responsabilidad se fije para cada Administración atendiendo “*a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención*”.

Pues bien, tal procedimiento único ya fue tramitado por el Ayuntamiento de Murcia ante el que se presentó inicialmente la reclamación, en cuya tramitación se otorgó un trámite de audiencia a la Administración regional sin que formulara alegaciones, concluyendo en el acuerdo desestimatorio de la Junta de Gobierno Local de 12 de abril de 2006, en el que además de reconocer que la vía es de titularidad autonómica, de lo que deriva la falta de nexo causal con la actuación municipal (aunque pueden resultar afectadas otras competencias municipales, como seguidamente se expone), atribuye la conservación de la infraestructura de saneamiento causante del daño (tapa de alcantarillado) a x, respecto a la que se afirma que tiene personalidad jurídica propia e independiente, sin que advierta culpa *in vigilando* del Ayuntamiento respecto a aquélla. No obstante, conviene tener en cuenta, incluso para los casos en los que concurren empresas públicas, que el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) señala lo siguiente respecto a las competencias de los Juzgados y Tribunales del orden contencioso administrativo:

*“Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.*”

*También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas”.*

Prefigurado en aquel acuerdo municipal desestimatorio las Administraciones y empresa responsables en el asunto que nos ocupa, resulta inexplicable que la parte reclamante sólo interpusiera recurso contencioso administrativo frente a la Administración regional (y no frente al Ayuntamiento, autor del acto, y como partes codemandadas a los otros responsables, según el acuerdo municipal). Esta inadecuada actuación de la parte reclamante condujo a que por Auto de 5 de febrero de 2007 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 5 de Murcia (confirmado por la posterior Sentencia núm. 483/2007, ya citada, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia) se inadmitiera el recurso correspondiente, por no existir acto alguno expreso o presunto de la Administración regional contra el que se pudiera dirigir el citado recurso.

Las anteriores actuaciones van a tener incidencia a la hora de analizar si la acción ejercitada frente a la Administración regional ha prescrito o no.

III. Respecto al presente procedimiento debe dejarse constancia de la excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación, pues se ha superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13 RRP en seis meses. Ello no obstante, el procedimiento ha seguido, en líneas generales, lo establecido en su normativa reguladora, sin que se observen carencias esenciales.

#### **TERCERA.- Sobre la prescripción de la acción.**

Según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Añadiendo que en caso de daños a las personas, de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

El reclamante ha ejercitado la acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración regional el 14 de enero de 2008, ocurriendo el accidente por el que reclama el 3 de noviembre de 2004.

Para la instructora la acción ejercitada se haya dentro del plazo anteriormente descrito, puesto que la reclamación presentada ante el Ayuntamiento tiene entrada en la Consejería el 21 de febrero de 2005 (se interpreta que ha de referirse a la fecha de registro de entrada de la reclamación en el Ayuntamiento de Murcia, salvo que exista un error y se quiera hacer referencia al trámite de audiencia otorgado a la Consejería el 14 de abril del mismo año), fechas a las que, en cualquier caso, anuda el efecto interruptivo del plazo del ejercicio de la acción frente a la Administración regional.

Sin embargo, el Consejo Jurídico muestra su disconformidad con tal interpretación, sosteniendo, por el contrario, que la acción se ha ejercitado extemporáneamente, en atención a la siguiente secuencia temporal y motivación:

1. La parte reclamante interpuso reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Ayuntamiento de Murcia el 21 de febrero de 2005 (folio 26), interrumpiendo el correspondiente plazo prescriptivo, conforme a nuestra doctrina, expresada entre otros en los Dictámenes 68 y 254 del año 2010, en tanto existía una apariencia razonable de la competencia municipal, al tratarse de un tramo urbano y que el elemento causante era una tapa de alcantarilla perteneciente a una empresa municipal, lo que explica que el representante del interesado se dirigiera al Ayuntamiento en reclamación de responsabilidad, determinando en este caso la interrupción del correspondiente plazo prescriptivo.

2. Sin embargo, el plazo anual para su ejercicio frente a la Administración regional se reanudó a partir de la notificación del acuerdo municipal desestimatorio de la reclamación, entre otras razones porque éste recoge que la carretera es de titularidad autonómica, aunque también reconoce la competencia de la empresa pública municipal sobre el elemento causante del daño, lo que significaba que el reclamante, a partir de este momento, disponía del referido plazo anual para presentar la correspondiente reclamación ante la Administración regional, o ante la empresa municipal, si entendía que ésta era la únicamente responsable, o frente a todos, incluido el Ayuntamiento, interponiendo contra el acto municipal el correspondiente recurso contencioso administrativo. Sin embargo, dejó pasar dicho plazo anual sin que ejercitara tal reclamación frente a la Consejería consultante (la notificación del acuerdo municipal a la Administración regional data de 25 de abril de 2006), por lo que el plazo se habría rebasado ampliamente cuando interpone la reclamación el 14 de enero de 2008.

3. Tampoco podemos considerar que tiene un efecto interruptivo del plazo de un año para ejercitar la acción frente a la Administración regional, las actuaciones inadecuadas y no idóneas realizadas por la parte reclamante, puesto que las resoluciones judiciales del orden contencioso

administrativo han inadmitido el recurso interpuesto por ella, al no existir acto expreso o presunto procedente de la Administración regional. En tal sentido conviene recordar la doctrina de este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen núm. 21/08) que recoge la opinión jurisprudencial acerca de que la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación, salvo que manifiestamente aparezca como no idónea o improcedente en cuanto al objetivo de lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable. Respecto a esta inadecuación, en nuestro Dictamen 136/06 señalamos:

*“Establecido el día inicial del cómputo, resta por dilucidar si cabe entenderlo interrumpido por alguna de las actuaciones practicadas por la interesada (...) Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2000 señala que “la interrupción del plazo de prescripción de un año hoy establecido por el artículo 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, se produce no sólo por la iniciación de un proceso penal que verse sobre la posible comisión de hechos delictivos a los que puede estar ligada la apreciación de responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, sino incluso por la pendency de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración salvo que sea manifiestamente inadecuada (sentencia de 26 de mayo de 1988 que invoca la doctrina de la sentencia de 4 de julio de 1980)”. Sigue diciendo la sentencia que “de esta jurisprudencia se deduce que la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable”.*

4. El argumento de que el conocimiento inicial por parte de la Administración regional de la reclamación presentada ante el Ayuntamiento interrumpía el plazo para su ejercicio ante la primera (que subyace en la propuesta elevada), con independencia de la fecha en que se hubiera ejercitado frente a la Consejería consultante, es también refutado por la Sentencia núm. 483/2007 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, que expresa lo siguiente respecto a los efectos del emplazamiento a la Administración regional en el procedimiento municipal seguido sobre el presente asunto:

*“La tesis mantenida por el recurso, en un intento de salvar lo ineludible, es que la Administración regional, una vez emplazada por el Ayuntamiento, debió actuar así como de oficio, según el art. 5 del Real Decreto 429/93 de 26 de marzo, que obliga al órgano competente a iniciar el expediente de responsabilidad patrimonial si entiende que se ha producido perjuicios a particulares. La clave está en la interpretación que se da al verbo “entender”. Habrá supuestos en que la responsabilidad será tan clara y evidente que resultaría quasi ofensivo la no intervención administrativa (casos de funcionamiento anormal de los servicios públicos), pero cuando se trata de*

*un caso como el presente, acerca del estado de una carretera sin duda transitada por muchos usuarios donde se produce el accidente de moto, parece que no cabe que de entrada la Administración asuma su culpa, sino que ha de probarse”.*

El anterior razonamiento resulta plenamente vigente, si se tiene en cuenta que el acuerdo desestimatorio municipal reconoce que la conservación de la tapa de alcantarillado corresponde a x, con independencia de la titularidad autonómica de la vía donde se ubica.

También resulta de interés transcribir el siguiente párrafo de la referida Sentencia aplicable al caso, sobre la libertad de los ciudadanos a la hora de ejercitar o no sus derechos:

*“No hay que olvidar nunca los principios generales del derecho, tan pródigos en soluciones como es para el caso presente (...) En definitiva, ha de ser la parte la que pida y ante el órgano competente el resarcimiento de los daños que se le hayan causado. No cabe so pretexto de haber presentado ante el órgano incompetente la reclamación derivar que el idóneo tiene el deber de actuar de oficio y mucho menos extraer la consecuencia de una inactividad sobre la que montar un acto administrativo presunto”.*

En suma, a partir de la notificación del acuerdo municipal desestimatorio, la parte reclamante tenía pleno conocimiento de los elementos de orden jurídico y fáctico para el ejercicio de la acción (el principio *actio nata*) frente a la Administración regional, por lo que a partir de dicho momento se inició el cómputo del plazo de prescripción, transcurriendo el plazo de un año sin que se ejercitara frente a la Consejería consultante y, sin que la acción finalmente ejercitada, que fue inadmitida por la jurisdicción contencioso administrativa, tenga los efectos interruptivos expresados, cuya inadecuación sólo es atribuible a la parte reclamante.

Todo lo anteriormente expuesto conduce a este Consejo Jurídico a estimar en el presente supuesto, que la acción ejercitada por el interesado frente a la Administración regional el 14 de enero de 2008 es extemporánea.

#### **CUARTA.- Sobre el fondo del asunto.**

Sin perjuicio de lo expresado en la Consideración precedente sobre la extemporaneidad de la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida frente a la Administración regional, ésta habría de ser igualmente desestimada al no resultar acreditada que la causa del accidente sea atribuible a la Administración regional (artículo 139.1 LPAC), pues no se ha probado que “el firme de la vía donde se produjo el accidente presentara en general irregularidades, en forma de baches

o socavones”, como afirma el reclamante ante el Ayuntamiento, sino que la conservación del elemento causante del daño pertenece a x, según reconoce el acuerdo municipal desestimatorio y el informe técnico de la Dirección General de Carreteras, al señalar que le corresponde a aquélla el mantenimiento y conservación de los registros de las redes comunitarias existentes en las calzadas; prueba de ello es que los huecos alrededor de la tapa de alcantarillado fueran reparados de forma inmediata por la citada empresa municipal, tras el accidente ocurrido y el parte de incidencias del agente de la Policía Local que se personó.

Tampoco se ha acreditado por la parte reclamante que la Administración regional no haya obrado conforme al estándar de rendimiento exigible respecto al mantenimiento de la carretera, cuando se ha producido el reconocimiento por la empresa municipal de la responsabilidad del elemento causante del accidente, al arreglar los desperfectos.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta elevada en cuanto que la reclamación de responsabilidad patrimonial ejercitada frente a la Administración regional, ha de considerarse extemporánea por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**SEGUNDA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto es desestimatoria de la reclamación, si bien habrá de formularse otra en la que se incorpore lo expresado en este Dictamen y la resolución que finalmente se adopte habrá de ser notificada a todos los interesados (Consideración Segunda, I).

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 51-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por caída dentro un autobús de línea regular.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 14/03/2011

**Extracto doctrina**

Deben extremarse las garantías formales y posibilitar una audiencia final del concesionario, considerándolo así un auténtico interesado, para evitar una eventual indefensión del mismo al dictarse la resolución final.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 3 de marzo de 2006, x. presentó un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes en el que solicita una indemnización de 1.961,20 euros por los daños físicos sufridos como consecuencia de su caída el 25 de enero de 2006 dentro del autobús de línea regular de transporte por carretera que discurre entre Ceutí y Murcia, gestionada por la empresa concesionaria "--". Afirma que viajaba de pie porque los asientos estaban ocupados, y que cuando el autobús, que circulaba entonces por Molina de Segura, entró en una rotonda, frenó bruscamente, como consecuencia de lo cual cayó al suelo, causándole gran dolor en el hombro, por lo que acudió al hospital "*Reina Sofía*", de Murcia, donde le diagnosticaron fractura de clavícula, de la que tardó en curar 40 días, durante los cuales no ha podido desarrollar su ocupación habitual ni desarrollar su vida normalmente, valorando dicho periodo de incapacidad en la cantidad antes indicada. Considera que existe una directa relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público de transporte de titularidad de la Administración regional. Solicita la práctica de prueba testifical.

A su escrito adjunta copia del billete y del parte de urgencias por el ingreso efectuado el citado día, donde se consigna la alegada causa del daño (caída en autobús) y la fractura de clavícula indicada.

**SEGUNDO.-** Mediante escrito de 21 de marzo de 2006, la Jefa de Sección de Transportes de Viajeros de la Dirección General de Transportes y Puertos informa a la reclamante que es a la empresa concesionaria del servicio a quien se ha de dirigir, de conformidad con lo establecido en el

artículo 161 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP).

**TERCERO.-** El 12 de abril de 2006 la reclamante presenta un escrito (que califica como recurso de alzada) en el que, frente a lo manifestado en el oficio antes reseñado, señala que, según jurisprudencia, que cita, la Administración tiene responsabilidad directa y objetiva por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos de su titularidad, sin perjuicio de la acción de regreso que tenga contra el contratista que gestione el servicio.

**CUARTO.-** Mediante oficio de 17 de abril de 2006, la Sección de Responsabilidad Patrimonial de la Secretaría General de la citada Consejería comunica a la reclamante la admisión a trámite de su reclamación, requiriéndole para que subsane y mejore su solicitud mediante la aportación de determinados documentos.

**QUINTO.-** Solicitada a la mencionada Dirección General copia del pliego de condiciones de la concesión del servicio de transporte del caso, fue remitida mediante oficio de 8 de mayo de 2006.

**SEXTO.-** El 8 de mayo de 2007 se practica la prueba testifical solicitada respecto de uno de los viajeros presentes, que ratifica lo alegado por la reclamante de que los asientos estaban ocupados, que aquélla viajaba de pie y que, ante el frenazo del autobús, cayó al suelo, quejándose del hombro.

**SÉPTIMO.-** El 8 de mayo de 2007 la reclamante presenta escrito adjuntando documentación para cumplimentar el requerimiento que le fue efectuado en su día.

**OCTAVO.-** Solicitado informe a la citada Dirección General sobre la reclamación, fue emitido el 23 de mayo de 2007, en el que, en síntesis, expresa que el servicio de transporte en el que se produjeron los hechos pertenece a la concesión de servicio regular de uso general de transporte de viajeros interurbano denominada "*Murcia y cercanías*", de titularidad autonómica, gestionada por la empresa "--", lo que determina, según jurisprudencia que cita, que la Administración deba pronunciarse sobre la reclamación y, de concurrir los requisitos legales al efecto, responder de los daños, sin perjuicio de repetir contra el concesionario. En cuanto al fondo del asunto, expresa que no puede afirmarse inequívocamente la responsabilidad pretendida, debiendo oírse al concesionario y recabar del mismo el Registro de servicios regulado en la Orden FOM/3398/2002, de 20 de diciembre.

**NOVENO.-** El 18 de marzo de 2009 se otorga trámite de audiencia a la reclamante, no constando su comparecencia ni la presentación de alegaciones.

**DÉCIMO.-** El 19 de noviembre de 2009 se solicita informe a la concesionaria sobre la reclamación, presentando escrito el 1 de diciembre de 2009 en el que expresa que el 13 de marzo de 2006 remitieron a su aseguradora el parte de siniestro nº 9.739 y que, tras ponerse en contacto con aquella, le indica que la interesada nunca se puso en contacto con dicha compañía, habiendo prescrito el siniestro. Añade que el vehículo era el de matrícula “—”, con capacidad para 79 plazas de pie y 31 sentadas.

Adjunta a su escrito copia de la hoja de ruta del servicio y del mencionado parte del siniestro. En la primera se consigna que en la expedición 1 (se deduce que es en la que se produjo el hecho en cuestión) viajaban 58 pasajeros. En el parte de siniestro (registrado de entrada el 13 de marzo de 2006 en la mercantil “x”) expresa lo siguiente: *“al frenar porque se cruzó una hormigonera una viajera que iba agarrada a la barra se dio un tirón el brazo. El conductor le preguntó y le dijo que se había hecho daño. Se envía ahora porque recibimos reclamación. El conductor manifiesta que la señora no se cayó al suelo”*.

**UNDÉCIMO.-** Mediante oficio de 14 de diciembre de 2009 se otorgó a la reclamante un trámite de audiencia y vista del expediente, presentando alegaciones el 30 siguiente, en las que expresa que el 3 de marzo de 2006 presentó reclamación ante la concesionaria, sin recibir respuesta alguna; que en ningún momento la empresa le informó de la necesidad de dirigirse a compañía de seguros alguna; que, como se declaró en la prueba testifical, el accidente se produjo por un frenazo en las cercanías de una rotonda, pero no por cruzarse una hormigonera, y que aunque el día del accidente no pidió el libro de reclamaciones, lo solicitó un día posterior y no se lo dieron.

**DUODÉCIMO.-** El 18 de junio de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que no se ha probado que el vehículo fuera con exceso de velocidad o que la conducción fuera irregular, simplemente que el vehículo dio un frenazo, y que otras personas iban también de pie y no cayeron.

**DECIMOTERCERO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en concordancia con el artículo 12.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP).

### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento de la reclamación.**

I. La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, en cuanto es la persona que sufrió los daños físicos por los que solicita indemnización.

En la medida en que la reclamación se dirige contra la Administración regional por producirse los daños alegados en un servicio público de transporte de su titularidad, está legitimada pasivamente para resolver la reclamación.

II. Ésta ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), si se parte de la fecha de ocurrencia del accidente y de la presentación de la reclamación.

III. En cuanto al procedimiento, tratándose de daños acaecidos durante la utilización de un servicio público gestionado mediante concesión administrativa, se advierte que no se ha otorgado trámite de audiencia final al concesionario del servicio (al que sólo se le solicitó la emisión de un informe, sin emplazarlo propiamente en el procedimiento), cuando no cabe duda de su condición de interesado, ya que en la resolución del mismo podría determinarse su responsabilidad por los referidos daños, de conformidad con lo establecido en el artículo 97 del RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en la fecha de los hechos, y, en el presente caso, además, por la responsabilidad marcadamente objetiva (art. 7) y las obligaciones (art. 12.1,c) que pesan sobre los prestadores de

servicios públicos de transporte sujetos a la obligación de constituir el seguro obligatorio de viajeros regulado en el Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre.

Dicha necesidad de un adecuado emplazamiento y el otorgamiento del trámite de audiencia deriva, entre otras normas, de los artículos 31 y 84 LPAC. Por todo ello, en el presente caso deben extremarse las garantías formales y posibilitar una audiencia final del concesionario, considerándolo así un auténtico interesado, para evitar una eventual indefensión del mismo al dictarse la resolución final, por no haber podido conocer, a virtud del omitido trámite de audiencia, el resultado de la prueba testifical y la documentación presentada por la reclamante el 8 de marzo de 2007 y en fechas posteriores. Dicho trámite resulta preceptivo a pesar del dilatado tiempo empleado en la tramitación del procedimiento, por lo que deberá realizarse a la mayor brevedad.

Tras ello, deberá formularse una nueva propuesta de resolución, que deberá ser remitida a este Consejo Jurídico para su preceptivo Dictamen sobre el fondo del asunto.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Procede retrotraer el procedimiento a fin de realizar las actuaciones expresadas en el presente Dictamen, por las razones indicadas en su Consideración Segunda, III.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 52-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 14/03/2011

**Extracto doctrina**

Que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no exime del imprescindible nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño, como han puesto de manifiesto la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 2582/98, de 16 de julio) y pronunciamientos judiciales, entre ellos, las sentencias de 8 de febrero de 2008 y de 23 de abril de 2010, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 14 de junio de 2007 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio reclamación formulada por x. frente a la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, por los daños materiales sufridos por el vehículo que conducía, a consecuencia del mal estado de la carretera regional F-43.

En el escrito de reclamación describe los hechos de la siguiente manera:

*“En fecha 22 de enero de 2007, siendo aproximadamente las 22,30 horas, el compareciente marchaba al volante del turismo de su propiedad, marca Alfa Romeo, modelo 147, matricula “—“, por la carretera F-43 (La Unión a MU-312, por el Llano), en sentido a Los Nietos. Una vez iniciado el trazado de la curva hacia la derecha que dibuja el trazado de la vía, el vehículo que conducía, como consecuencia de la gran existencia de barro y arena en la calzada y existir un hundimiento que forma un gran escalón lateral en el sentido derecho según la marcha, de altura irregular pero superior aproximadamente a 15 centímetros, que se encontraba sin señalizar, se salió la rueda anterior y posterior derecha de la calzada, girando a continuación el que suscribe el volante hacia la izquierda a fin de subir las ruedas que estaban en la cuneta, resultando imposible tal maniobra hasta que en un momento dado pudo subir la indicada rueda finalizando su trayectoria saliéndose por el margen izquierdo”.*

Expone que especialmente significativo es que la señal indicativa de la existencia del hundimiento que forma el escalón lateral se hallase tirada en los márgenes de la calzada. Igualmente, que el tramo donde se produjo el accidente era curvo, con escasas o ninguna condición de visibilidad, sin señalizar y con el pavimento totalmente sucio. A efectos probatorios, acompaña una serie de fotografías en las que se pueden constatar las circunstancias expresadas sobre el estado de la vía, manifestando que fueron tomadas al día siguiente del accidente.

Considera, como causa eficiente del daño, el pésimo estado de ejecución, conservación, señalización y mantenimiento de la vía.

Finalmente, además de proponer la testifical del copiloto del vehículo accidentado, reclama la cantidad de 2.726,61 euros, incrementada con el Índice de Precios al Consumo, acompañando las facturas justificativas.

**SEGUNDO.-** Con fecha de 4 de septiembre de 2007 se solicita al reclamante la mejora o subsanación de la reclamación presentada y se le comunica la suspensión del plazo para resolver el procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.5 a) de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC en lo sucesivo).

Dicho requerimiento fue cumplimentado el 18 de septiembre de 2007, acompañando la documentación que consta en los folios 30 a 46 del expediente.

**TERCERO.-** Recabado el informe de la Dirección General de Carreteras, es evacuado el 2 de enero de 2008 por el Jefe de Sección de Conservación en el siguiente sentido:

*“La carretera a la que se refiere el reclamante es competencia de esta Dirección General.*

*A) No se puede constatar la certeza ni la realidad del evento lesivo.*

*B) Según muestran las fotografías que aporta el interesado, el material granular suelto estaba depositado en el arcén y no en la calzada, que es la parte de la carretera destinada a la circulación de vehículos y que se compone de un cierto número de carriles. Y el arcén es la franja longitudinal pavimentada, contigua a la calzada, no destinada al uso de vehículos automóviles más que en circunstancias excepcionales, por lo que el vehículo no debería circular fuera de la calzada, es decir, fuera del carril de circulación, que está delimitado con una línea longitudinal continua precisamente para que no se pueda rebasar.*

*Por lo que a la vista de lo expuesto, el siniestro parece una actuación inadecuada del perjudicado, dado que circulaba fuera de la calzada.*

*C) No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*

*D) No puede imputar a la Administración o a otras Administraciones la responsabilidad del evento lesivo.*

*E) No se ha realizado ninguna actuación hasta la fecha por estas circunstancias.*

*F) La señalización existente consiste en una señal vertical tipo P-13ª (curva peligrosa hacia la derecha), un panel reflectante de 40 x 40 cm. para indicar la existencia de una obra de fábrica precisamente en el interior de la curva y un panel direccional de 145x45 cm., como se aprecia en la fotografía que se adjunta.*

*G) No se pueden valorar los daños alegados.*

*H) No existen aspectos técnicos que determinen la producción del daño.*

*I) La señal vertical que se muestra en la reclamación y que está arrojada en los márgenes de la carretera, no forma parte de la señalización vertical de la carretera ni es competencia de esta Dirección General de Transportes y Carreteras, como se puede apreciar en la diferencia de formato y características de la misma. Por otra parte, no existe el escalón lateral que indica el reclamante, dado que es la propia cuneta de la carretera a la que se refiere como escalón lateral, dándose además la circunstancia de que la cuneta está segada y con visibilidad, formando una berma, lo que precisamente en ese punto le da un sobreancho a la plataforma de la carretera.*

*En las fotografías que adjunta el reclamante, el vehículo se salió de la calzada en un tramo recto y con visibilidad y la cantidad de material suelto acumulada en el arcén parece insuficiente para producir deslizamientos, tanto en seco como si estuviera húmedo.*

*Por otra parte, hay que destacar que existe una línea longitudinal continua que delimita el arcén, que sobre la calzada significa que ningún conductor debe atravesarla ni circular con su vehículo sobre ella”.*

**CUARTO.-** El 10 de octubre de 2009 se cita al testigo propuesto por el reclamante (copiloto del vehículo siniestrado), a quien se solicita el pliego de preguntas a formular (folios 59 a 64), siendo practicada la prueba en el día indicado, según el acta obrante en los folios 68 a 70 del expediente.

**QUINTO.-** El 10 de febrero de 2010 se emite informe por el Jefe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, en el que se considera que la reparación del vehículo puede ser acorde con las facturas presentadas, señalando no obstante la siguiente observación:

*“Del examen de las fotos de la carretera donde, según el reclamante, se produjo el accidente no se aprecia, aparentemente, ningún desperfecto que impidiera la circulación segura del vehículo”.*

**SEXTO.-** Otorgado un trámite de audiencia al reclamante el 24 de febrero de 2010, no consta que formulara alegaciones.

**SÉPTIMO.-** El 14 de septiembre de 2010, la instructora dirige oficio al reclamante para que acredite la representación con la que actúa en relación con la titular del vehículo (su madre) x, según el permiso de circulación.

En su cumplimiento, la propietaria comparece ante la instructora el 20 de septiembre siguiente, para otorgar la representación a favor de su hijo, que se persona también en dicho acto en prueba de su aceptación.

**OCTAVO.-** La propuesta de resolución, de 1 de octubre de 2010, desestima la reclamación presentada al considerar que no quedan probadas las circunstancias en las que se produjo el accidente, ni la causa del mismo, por lo que las carencias probatorias sobre la relación de causalidad conducen a la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

**NOVENO.-** Con fecha 8 de octubre de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

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

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo de reclamación y procedimiento.**

1. La legitimación activa reside, cuando de daños materiales en las cosas se trata, en la persona que ostenta su propiedad, dado que ésta será quien sufre el perjuicio patrimonial que se imputa al funcionamiento de los servicios públicos; en el presente caso, si bien inicialmente el reclamante, conductor del vehículo en el momento del accidente e hijo de su propietaria, actuaba en su propio nombre, posteriormente, a requerimiento de la instructora, la propietaria del vehículo comparece en las dependencias administrativas para otorgar la representación a favor de su hijo, que formula la reclamación. No obstante, deberían completarse los datos en la propuesta elevada, especificando que el accionante actúa en representación de x.

En cuanto a la legitimación pasiva queda acreditado en el expediente que la carretera donde tuvo lugar el siniestro es de titularidad autonómica (F-43), según señala el Jefe de Sección de Conservación de la Dirección General de Carreteras (Antecedente Tercero).

2. La acción indemnizatoria se ha ejercitado por el reclamante dentro del plazo de un año desde que refiere que se produjo el accidente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, pues indica que se produjo 22 de enero de 2007 y la acción fue ejercitada el 14 de junio siguiente.

3. El procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería consultante se ha ajustado a lo dispuesto en los artículos 6 y ss. RRP, salvo en lo concerniente al plazo para resolver la reclamación, que ha rebasado en exceso los tiempos prudenciales para ello, habiéndose detectado sucesivas paralizaciones en el procedimiento, no motivadas aparentemente en la complejidad de los trámites a realizar.

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

El artículo 139.1 LPAC establece, con carácter general, que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Por tanto, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 21 de abril y de 20 de mayo de 1998), los siguientes: que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o en el padecimiento del daño, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.

Veamos la aplicación de estos requisitos al presente supuesto:

1) Realidad y efectividad del daño.

La parte reclamante ha acreditado la existencia de unos daños en el vehículo de su propiedad con las facturas de dos talleres expedidas el 1, 2 y 7 de febrero de 2007 y, por tanto, en fechas próximas al accidente (el 22 de enero anterior), si bien, aparte de la declaración del testigo que le acompañaba en el vehículo, no existe ningún otro dato en el expediente que acredite que el accidente tuviera lugar en el lugar y día indicados por el reclamante, pues las fotografías tomadas al día siguiente de la carretera F-43 (23 de enero de 2007) no atestiguan dicha conexión, dado que tampoco se dio aviso, tras el siniestro, a los agentes de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil para que levantaran atestado, pese a los cuantiosos daños del vehículo accidentado según expresa la parte reclamante.

No obstante lo anterior, este Consejo Jurídico muestra su conformidad a lo señalado en la propuesta elevada, acerca de entender acreditado el hecho del accidente conforme a la declaración del testigo, puesto que los informes técnicos evacuados no niegan que los daños alegados pudieran ser consecuencia del evento lesivo.

2) Funcionamiento de los servicios públicos y el nexo causal con el daño producido.

La parte reclamante no ha podido probar que las causas del accidente fueran “la gran existencia de barro y arena en la calzada y un hundimiento que forma un gran escalón irregular, superior a 15 centímetros que se encontraba sin señalizar”, a las que se atribuye la salida del vehículo de la calzada hacía la derecha y la introducción de las ruedas anterior y posterior derecha en la cuneta. Aporta para acreditar tales extremos las fotografías obrantes en los folios 1 a 17 y la declaración del copiloto del vehículo, ya indicada.

Sin embargo, la falta de consistencia de las imputaciones formuladas por el reclamante reside precisamente en la documental fotográfica aportada por él, puesto que, muy al contrario, contradice su versión sobre las causas del accidente:

a) Según muestran las fotografías que fueron tomadas al día siguiente, la calzada, delimitada por una línea longitudinal continua para que no pueda sobrepasarse, no muestra “la gran existencia de barro y arena” indicadas por el reclamante y el testigo, puesto que, como señala el Jefe del Parque de Maquinaria, no se aprecia, aparentemente, ningún desperfecto que impidiera la circulación segura del vehículo (folio 71), sin perjuicio de que se advierta cierta humedad en parte de la calzada, como reconoce el testigo, que, ante la pregunta de si había llovido, contesta que “la carretera estaba húmeda”, si bien es sabido que en tales circunstancias el conductor ha de acomodar su velocidad a las circunstancias de la vía (artículo 45 del Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre).

A este respecto, el informe técnico del centro directivo expone que el material granular suelto que se visiona en algunas fotografías se encontraba en el arcén, que no está destinado al uso de vehículos, salvo en circunstancias excepcionales que no se acreditan en el presente caso. Por ello, el Jefe de Sección de Conservación infiere que el vehículo podría circular fuera de la calzada. Aún así, el citado funcionario expone que se salió de la calzada en un tramo recto y con visibilidad y la cantidad de material suelto acumulada en el arcén parece insuficiente para producir deslizamientos, tanto en seco como si estuviera húmedo.

b) Tampoco muestran las fotografías “un gran escalón en la calzada”, lo que reflejan es que dicho escalón lateral al que se refiere el reclamante es la propia cuneta de la carretera, que estaba segada y con visibilidad, formando una berma, lo que precisamente en este punto le da un sobreebanco a la plataforma de la carretera (informe del Jefe de Sección de Conservación, folio 53). La señal indicativa de escalón lateral, que se encontraba tirada en el suelo, según refiere el reclamante acompañando una fotografía, no se localizaba ni en la calzada ni en el arcén, deduciéndose tanto de la fotografía, como de la declaración del testigo, que se encontraba en los

terrenos colindantes a la carretera (se dice por este último en “los márgenes de la calzada”). Pero lo importante en este caso es que dicha señal no forma parte de la señalización vertical de aquella, ni es competencia de la Dirección General, según expresa el informe de la Sección de Conservación, destacando la diferencia de formato y características de la misma con las utilizadas por dicho centro directivo. En todo caso, la señal indicada pudiera deberse a su utilización previa en la realización de obras o trabajos.

c) A lo anterior se suman otras circunstancias que ahondan en la falta de acreditación de la necesaria relación de causalidad entre la omisión del deber de conservación de las carreteras por parte de la Administración regional y el evento lesivo:

- Existencia de señalización consistente en una señal vertical tipo P-13<sup>a</sup> (curva peligrosa hacia la derecha), un panel reflectante de 40 x 40 cms. para indicar la existencia de una obra de fábrica precisamente en el interior de la curva, y un panel direccional de 145 x 45 cms., como se advierte en la fotografía que se acompaña al informe técnico del centro directivo.

- Tampoco ayuda a esclarecer los hechos alguna respuesta del testigo, cuando al ser preguntado sobre la velocidad a la que iban contesta: “*Despacio, rápido no. No sé a que velocidad circulábamos*”, reconociendo más adelante que había llovido y la carretera se encontraba húmeda.

Por todo ello, como recoge la Propuesta de Resolución, no resulta acreditada la causa del accidente, debido a las carencias probatorias sólo imputables a la parte reclamante, a quien incumbe (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y a las contradicciones advertidas anteriormente sobre las condiciones de la carretera, destacadas por el informe de la Sección de Conservación de la Dirección General de Carreteras, que alcanza la conclusión de que el siniestro se debió a una actuación inadecuada del reclamante.

Por tanto, el hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no exime del imprescindible nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño, como han puesto de manifiesto la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 2582/98, de 16 de julio) y pronunciamientos judiciales, entre ellos, las sentencias de 8 de febrero de 2008 y de 23 de abril de 2010, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. En el presente caso no se ha acreditado la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y los daños alegados, lo que conduce a desestimar la reclamación, al igual que lo hicimos en nuestros Dictámenes núms. 99 y 128 del 2004.

En este punto, debe recordarse la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo plasmada, entre otras muchas, en sentencias de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de mayo de 1999 y de 12 de diciembre de 2000, en las que se afirma que cuando las lesiones producidas no son imputables al funcionamiento del servicio público y sí al proceder del accidentado, se produce la ruptura del nexo causal y la exoneración de responsabilidad patrimonial.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en tanto no se ha acreditado el nexo causal entre el daño alegado y el servicio público regional de carreteras. No obstante, habrán de completarse los datos identificativos de la parte reclamante (Consideración Segunda).

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 53-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios dependientes de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 14/03/2011

**Extracto doctrina**

No se ha probado que la causa del accidente estuviera en el funcionamiento del servicio público.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 3 de marzo de 2008 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio reclamación formulada por x. ante la Dirección General de Carreteras, por los daños sufridos el 19 de febrero de 2006, a consecuencia de una caída en el paso de peatones en la Avenida de Roldán, cercano al parque de la Constitución, en el municipio de Torre Pacheco.

Describe los hechos del siguiente modo:

*“Que el 19 de febrero de 2006, sobre las 16,40 horas, me encontraba circulando junto a mi esposo por la Avda. Roldán de Torre Pacheco, cuando al cruzar un paso de peatones cercano al parque de la Constitución me resbalé tropezando con una rejilla de nueva ubicación que se encontraba levantada torciéndome el tobillo”.*

Señala que la Policía Local fue testigo de lo sucedido, levantándose el atestado núm. 1440/2006.

Como consecuencia de estos hechos tuvo que ser asistida de urgencias en el Centro de Salud de Torre Pacheco, donde le diagnosticaron un esquinco de tobillo izquierdo grado II - III.

Relata que, con anterioridad, presentó la reclamación ante el Ayuntamiento de la citada localidad, en cuya resolución se señala que las obras se estaban llevando a cabo por la Dirección General de Carreteras.

Finalmente, solicita una cuantía indemnizatoria de 8.274,34 euros, correspondientes a los daños personales y a los gastos médicos, interesando el recibimiento a prueba.

**SEGUNDO.-** Con fecha de 18 de septiembre de 2008 se solicita la mejora o subsanación de la reclamación presentada con la documentación indicada en los folios 13 y 14 del expediente, presentando la reclamante un escrito en el que solicita del Ayuntamiento de Torre Pacheco toda la documentación obrante en el expediente municipal.

**TERCERO.-** Recabada copia del expediente municipal por la instructora del procedimiento, es remitido por el Alcalde del Ayuntamiento de Torre Pacheco el 12 de noviembre de 2008, obrando en los folios 18 a 67 del expediente.

Entre la documentación remitida, obra un informe del Cabo de la Policía Local de Torre Pacheco que se personó en el lugar el día del accidente, en el que expone lo siguiente:

*“x, Cabo de la Policía Local de Torre Pacheco, por el presente escrito tiene el deber de informar que siendo las 16,40 horas del día de la fecha, se recibe llamada del CECOP, comunicando que junto al Parque de la Constitución, en la carretera del campo de fútbol, se ha caído una señora debido a la arena existente en el lugar, por las obras que allí se estaban realizando.*

*Que una vez allí, acompañado por el Agente de este Cuerpo x, encontramos a x, con domicilio (...), con el pie izquierdo muy hinchado a la altura del tobillo.*

*Su esposo manifiesta que venía andando desde el Pasico, y al intentar cruzar por el paso de peatones que hay, del cual se adjuntan fotos, ha metido el pie no sabe como con (en) las rejillas allí existentes, y ha tropezado, cayendo al suelo (...). Acompaña fotografías del lugar donde se le indica que había caído la reclamante.*

**CUARTO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, el director de la obra emite informe el 13 de octubre de 2009, en el que expone que la Avenida de Roldán, donde refiere la reclamante que se produjo la caída, coincide con la carretera RM-F21, perteneciente a la red de titularidad autonómica. Además realiza, entre otras, las siguientes precisiones:

1. De la descripción que realiza la reclamante se deduce una actuación cuanto menos temeraria de la misma, puesto que no parece adecuado pasear sin las debidas precauciones por el interior de una obra debidamente señalizada, no debiendo observar la necesaria prudencia que en una vía de estas características era requerida, provocando el siniestro en cuestión.

2. Si, según la declaración de la reclamante, existía una rejilla mal colocada o levantada, no se entiende la decisión de atravesarla sin la debida precaución; no obstante, en el informe del agente de la Policía Local que se personó en el lugar de los hechos, se indica que *“al intentar cruzar por el paseo de peatones que hay, del cual se adjuntan fotos, ha metido el pie no sabe cómo en las rejillas existentes, y ha tropezado cayendo al suelo”*.

Se puede entender de la anterior exposición que la reclamante introdujera el pie en la rejilla existente, pero no que ésta estuviese levantada, por lo que parece más bien un despiste de la accidentada al ir caminando por una zona en obras, que de algún problema ocasionado por una irregular ejecución de obra. Además, destaca que en la hora en la que se produce el siniestro existe una luminosidad total de la calzada, puesto que es hora diurna, y por lo tanto tampoco se puede alegar falta de visibilidad de la misma.

3. De las fotografías de la zona donde se produjo el accidente aportadas por la Policía Local de Torre Pacheco, se desprende que estaba en obras, y no se aprecia la existencia de ninguna rejilla levantada, ni en posición que pudiera ocasionar accidente alguno, por lo que si ocurrió como manifiesta la accidentada debió de ser por una distracción de la misma.

4. La vía donde la reclamante localiza el siniestro tiene características de carretera que discurre por zona urbana y que en el momento del siniestro se encontraba en obras debidamente señalizadas y con todos los requisitos exigidos para las mismas, según se aprecia en los informes emitidos por el Coordinador de Seguridad y Salud de la obra.

**QUINTO.-** Otorgado un trámite de audiencia a la reclamante, presenta escrito de alegaciones (folio 83), en el que expone que se ratifica en el escrito de reclamación presentado, cuestionando el informe técnico precitado, manifestando que no se corresponde con la realidad, pues se emite cuando ya habían finalizado las obras; expresa también que, conforme al escrito de reclamación, primero resbala y luego, como consecuencia de estar levantada la rejilla, se produce la lesión, así como que las obras no estaban señalizadas.

**SEXTO.-** La propuesta de resolución, de 29 de septiembre de 2010, desestima la reclamación presentada, al no constar acreditada la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

**SÉPTIMO.-** Con fecha 15 de octubre de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el artículo 31 de la misma Ley, respecto a los daños personales alegados cuyo resarcimiento se reclama. No obstante, se ha detectado un error en la propuesta de resolución (al analizar la inexistencia de relación de causalidad), al citar a un letrado como representante de la reclamante, cuando no figura en los escritos presentados, ni se acredita su representación en el expediente.

En cuanto a la legitimación pasiva queda acreditada en el expediente que la carretera donde tuvo lugar la caída es de titularidad autonómica (RM F-21), coincidiendo con un tramo urbano en el municipio de Torre Pacheco (Avenida de Roldán).

2. La acción indemnizatoria se ha ejercitado por la reclamante ante la Administración regional el 3 de marzo de 2008, fuera del plazo de un año desde que se produjo el accidente (el 19 de febrero de 2006); sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el

derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Añadiendo que en caso de daños a las personas, de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Atendiendo a esta última fecha, el informe del médico de cabecera Dr. x. del Centro de Salud de Torre Pacheco, de 12 de enero de 2007, señala que la reclamante estuvo en tratamiento médico ambulatorio y en rehabilitación desde el 24 de octubre del 2006 hasta el 11 de enero de 2007, y tomando como *dies a quo* esta última fecha, la acción ejercitada ante el Ayuntamiento de Torre Pacheco el 22 de junio de 2007 habría interrumpido el plazo de prescripción, a tenor de la doctrina de este Órgano Consultivo expresada, entre otros, en los Dictámenes 68 y 254 del año 2010, en tanto existía una apariencia razonable de la competencia municipal, lo que explica que la reclamante se dirigiera inicialmente al Ayuntamiento en reclamación de responsabilidad, determinando en este caso la interrupción del correspondiente plazo prescriptivo.

Notificado el Decreto de la Alcaldía de 20 de diciembre de 2007 a la reclamante (registro de salida de 4 de enero de 2008), en el que se desestima la reclamación por no ser la administración competente, aquélla ejercitó la acción frente a la Administración regional el 3 de marzo de 2008 y, por tanto, dentro del plazo anual establecido.

3. El procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería consultante se ha ajustado a lo dispuesto en los artículos 6 y ss. RRP, si bien no consta el trámite de audiencia a la contratista de la Administración exigido por el artículo 1.3 RRP. De otra parte, debe dejarse constancia de la excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación, pues se ha superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13 RRP.

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

El artículo 139.1 LPAC establece, con carácter general, que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Por tanto, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 21 de abril y de 20 de mayo de 1998), los siguientes: que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del

funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o en el padecimiento del daño, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.

Veamos la aplicación de estos requisitos al presente supuesto:

1) Realidad y efectividad del daño.

La reclamante ha acreditado que, como consecuencia de la caída, sufrió unos daños personales, conforme a los informes médicos que aporta, entre ellos el evacuado por el Dr. x. del Centro de Salud de Torre Pacheco.

2) Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida.

El núcleo de la cuestión que se suscita en el presente caso es la falta de acreditación de la relación de causalidad entre la prestación del servicio público de carreteras y el resultado dañoso, partiendo del hecho de que la reclamante no ha podido probar la causa de la caída y, por tanto, que ésta sea atribuible al servicio público de carreteras, cuando le corresponde la carga de la prueba conforme a lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La anterior afirmación sobre la falta de acreditación de la causa del accidente y del nexo causal viene motivada:

a) Por las divergencias en el relato de los hechos:

En el escrito de reclamación presentado ante la Administración regional se expresa lo siguiente: *“al cruzar un paso de peatones cercano al parque de la Constitución me resbalé tropezando con una rejilla de nueva ubicación que se encontraba levantada torciéndome el tobillo”*.

Sin embargo, el agente de la Policía Local que emite un informe el mismo día de los hechos y que se persona en el lugar tras ser avisado (en realidad no fue testigo de la caída, pese a lo afirmado por la reclamante), recoge la siguiente versión de lo sucedido relatada por el esposo de la accidentada: *“venían andando desde el Pasico, y al intentar cruzar por el paso de peatones que*

*hay, del cual se adjuntan fotos, ha metido el pie no sabe como con (en) las rejillas allí existentes, y ha tropezado, cayendo al suelo*". En la comparecencia posterior ante la Policía Local el 28 de febrero (9 días después del accidente) la reclamante corrige la versión y manifiesta que la "rejilla estaba levantada".

Esta evidente contradicción en la forma en que se produjo el accidente se vuelve a repetir en la reclamación presentada ante el Ayuntamiento el 22 de junio de 2007, pues en el Antecedente Primero del escrito se señala que se resbaló tropezando con una rejilla que se encontraba levantada, pero en los Fundamentos de Derecho se hace referencia a que tropezó con una rejilla como consecuencia de resbalar con la gravilla (siendo éste ahora el elemento causante de la caída).

Contrastando las distintas versiones se otorga mayor fiabilidad al relato inmediato a la caída, concretamente a la versión dada por el marido de la reclamante a los agentes de la Policía Local que se personaron en el lugar, en la que no se describe como origen de la caída que la rejilla se encontrara levantada (ni tan siquiera se menciona tal circunstancia), sino que, por el contrario, se infiere cierta perplejidad del marido de cómo había podido introducir la reclamante el pie en la rejilla, cayendo al suelo.

b) Por las fotografías aportadas al expediente.

Tampoco en las fotografías que aporta la reclamante, ni en las que se acompaña al informe del agente de la Policía Local que se personó en el lugar, se observa que la rejilla estuviera levantada, y tampoco que existiera un obstáculo en el paso de cebra.

También es muy visible en las fotografías aportadas al expediente, que se estaban realizando obras en la zona, y que a la hora en que se produjo la caída había suficiente visibilidad con luz natural. En tal sentido, el director de las obras realiza la siguiente reflexión: "*si la rejilla estaba mal colocada o levantada, no se entiende la decisión del (de la) mismo(a) de atravesarla sin la precaución necesaria*".

También se infiere de algunas fotografías la existencia de señalización (conos y vallas), confirmada por el director de las obras, por lo que el hecho de que existieran obras no es suficiente *per se* para imputar el accidente al servicio público viario, si no se ha acreditado por la reclamante que ésta sea la causa de la caída.

Por tanto, este Consejo Jurídico alcanza la conclusión de que no se ha probado por la reclamante que la causa del accidente estuviera en el funcionamiento del servicio público, por lo que procede desestimar la reclamación.

En el mismo sentido al expresado, nuestro Dictamen núm. 35/99, en el que se razonaba:

*“Ya se ha expuesto con anterioridad la insuficiencia de pruebas que acrediten la relación necesaria de causa a efecto en la producción de los daños, ya que nos encontramos ante manifestaciones no averadas por parte de la reclamante sobre la situación de las obras, las cuales son contradichas por los técnicos de la Administración, sin que sea suficiente las declaraciones testimoniales propuestas, por las reservas realizadas sobre la valoración de la prueba testimonial (Consideración Tercera). Por tanto, este Consejo Jurídico, coincidiendo con los órganos preinformantes, considera que no se ha acreditado por la reclamante, a quien compete como consecuencia de los principios generales imperantes en materia probatoria, la existencia de relación de causalidad entre la actuación administrativa y los daños sufridos (Dictamen del Consejo de Estado 2.165/95, de 5 de octubre y Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala 3ª, de 11 de noviembre de 1998).*

En el presente caso concurre además la singularidad sobre el supuesto de hecho enjuiciado en el precitado Dictamen, que la reclamante no ha aportado declaraciones testimoniales que corroboren la causa de la caída, pues el informe del agente de la policía local que se personó en el lugar tras el accidente contradice la versión dada, como se ha indicado anteriormente.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en cuanto desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de la observación realizada en la Consideración Segunda, 3 sobre la omisión de un trámite de audiencia a la contratista.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 54-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 14/03/2011

**Extracto doctrina**

Cuando un ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse el enjuiciamiento y la calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, cabe hacerse con independencia si resulta de la aplicación de normativas diferentes, pero no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 27 de septiembre de 2004, x, en su condición de administrador único y representante de la empresa "--", presenta en el Registro General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (ventanilla única del Ayuntamiento de Murcia) reclamación por la que solicita indemnización por los daños materiales sufridos, como consecuencia del accidente de circulación ocurrido el 20 de marzo anterior, cuando circulaba sobre las 17.00 horas con el vehículo propiedad de la mercantil citada por la carretera MU-702, sentido Archivel a Nerpio, y aproximadamente 1,5 km. después de pasar el cruce con la carretera MU-703 a Moratalla, se desvió de la citada carretera hacia un camino terrizo situado a la derecha de la vía para hablar por teléfono. Al terminar, tras comprobar que el camino de terrizo proseguía hacia delante y que accedía a la carretera por la que circulaba al principio, inició la marcha hasta que el vehículo cayó en una zanja existente, que cruza el camino de lado a lado, de unos dos metros de profundidad.

Imputa al funcionamiento del servicio público que no existiera señalización que indicara la existencia de dicha franja (artículo 139 del Reglamento General de Circulación, aprobado por RD 1428/2003, de 21 de noviembre), que no era posible verla antes de caer, no teniendo tiempo de frenar ni de realizar maniobra evasiva. Para acreditar los hechos acompaña el atestado instruido por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil por denuncia presentada el 3 de abril de 2004, así como fotografías del lugar.

Asimismo aporta los datos de la contratista que realizaba las obras, instando a que se la emplace como interesada, a la vez que a la aseguradora de la Administración, si la hubiere.

Finalmente, tras proponer prueba testifical, solicita una indemnización por los daños causados al vehículo cuya reparación ascendió a 8.067,09 euros, según la copia de la factura que acompaña, así como los gastos (4.613,32 euros) que se originaron a causa del alquiler de otro vehículo para el desempeño de las labores profesionales de la empresa, que sumados resultan una cuantía indemnizatoria total de 12.680,41 euros.

**SEGUNDO.-** Con fecha de 5 de octubre de 2004 la instructora del expediente solicita la mejora y subsanación del escrito de reclamación presentado, en relación con los siguientes aspectos: acreditación de la representación con la que se dice actuar, declaración del titular del vehículo de que no ha percibido indemnización por estos mismos hechos, indicación de si se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas, acreditación de la realidad del suceso, copia compulsada del permiso de circulación, etc.

El representante de la mercantil presenta escrito el 27 de octubre siguiente, acompañando la documentación que obra en los folios 23 a 70 del expediente. Debe destacarse su manifestación de que no se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas contra ninguno de los sujetos responsables del accidente.

**TERCERO.-** Recabado el informe de la Dirección General de Carreteras, es evacuado el 21 de abril de 2005 por el Ingeniero Coordinador de Conservación Sectores Alcantarilla-Caravaca en el siguiente sentido:

*“En referencia al citado expediente le informo que efectivamente la carretera MU-702 en la fecha en la que se produjo el accidente estaba en obras, que venía ejecutando la empresa constructora --, adjudicataria de las mismas, a la que x. les ha demandado judicialmente, reclamando los daños producidos tanto en el vehículo como ocupantes.*

*Que al estar la carretera en obras toda la responsabilidad derivada de la señalización corresponde a la citada empresa, quedando en este caso la Administración regional (Dirección General de Carreteras) totalmente exenta de aquélla.*

*No obstante, es importante aclarar que el vehículo siniestrado circuló por la explanación en obras de una variante de la carretera MU-702, cuyo acceso estaba prohibido y debidamente señalizado. Que según personal de obra el vehículo todo terreno se introdujo en un cauce*

*existente, en el que la empresa constructora no actuó como puede comprobarse en las fotografías existentes en la documentación del expediente”.*

**CUARTO.-** Con fecha 28 de abril de 2006, el representante de la reclamante presenta escrito solicitando las medidas de seguridad del proyecto, que se debían adoptar por la empresa licitadora de la obra de acondicionamiento de la Carretera MU-702. Ese mismo día, presenta otro escrito en cumplimiento del requerimiento efectuado por la instructora en relación con la prueba documental.

**QUINTO.-** Practicada la testifical propuesta por el representante de la mercantil reclamante, constan las declaraciones de tres testigos (folios 100 y 107), destacando las siguiente contestaciones de x, que se dirigía en caravana conjuntamente con el vehículo accidentado:

*“2ª. Describa cómo se produjeron los hechos:*

*Salimos de la casa rural en la que estábamos y diez minutos de salir íbamos tres coches en caravana, x. se desvía y le adelantamos. Paramos y él continúa. Seguimos por la carretera y él continúa por el camino terrizo. A mitad del camino él hace un extraño y vamos a socorrerle y observamos que el coche estaba en la zanja de unos 2 metros más o menos.*

3. *¿Se comentó cuál fue la razón de continuar por el camino terrizo y no volver a la general?*

*No sé si comentó pero todos dimos por hecho que el camino unía con la general”.*

**SEXTO.-** Otorgado un trámite de audiencia a la parte reclamante, representada por x, según el acta de comparencia obrante en el expediente (folio 99), presenta escrito el 19 de junio de 2007 (registro de entrada) en el que, en síntesis, alega que en el camino terrizo no existía señalización alguna que indicase la existencia de la zanja o de obra alguna; que la zona de obras se encontraba deficientemente señalizada, sin señal que prohibiera la circulación en la zona terriza que existía junto a la calzada; y que sólo existía la duda de si existía una señal de orientación ubicada metros antes de la entrada a la zona terriza, que era inhábil a los efectos en cuestión, sin que se hubiera cumplido con lo establecido en la Orden Ministerial de 31 de agosto de 1987 sobre señalización de obras en vías fuera de poblado.

**SÉPTIMO.-** El 5 de octubre de 2007, el Jefe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras emite el informe que se le había solicitado sobre el valor del vehículo, los daños causados y otras circunstancias de interés.

A este respecto destaca que el importe de la reparación es superior al valor venal del vehículo y que, consultado el inspector de obras de la zona, informa que al conductor del vehículo se le advirtió verbalmente que no se metiera por el camino terrizo, pues estaba prohibido por señalización vertical, a lo que aquél hizo caso omiso alegando que su vehículo superaría cualquier dificultad que se le presentara.

**OCTAVO.-** Otorgado un trámite de audiencia a quien dice telefónicamente representar a la mercantil reclamante, requiriéndole seguidamente para que la acredite, se presenta escrito de alegaciones por su representante remitiéndose a las alegaciones ya realizadas y cuestionando la realidad de las observaciones del informe del Parque de Maquinaria, así como refiere que ninguno de los técnicos se pronuncia sobre la insuficiente señalización de la zona (folios 137 a 139).

**NOVENO.-** Mediante oficio de 18 de abril de 2008 se otorga trámite de audiencia a la mercantil --, presentando alegaciones en su nombre y representación x. (folios 167 y 168), en las que, en síntesis, alega que, contrariamente a lo manifestado en su momento por la parte reclamante, se han seguido actuaciones penales por los hechos objeto del presente expediente, en virtud de la denuncia presentada por x, esposa de x, que resultó lesionada por el accidente. Así, aporta copia de la sentencia de 23 de febrero de 2006 del Juzgado de Instrucción número Dos de Caravaca de la Cruz (Juicio de Faltas núm. 531/2004) en la que, por los hechos en cuestión, se condena a x. como autor penalmente responsable de una falta de lesiones imprudentes, y se declara responsable civil directo a la compañía de seguros --, por la cantidad establecida en la sentencia, y la responsabilidad civil subsidiaria de la mercantil --. Por el contrario, se absuelve a la reseñada empresa constructora y a su jefe de obra, que también habían sido penalmente denunciados. Igualmente, se aporta copia de la sentencia de 15 de noviembre de 2006, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia, confirmatoria de la primera.

Se destaca por el representante de la constructora un párrafo de la primera de las sentencias citadas:

*“En el presente caso la conducta del conductor del vehículo fue a todas luces imprudente, obviando el panel direccional existente, abandonando la calzada y parando su vehículo en una zona en la que no existía arcén, debiendo volver de manera inmediata a la calzada por la que circulaba, lo cual no hizo, sino que continuó circulando adentrándose en dicho lugar, el cual por sus*

*propias condiciones no era transitable ni apto para la circulación en las debidas condiciones de seguridad, debiendo establecerse por todo ello la responsabilidad exclusiva de dicho conductor”.*

**DÉCIMO.-** Formulada propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de 3 de octubre de 2008, y recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, se emitió bajo el número 54/2009, en el sentido de completar las actuaciones instructoras por las siguientes razones:

*“1. Así, en primer lugar, presentado por una de las partes interesadas copias simples de unas sentencias penales sobre los mismos hechos de los que parte la reclamación de referencia, es obligado, dada la relevancia de aquéllas en la resolución del procedimiento, que se requiera al órgano jurisdiccional competente para que facilite copias auténticas de dichas sentencias, debiendo expresarse a tal efecto que tal documentación se interesa por ser necesario para la resolución del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, seguido, en principio, por los mismos hechos.*

*2. Por otra parte, se advierte que los trámites de audiencia a las dos partes interesadas (reclamante y empresa constructora) no se han otorgado simultáneamente, como debería haberse efectuado, sino que en un principio se otorgaron varios trámites de audiencia sólo al reclamante, marginando en ellos a la citada empresa, y después, en el trámite de audiencia final, primero se otorgó uno al reclamante y, después, una vez evacuado el mismo, se otorgó otro a dicha empresa, de modo que ésta ha podido alegar lo conveniente en último extremo y a la vista de todo lo alegado por el reclamante. Esto supone un trato de favor para aquélla, incompatible con la posición de neutralidad del instructor y de la igualdad de posibilidades de defensa de las partes exigible en estos procedimientos.*

*3. Por ello, cuando se reciba la documentación a que se refiere el punto 1, deberá otorgarse un trámite de audiencia simultáneo a las partes, para que, en el mismo plazo concedido al efecto, puedan alegar lo que convenga a su respectivo derecho, requiriendo expresamente al reclamante aclaración sobre las manifestaciones vertidas en escrito de 27 de octubre de 2004 sobre la inexistencia de acciones contra los responsables del accidente”.*

**UNDÉCIMO.-** Solicitadas copias autenticadas de las resoluciones judiciales a los órganos jurisdiccionales correspondientes, y una vez recibidas por el órgano instructor se otorga un trámite de audiencia a todos los interesados en el expediente (con fecha 21 de septiembre de 2009), que vuelve a reiterarse varios meses después (el 19 de abril de 2010), sin que consten que se hayan presentado alegaciones, tras lo cual se formula nueva propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de 13 de octubre siguiente, que considera, en síntesis, que la actuación penalmente

ilícita del reclamante rompe la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños por los que se reclama, pues el representante de la mercantil reclamante fue condenado por imprudencia en la conducción, al incumplir la indicación de un panel direccional existente al comienzo del camino de tierra en cuestión, abandonando la carretera e introduciéndose indebidamente en dicho camino, por lo que fue declarado exclusivo responsable de los hechos de referencia.

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 20 de octubre de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. La empresa reclamante está legitimada activamente para deducir la reclamación objeto de Dictamen, por ser la titular del vehículo siniestrado y sufrir el perjuicio económico consistente en los gastos de alquiler de un vehículo para las actividades de la empresa durante el período de reparación del primero.

II. La reclamación se ha interpuesto en el plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), vista la fecha de los hechos que motivan la reclamación (20 de marzo de 2004) y la presentación de ésta (27 de septiembre de 2004).

III. Por lo que se refiere al procedimiento tramitado, se han subsanado las deficiencias advertidas, si bien han de realizarse las siguientes observaciones:

1. La excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación, pues se ha superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13 RRP, observándose paralizaciones y reiteración de trámites de audiencia en la última fase del procedimiento que no se encuentran justificadas.

2. La formalización de la propuesta de resolución debe ser revisada, pues contiene datos erróneos procedentes de otras reclamaciones (por ejemplo, Antecedente Sexto), así como también es errónea la fecha del siniestro (Fundamentación Tercera, apartado 4, sobre la relación de causalidad).

### **TERCERA.- Vinculación fáctica del previo proceso penal.**

Sobre la incidencia del proceso penal en el posterior procedimiento de responsabilidad patrimonial y, en concreto, sobre la vinculación fáctica, el Tribunal Constitucional ha clarificado su alcance en la Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, al enjuiciar el principio "*non bis in ídem*". En efecto, esta Sentencia viene a considerar que cuando un ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse el enjuiciamiento y la calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, cabe hacerse con independencia si resulta de la aplicación de normativas diferentes, pero no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

En este mismo sentido, el Consejo de Estado ha recogido en su doctrina (Dictamen 2.554/94, de 16 de febrero de 1995) que el relato de los hechos, considerados por el Tribunal como probados, tiene una eficacia que trasciende del proceso penal para vincular en el procedimiento administrativo, de tal modo que de esos hechos probados hay que inferir si los mismos permiten sostener la responsabilidad de la Administración. La doctrina anteriormente expuesta ha sido recogida por este Consejo Jurídico en reiterados Dictámenes (por todos, el núm. 193/2009).

Por tanto, resulta esencial reproducir parte de estos hechos probados en el Juicio de Faltas núm. 531/2004, que sustentan la propuesta elevada. Así, en la sentencia de 23 de febrero de 2006 del Juzgado de Instrucción núm. Dos de Caravaca de la Cruz se recogen como tales, asumidos expresamente por la sentencia de 15 de noviembre de 2006 de la Audiencia Provincial (rollo de apelación 520/06):

*“Queda probado que el día 20 de marzo de 2004 x. circulaba como ocupante del vehículo matrícula “—“ conducido por x. por la carretera que une las localidades de Archivel y Nerpio en dirección a esta última, cuando el conductor recibió una llamada de móvil, de manera que para atenderla abandonó la carretera por la que circulaba y se detuvo en un camino de tierra (que estaba precedido por un panel direccional) continuando circulando por el mismo una vez contestó a la llamada no advirtiendo la existencia de una zanja en la que se precipitó el vehículo”.*

De los hechos probados, deduce el primero de los fallos citados (Antecedente noveno, último párrafo):

*“En el presente caso la conducta del conductor del vehículo fue a todas luces imprudente obviando el panel direccional existente, abandonando la calzada y parando su vehículo en una zona en la que no existía arcén, debiendo volver de manera inmediata a la calzada por la que circulaba lo cual no hizo sino que continuó circulando adentrándose en dicho lugar, el cual por sus propias condiciones no era transitable ni apto para la circulación en las debidas condiciones de seguridad, debiendo establecerse por todo ello la responsabilidad exclusiva de dicho conductor”.*

#### **CUARTA.- Inexistencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.**

El artículo 139.1 LPAC establece, con carácter general, que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Por tanto, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 21 de abril y de 20 de mayo de 1998), los siguientes: que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o en el padecimiento del daño, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.

Veamos la aplicación de estos requisitos al presente supuesto.

Aunque se haya acreditado la realidad de un daño, sin embargo no se ha probado la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y aquel daño, sino, muy al contrario, de la instrucción penal previa se desprende la responsabilidad exclusiva del conductor del vehículo y, por consiguiente, la ruptura del nexo causal.

Esta responsabilidad del conductor es reconocida por la sentencia de 15 de noviembre de 2006 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia:

*“Los recurrentes reiteran en esta alzada que la causa del accidente debe recaer sobre la falta de señalización en la zona de obras donde ocurrieron los hechos, y más concretamente en la empresa --, adjudicataria de las mismas.*

*La precedente argumentación ha sido correctamente rechazada por el Juzgador de instancia habida cuenta que la señalización reflejada en las fotografías del atestado de la Guardia Civil (f.9) advierte a los conductores la obligación de continuar la marcha sin adentrarse en la explanada existente a la derecha de la carretera. Evidentemente las obras iniciadas deben contener las señales reglamentariamente establecidas al respecto, que no se puede exigir a aquellos espacios donde las obras no hubieren comenzado, siendo obligatorio seguir las instrucciones marcadas en las señales de la carretera, que en este caso no hizo el recurrente, quien debe asumir las consecuencias de todo ello al adentrarse en un espacio junto a la calzada desatendiendo su obligación de proseguir la circulación por la carretera. Todo ello ha sido analizado por el Juzgador de instancia en acertados razonamientos que deben ser asumidos”.*

De otra parte, llama la atención que la denuncia previa se dirigiera frente a la contratista, a la que se consideraba responsable de la señalización, y en vía administrativa se dirija frente a la Administración regional con los mismos argumentos, sin especificar qué concretas imputaciones se achaca a ésta por culpa *in vigilando*.

Por tanto, el hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no exime del imprescindible nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño, como han puesto de manifiesto la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 2582/98, de 16 de julio) y pronunciamientos judiciales, entre ellos, las sentencias de 8 de febrero de 2008 y de 23 de abril de 2010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. En el presente caso no se ha acreditado la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y los daños alegados, lo que conduce a desestimar la reclamación, al igual que lo hicimos en nuestros Dictámenes núms. 99 y 128 del 2004.

En este punto, debe recordarse la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo plasmada, entre otras muchas, en sentencias de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de mayo de 1999 y de 12 de diciembre de 2000, en las que se afirma que cuando las lesiones producidas no son imputables al funcionamiento del servicio público y sí al proceder del accidentado, se produce la ruptura del nexo causal y la exoneración de responsabilidad patrimonial.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de las observaciones realizadas en la Consideración Segunda, III, sobre la rectificación de errores materiales en la indicada propuesta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 55-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x,y., por los daños sufridos en sus viviendas, como consecuencia de la realización de la obra "entubamiento de la acequia Puxmarina, tramos I, II, III y IV en la pedanía de la Raya".

**Consultante** Consejero de Agricultura y Agua (2004)

**Fecha** 16/03/2011

**Extracto doctrina**

La relación de causalidad no ha de entenderse en sentido absoluto, es decir, como un nexo directo y exclusivo, sino en sentido relativo, de forma que la aparición de una pluralidad de causas en la generación del daño, entre ellas, en todo caso, la obligada relación con el funcionamiento del servicio público, permite apreciar una concurrencia de causas con la consiguiente distribución equitativa de la indemnización derivada de la lesión sufrida. Ahora bien, para ello es menester que las causas concurrentes tengan un efecto condicionante del resultado dañoso, pues no procede la responsabilidad cuando la conducta de la víctima o un tercero es decisiva o determinante del hecho dañoso, en cuanto origen o causa eficiente e idónea del resultado teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 25 de septiembre de 2009, x, a través de su representación letrada, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Consejería de Agricultura y Agua de la Región de Murcia, por los daños que dice haber sufrido en su vivienda, sita en La Raya, pedanía de Murcia, como consecuencia de las obras promovidas por dicha Consejería para el entubado de la Acequia Puxmarina.

Relata el reclamante que el 3 de febrero de 2009, cuando los trabajos se desarrollaban junto a su vivienda, ésta sufrió el desprendimiento de la parte delantera, ocasionando grietas y graves daños en el resto de la casa. Tras apuntalarse la vivienda, el reclamante y su pareja ocuparon la parte trasera de la casa, aun cuando las condiciones de habitabilidad no eran las idóneas y empeoraban progresivamente, por lo que, tras meses de vivir en tales circunstancias, hubieron de abandonar su residencia y marcharse de alquiler a otra casa. Reclama una indemnización total de 134.323,23 euros, en concepto de reparación de vivienda (117.512,94 euros), alquiler (4.550 euros) y daño moral (12.206,29 euros).

Se acompaña la reclamación de los siguientes documentos: a) nota simple del Registro de la Propiedad en la que consta el reclamante como titular de la vivienda afectada; b) facturas de suministros de la vivienda; c) contrato de alquiler; y d) informe pericial de arquitecto, que visitó la casa el día siguiente al de los hechos. Este informe alcanza las siguientes conclusiones:

*“1.-La edificación sita en el carril “—“, de La Raya (Murcia), sufrió un desplazamiento en su cimentación y daños que se resumen en un agrietamiento general de toda la edificación, en fecha de 3 de febrero de 2009 por la tarde, y fechas sucesivas.*

*2.-La causa del movimiento de la edificación son los trabajos de excavación bajo el plano de cimentación de la edificación y muros laterales de una antigua acequia PUXMARINA, concretamente en la confrontación de la propiedad, entre 10-12 metros aproximadamente de fachada y paso.*

*3.-Las obras las promueve la Consejería de Agricultura y Agua, Dirección General de Regadíos y Desarrollo Rural, siendo el contratista la empresa --, y la subcontratista, cuyo personal y maquinaria trabaja en las obras en el momento del siniestro --.*

*4.-En la jornada siguiente al siniestro 4/02/2009, se reúnen a pie de obra a primera hora, el Ingeniero Director de las Obras x; representante de --; encargado, y el Ingeniero Técnico de Seguridad encargado de la seguridad y salud de las obras, con los propietarios del edificio, y el técnico que suscribe, y tras la inspección y toma de datos, acuerdan que se emita informe para correr con los gastos de daños ocasionados, dejando constancia por el reportaje fotográfico, y aceptando la responsabilidad del siniestro. Se encuentran presentes los encargados de obra que me acompañan en el reconocimiento del estado inicial de los daños, y se comprometen a apuntalar la edificación y colocar testigos, y así se realizó.*

*5.-Tras el informe pericial que se presentó a -- por los propietarios de la edificación, se realizaron obras en la acequia consistentes en el paso de la canalización compuesta por tubo previsto en proyecto de 100 cm. de diámetro, cubierto con hormigón en masa, en cantidad tal vez excesiva, pero no se realizó el encamisado del tubo, como se había comprometido el Ingeniero Director.*

*6.-La semana del siniestro quedan retirados muebles y parte del ajuar doméstico de la planta baja y semisótano, por los propietarios para apuntalar forjados primero y segundo.*

7.-La misma semana, día 8 de febrero, se comprueba que los testigos colocados rompen y aparecen nuevas grietas, aumentando la longitud y espesor de las existentes desde el primer día, 3 de febrero. Se colocan nuevos testigos con yeso, y se hace un seguimiento del cual se documenta el estado en 14 de agosto de 2009, en el que se aprecia que ha aumentado la apertura de grietas, llegando a 2 y 3 cm. de ancho en las que marcan el desplazamiento de la estructura en la medianera, en toda la altura del edificio, y esto a pesar de estar apuntalado.

8.-La actuación realizada en la acequia para paralizar el asiento diferencial de la cimentación ha sido totalmente inadecuada, pues no se ha estudiado el recalce de cimentación que rompieron en su intervención, no se han transmitido las cargas al terreno mediante micropilotaje u otro procedimiento, sino que ha sobrecargado todo el terreno con más de 100Tn de hormigón en un frente de 10 metros, donde anteriormente existía un cauce de más de 3 metros de profundidad y ancho entre 2 y 3 metros.

9.-El estado de la edificación en su totalidad no cumple condiciones de seguridad y habitabilidad en la actualidad, por lo que fue deshabitada en su planta baja y semisótano por sus ocupantes y propietarios.

10.-Las obras de reparación propuestas tienen como finalidad la rehabilitación estructural y funcional de la edificación - vivienda de planta baja y zonas comunes, con un importe aproximado de 117.512,94 euros, todo ello a falta de comprobar por el estudio geotécnico la tensión admisible del terreno”.

Se solicita por el reclamante, asimismo, que se unan al procedimiento los expedientes de contratación y de ejecución de las obras a las que se imputan los daños, que se recabe la declaración del encargado de la obra y de una vecina, así como que se cite al arquitecto autor del informe unido a la reclamación, para su ratificación.

**SEGUNDO.-** Con fecha 2 de febrero de 2010, x, propietario de la vivienda situada en la planta primera de la misma edificación que comparte con la del x, igualmente a través de Letrado, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional por los mismos hechos, dirigiendo su reclamación también frente a la contratista (--), la subcontratista (--), así como frente al Director Facultativo, Director Técnico y responsables de seguridad y salud de la obras.

Señala que, como consecuencia de los trabajos de excavación realizados en el cauce, se produjo el descalce del muro de contención de tierras, de la cimentación de la vivienda y del tablero

que sirve de puente sobre la acequia. Ello deriva en graves desperfectos de la edificación que la hacen inhabitable.

Reclama una indemnización correspondiente al valor de reparación de los daños sufridos por la vivienda y que valora de forma provisional en 55.534,98 euros. Solicita, además, una indemnización por daños morales que ascendería a 25 euros/día por cada uno de los cuatro habitantes de la casa, residencia habitual de la familia, hasta el momento en que se produzca la total reparación de los daños. La suma de las cantidades reclamadas por todos los conceptos, a la fecha de la reclamación, asciende a 92.034,98 euros.

Solicita el reclamante que: a) se requiera a los servicios y cuerpos de seguridad del Estado para que informen sobre lo ocurrido; b) se tome declaración a los trabajadores de la contratista y subcontratista y se identifique a las aseguradoras de éstas; y c) que se le informe de quiénes son el Director, Director Técnico y responsable de seguridad y salud y de las aseguradoras de todos ellos.

Finalmente, se insta a la Administración a que se pronuncie expresamente sobre la posible responsabilidad de la contratista, subcontratista, Director facultativo, Director Técnico y responsable de seguridad y salud de las obras.

Se aporta junto a la reclamación certificado del padrón de habitantes, poder para pleitos a favor del Letrado actuante, acta de conciliación intentada sin éxito frente a la contratista y subcontratista e informe pericial, que apunta como causa del siniestro el descalce de la cimentación de la vivienda, al excavar en el cauce de la acequia a cotas superiores a 1 metro desde el firme de ésta. Como consecuencia, el edificio ha experimentado un asentamiento estructural hacia la fachada, descolgándose los forjados de escalinata y puente sobre la acequia, con aparición de grietas en forjados, plataformas de escaleras, paramentos verticales, etc. La escalera de acceso exterior a la vivienda ha actuado de contrafuerte del edificio, evitando el desplome total. La vivienda ha sido apuntalada interiormente y acodalada en su cimentación y estructura portante hasta que se terminen los trabajos. Afirma, además, que *“se podría argumentar que la cimentación ya estaría debilitada o reblandecida por estar asentada sobre tierras en contacto con acequia. La antigüedad del edificio sin haberse objetado (sic) daños, contradice tal versión”*. Considera el informe que los daños son imputables a título de negligencia a la Dirección Técnica de la obra, sin perjuicio de la responsabilidad de los empleados de la contratista y subcontratista y de los responsables de seguridad y salud, por no haber aplicado las normas de protección y seguridad que la prudencia y el buen hacer constructivo aconsejan. Contiene, además, una valoración del coste de reparación de los daños advertidos en la vivienda, que asciende a 47.874,98 euros.

**TERCERO.-** Admitidas a trámite ambas reclamaciones se designan los respectivos instructores, que proceden a recabar del servicio a cuyo funcionamiento se imputan los daños el preceptivo informe (art. 10.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, RRP).

**CUARTO.-** Con fecha 10 de marzo de 2010, el Secretario General de la Consejería de Agricultura y Agua acuerda la acumulación de los dos procedimientos de responsabilidad patrimonial y designa instructor.

**QUINTO.-** Por el Director de las obras, Ingeniero Técnico Agrícola adscrito al Servicio de Infraestructuras Rurales de la Dirección General de Regadíos y Desarrollo Rural, se emiten sendos informes, correspondientes a ambas reclamaciones. Dada la coincidencia de su contenido, se destacan a continuación los elementos comunes.

El promotor de la obra es la Administración regional, a través de la Dirección General de Regadíos y Desarrollo Rural, siendo el autor del proyecto el Director de las obras informante. El contratista principal es -- y la subcontratista "--". El autor del estudio de seguridad y salud, así como la coordinación de la seguridad y salud durante la fase de elaboración de proyecto y ejecución de las obras, corresponde a la mercantil "--"

Los informes alcanzan las siguientes conclusiones comunes:

*"1. Que el día 3 de febrero de 2009, por la tarde, durante la ejecución de las citadas obras, se produjeron daños a una vivienda situada en la "--" de la pedanía de la Raya (Murcia).*

*2. Que dicha vivienda está construida, en parte, sobre la acequia Puxmarina, invadiendo terrenos propiedad de dicho Heredamiento Regante (cauce y quijeros), y que se construyó sin licencia urbanística y está fuera de ordenación urbana (ver anejos nº 1 y 2).*

*3. Que el incidente ocurrió durante las labores de limpieza de lodos y fangos de la acequia.*

*4. Que la vivienda presenta un deficiente sistema constructivo y cimentación. Parte de la cimentación de la vivienda, y a consecuencia de la cual se han producido los daños que nos ocupan, se ejecutó sobre el propio cauce de la acequia y en terreno fangoso. Esta cimentación está formada por unos muros corridos de bloques de hormigón, apoyados sobre unas mínimas correas*

de hormigón y piedras, resultando la misma insuficiente para las cargas que soporta y tipo de terreno sobre el que se apoya.

(...)

6. Que la deficiente cimentación con que cuenta la vivienda dio lugar a que unas simples labores de limpieza de la acequia, retirando lodos y fangos, afectaran a la edificación. Este extremo no se contempló ni en el Estudio de Seguridad y Salud, ni en el Plan de Seguridad y Salud, ni por parte de la empresa constructora, ni por el Coordinador de Seguridad y Salud, ni por el Director de obra que suscribe. Una adecuada cimentación de la vivienda, apoyada sobre terreno firme, correctamente dimensionada y arriostrada habría evitado el incidente.

7. Que la vivienda presentaba daños y problemas estructurales con anterioridad al inicio de las obras, fruto de su deficiente cimentación y sistema constructivo. Al tratarse de una construcción realizada sin licencia de obras, el propietario, bajo su responsabilidad, y sin proyecto técnico, visado por Colegio Oficial, construyó la actual edificación. La misma, debido a su deficiente sistema constructivo, ha ido padeciendo patologías (asentamientos diferenciales y fisuras) desde el momento de su construcción, tal y como se muestra en el presente informe.

8. Que según el informe técnico redactado por el Arquitecto x, de fecha 9 de febrero de 2009, que se adjunta como anejo nº 3: "la principal causa que provoca la totalidad de las lesiones de la vivienda es el asentamiento diferencial de su cimentación. Este asentamiento ya se producía antes de que la empresa -- comenzara a realizar los trabajos en la acequia contigua, pero la realización de los trabajos de limpieza ha acrecentado el asentamiento al restar superficie de apoyo a la cimentación de la vivienda. La vivienda está afectada en su primera crujía por grietas y desplomes que evidencian su asentamiento hacia la acequia, como consecuencia a priori de su deficiente sistema constructivo y cimentación, y acrecentadas a posteriori por los trabajos realizados en la acequia. El movimiento de tierras realizado ha acrecentado la patología que presentaba previamente la vivienda, por lo que las grietas existentes han incrementado su tamaño y el desplome se hace más evidente".

9. Que durante la inspección realizada a la vivienda, el día 4 de febrero de 2009, se apreciaron daños localizados principalmente en la primera crujía de la vivienda y en el tablero que sirve de puente sobre la acequia Puxmarina. Los daños apreciados fueron los siguientes:

- Desplome parcial del tablero que, a modo de puente, sirve de acceso a la vivienda y soporta parte de la fachada principal.

- *Desplome parcial de uno de los muros de bloque que soportan el tablero antes mencionado.*

- *Aumento de tamaño de grietas preexistentes en paredes y suelo de la primera crujía.*

- *Aparición de nuevas grietas en la parte correspondiente a la primera crujía.*

10. *Que la valoración de dichos daños, realizada por el Arquitecto, --, para el conjunto del edificio (viviendas nº 25 y 27), en su informe técnico de fecha 9 de febrero de 2009, asciende a 21.065,75 euros, comprendiendo la misma 16.999,00 euros en concepto de consolidación del terreno (ya ejecutada), y un total de 4.066,75 euros en concepto de reparación de terminaciones (pendiente de realizar). Hay que destacar que en dicho informe se indica que los trabajos previstos pretenden subsanar las lesiones provocadas en la vivienda como consecuencia de las obras realizadas en la acequia y evitar el asentamiento y desplazamiento lateral del terreno y muros portantes vinculados a la acequia, pero en ningún caso se asume otro tipo de patologías o lesiones derivadas del deficiente sistema constructivo de la vivienda. Igualmente, hay que significar que no se ha podido comprobar si con posterioridad al incidente han surgido nuevos daños a consecuencia del normal asentamiento que el nuevo apoyo realizado (hormigonado de la cavidad de la acequia, alrededor de la tubería proyectada, y zapatas del mismo) pueda experimentar.*

(...)

12. *Que se considera que el fin de la posible indemnización ha de ser el devolver la vivienda al estado anterior al incidente, no resarcir una edificación mal construida”.*

Como conclusiones particulares, respecto del informe pericial aportado por el reclamante x, se afirma:

“5. *Que, en consecuencia, hago constar que discrepo radicalmente con lo afirmado por el Arquitecto, x, en la página nº 9 de su informe pericial, de fecha 30 de agosto de 2009, respecto a que la cimentación: "parte de terreno firme, aunque reblandecido por la acción del canal o acequia"; pues, la acequia Puxmarina es, evidentemente, muy anterior a la vivienda que nos ocupa y, por tanto, la acción del canal o acequia, no puede haber reblandecido, a posteriori, el terreno firme sobre el que se apoya la cimentación. Por tanto, considero que lo correcto sería afirmar que la cimentación se ejecutó sobre terreno reblandecido por la acción de la acequia, no sobre terreno firme.*

(...)

11. *Que hago constar que no considero correcto lo afirmado por el Arquitecto, x, en su informe pericial de fecha 30 de agosto de 2009,*

En relación con el informe aportado por x, se precisa que no considera “correcto lo afirmado por el Arquitecto Técnico x, en su informe de fecha 20 de abril de 2009, respecto a que la totalidad de los daños alegados en su informe han sido ocasionados por la ejecución de las obras que nos ocupan. Como se ha demostrado en este documento, parte de los mismos son anteriores al inicio de dichas obras”.

El informe del proyectista y Director de las obras se acompaña de la siguiente documentación:

- Informe de la Junta de Hacendados de la Huerta de Murcia, según la cual, la acequia Puxmarina es de su propiedad, como lo son el cauce, los quijeros (cajeros) y márgenes de la misma (art. 408.5, segundo párrafo del Código Civil, art. 49 de la Ley de Aguas y concordantes del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, Ordenanzas y Costumbres de la Huerta de Murcia y como reconoce la STS 30 de junio de 1989). Por ello, las casas afectadas por las obras están construidas, en parte, sobre terrenos de propiedad de la Junta de Hacendados, sin autorización alguna. Tales edificaciones fueron construidas en su día sobre quijeros y cauce de la acequia sin base sólida alguna, por lo que era previsible que la parte construida sobre el cauce tendría que hundirse o agrietarse antes o después, “y quedó demostrado bastante tiempo antes de llevar a cabo la limpieza y entubado de la acequia”.

- Extracto de normas urbanísticas integradas en el planeamiento urbano del Ayuntamiento de Murcia, aplicables a la edificación en las Huertas del indicado municipio, en el que se establece un retranqueo o distancia mínima a linderos de 10 metros.

- Informe técnico elaborado por arquitecto (x) a requerimiento de la contratista (--), cuyos extremos más relevantes han sido incorporados a los informes del Director de las obras.

- Escrito del Alcalde Pedáneo de La Raya, según el cual ya en el 2008 los propietarios de las viviendas afectadas le comunicaron su preocupación ante el estado de las mismas, dado que el agua de la acequia estaba afectando a la edificación, por lo que tenían la intención de entubar y hormigonar el tramo de acequia bajo su vivienda, a fin de afianzar el terreno y evitar las filtraciones de agua.

**SEXTO.-** El 18 de marzo de 2010, el instructor realiza las siguientes actuaciones:

- Insta a los reclamantes para que aporten el historial registral de las fincas afectadas y certificación catastral y plano parcelario de las mismas.

- Solicita los expedientes de contratación y ejecución de las obras.

- Comunica la reclamación a -- y al subcontratista, al coordinador de seguridad y salud laboral y al Director de las obras en su condición de interesados, requiriendo a estos dos últimos para que informen si las obras fueron ejecutadas por el contratista conforme a proyecto y si los daños se produjeron por la imprevisión del mismo de las consecuencias que las obras podrían ocasionar en las viviendas. A contratista y subcontratista, por el contrario, se les pide que manifiesten la responsabilidad de la empresa en los hechos o si éstos fueron consecuencia de una orden de la Administración o un vicio del proyecto.

**SÉPTIMO.-** El 31 de marzo, el Director de las obras comunica al instructor que *“las obras causantes del daño fueron ejecutadas por el contratista conforme a proyecto, y que no se previó que unas simples labores de limpieza de la acequia, retirando lodos y fango, pudieran afectar a la edificación. Este hecho ni se contempló en el Proyecto técnico, ni en el Estudio de Seguridad y Salud, ni en el Plan de Seguridad y Salud, elaborado por la empresa constructora; y que, ni por parte del Coordinador de Seguridad y Salud, ni del Director de obra que suscribe, se dio ninguna orden al respecto”*.

**OCTAVO.-** El 20 de abril comparece -- negando toda responsabilidad en la causación del daño, pues la obra se ejecutó conforme a proyecto y sin que por la dirección facultativa se especificara ningún método de trabajo distinto al utilizado ni medida adicional.

**NOVENO.-** Por el reclamante x. se aporta la documentación solicitada por el instructor. En la certificación catastral del inmueble consta como año de construcción 1975.

**DÉCIMO.-** El 21 de mayo comparece el Coordinador de Seguridad y Salud, señalando que no puede manifestarse acerca de si el contratista ejecutó el contrato conforme a proyecto, pues no es su cometido lo relativo al proyecto, que desconoce y del que no dispone. Asimismo señala que su cometido se limita a la seguridad y salud, desconociendo todo lo que no afecte a éstas.

**UNDÉCIMO.-** Tras comunicar los diferentes interesados las aseguradoras con las que tienen contratada la cobertura de su responsabilidad civil (x. el Director de obra, x. el coordinador de seguridad y salud, y --), el instructor da traslado a las mismas de las reclamaciones interpuestas, que se personan en el procedimiento.

**DUODÉCIMO.-** El 23 de mayo, el instructor acuerda abrir período de prueba, admitiendo todas las propuestas por los interesados, salvo la relativa al informe de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, al considerarla inútil. Acuerda, además, la práctica de numerosas pruebas de oficio y efectúa el señalamiento de las que han de realizarse, notificándolo a los interesados.

**DECIMOTERCERO.-** Se ha incorporado al procedimiento el proyecto de las obras, actuaciones preparatorias, expediente de contratación e incidencias habidas durante la ejecución del proyecto. Así mismo, consta documentación relativa al contrato suscrito entre la Consejería de Agricultura y Agua y la empresa "--" para la asistencia en materia de coordinación de seguridad y salud en la ejecución de obras y redacción de proyectos a realizar por la Dirección General de Regadíos y Desarrollo Rural durante el año 2009.

**DECIMOCUARTO.-** Durante los días 14, 15 y 16 de junio de 2010, en presencia de los letrados de los reclamantes, se procede a tomar declaración a diversos trabajadores testigos de los hechos, se interroga a los propios reclamantes y a los peritos cuyos informes se han incorporado al procedimiento.

- De las declaraciones de los operarios se desprende que, en el momento del incidente, una miniexcavadora se encontraba en el interior del cauce extrayendo barro. A la pregunta de ¿cuánto se profundizaría desde el firme de la acequia? Todos los testigos indican que en torno a 50 cm. hacia abajo. Uno de ellos, el encargado de la obra, precisa que debía profundizarse "entre 40 y 60 cm. de lodo y seno".

- El x, por su parte, niega que existieran grietas importantes en el interior de la vivienda con anterioridad a las obras y que se encontraba en perfectas condiciones de uso. Afirma que cuando solicitó al Alcalde pedáneo el entubado de la acequia fue por motivos de salubridad y malos olores. Tras el incidente estuvieron malviviendo en la casa debido a los problemas económicos por los que atravesaba, hasta que, al aumentar los desperfectos, decidieron abandonar la vivienda.

- La esposa del x. manifiesta que éste advirtió a los operarios que estaban dejando los cimientos al aire y que, veinte minutos más tarde, ocurrió el accidente. Tras el incidente han

seguido incrementándose los daños. Antes de ese momento no había grietas importantes en el interior de la vivienda.

El x. indica que la única grieta que tenía la casa era la exterior, que existía desde hacía muchos años y que no conoce la causa de las que había en el interior de la vivienda, las cuales estaban estabilizadas durante años. Afirma que advirtió al operario de la excavadora que había levantado por completo la solera del puente, ahondando un metro por debajo y dejando los cimientos al aire. Les indicó que apuntalaran y lo hicieran poco a poco, contestándole que eso era cosa de los técnicos y que ellos continuaban, ocurriendo el siniestro media hora más tarde. Niega que la Junta de Hacendados les haya reclamado la propiedad o posesión de la vivienda.

- El perito designado por el x, tras ratificarse en el informe unido al procedimiento, considera que las grietas y fisuras que presentaba la casa antes del siniestro eran las normales de cualquier edificación y que la cimentación de la casa era la adecuada, pues ha aguantado 30 años. Se ratifica en que todos los daños descritos en su informe son consecuencia del siniestro.

- El perito de la contratista, por su parte, tras ratificarse en su informe, manifiesta que la cimentación de la vivienda era deficiente en su origen, con claros signos de asentamiento diferencial anterior al siniestro, como muestran las grietas que afectaban a la primera crujía de la casa, preexistentes a las obras y que se agravaron tras éstas. Tales grietas, de magnitud importante, por su forma, denotan un desplazamiento de la primera crujía hacia la acequia, fruto del asentamiento diferencial de la cimentación. Insiste en que la valoración de los daños se refiere estrictamente a los causados por las obras, no incluyendo la reparación de los que en origen presentaba la vivienda.

- El coordinador de seguridad y salud de la obra manifiesta que tanto el estudio como el plan de seguridad y salud que obran en el expediente del contrato de obras únicamente reflejan los riesgos hacia los trabajadores y el control de acceso de personal externo a la obra, que es lo único que debe controlar el referido coordinador. No había normas de seguridad específicas para la circunstancia de inmuebles construidos sobre la acequia.

- El Director de obra, tras ratificarse en su informe, afirma que no se tomó medida de seguridad respecto a la vivienda, pues se desconocía que tuviese una cimentación deficiente, a tan poca profundidad. En el proyecto sí se contemplaba la existencia de viviendas en este tramo, que podían verse afectadas por el empleo de compactador y maquinaria pesada, que pudiese provocar vibraciones excesivas, lo que determinó que el material a utilizar en el tubo y el relleno del cauce fuera adecuado a tales circunstancias. Afirma que, tras el hormigonado del cauce, pudieron

producirse nuevos daños por el asentamiento de dicha estructura. Insiste en la existencia de desperfectos en la vivienda con anterioridad a las obras, que identifica sobre fotografías, los cuales han podido agravarse como consecuencia de aquéllas. Manifiesta que *“el proyecto contemplaba en principio una excavación para alcanzar la rasante de la tubería, incluyendo la limpieza de lodos y fangos y la excavación para dichas rasantes hasta unos 60 cm. de profundidad en total, es decir, tanto lodos como excavación”*. Considera que, ante la situación que presentaba la cimentación de la vivienda, debían haberse adoptado medidas de seguridad que no estaban contempladas ni en el estudio ni en el plan de seguridad y salud, desconociéndose el deficiente estado de la cimentación. *“Cuando la empresa procedió a realizar las labores de limpieza de la acequia y sucedieron los hechos, ni el coordinador de seguridad y salud ni yo estábamos presentes en la obra, y considero que la empresa constructora, al comenzar a realizar esta labor de limpieza pudo apreciar la deficiente cimentación de la vivienda y, en ese momento, debería haber avisado a la dirección facultativa para que se le indicara el modo de proceder, no haciéndolo y continuando con las labores de limpieza sin adoptar ninguna medida de seguridad que hubiera evitado los daños, como pudo ser acodalar los muros de cimentación o realizar las labores de limpieza por bataches, por tramos”*.

- El perito de x. también se ratifica en su informe y precisa que todas las partidas allí valoradas se refieren a daños ocasionados por las obras, no preexistentes a ellas. La casa, antes del incidente, se encontraba en buen estado, había sufrido alguna construcción adicional y había sido reforzada interiormente, sin que con ocasión de anteriores labores de limpieza de la acequia hubiera tenido problemas. La cimentación y el sistema constructivo que serían adecuados en la actualidad no eran obligatorios en la fecha de construcción de la casa. La cimentación tiene una antigüedad de unos 30 años y su estribo es cara del hueco de la acequia.

- Consta, asimismo, la declaración del Alcalde pedáneo de La Raya quien afirma que antes de las obras ya se habían dirigido a él los propietarios de las viviendas afectadas para entubar la acequia, porque *“se les había rajado”*. Este testigo se niega a contestar a las preguntas del Letrado de un reclamante y no firma su declaración.

- Según diligencia del instructor, no consiguió notificarse la citación para declarar al Presidente de la Junta de Hacendados de la Huerta de Murcia. Del mismo modo, se citó al operario que se creía era quien manejaba la miniexcavadora, sin que pudiera notificarse la citación. No obstante, de la testifical practicada se desprende que quien conducía la máquina era un trabajador de otra empresa (“--”) a la que -- arrendó la maquinaria con conductor. Personada en el procedimiento, la arrendadora niega su responsabilidad y facilita los datos personales del conductor

de la máquina. Puesto el instructor en contacto telefónico con él, manifiesta su imposibilidad de desplazarse a Murcia para declarar, por lo que se decide no citar formalmente.

**DECIMOQUINTO.-** Solicitado informe de valoración de daños a la Dirección General de Territorio y Vivienda, se emite con fecha 13 de julio de 2010, con las siguientes conclusiones:

*“Las viviendas, en sus condiciones actuales, no son habitables dado los daños producidos en las mismas por el movimiento de la cimentación al alterarse su entorno. La vivienda en planta baja se encuentra apuntalada en sus dos primeras crujías así como el semisótano.*

*Los propietarios de la vivienda de primera planta han comenzado las obras de reparación de la cubierta conformada por cerchas de madera, de nivelación del suelo en los forjados de primera y segunda crujía, de recercado de carpinterías, de fisuras y grietas, etc....*

*Tras las obras realizadas para el entubamiento de la acequia, la estructura se ve afectada desnivelándose hacia la fachada por el cambio de entorno de la cimentación al dragar el cauce de la acequia. Además de las fisuras y grietas en paramentos y suelos, y descuadre de huecos, la patología a resaltar es el deslizamiento hacia fachada de las cabezas de las viguetas en el forjado de techo de planta baja. Este forjado está constituido por viguetas de hormigón autoportantes apoyadas en vigas metálicas y entrevigado de bovedillas cerámicas.*

*Seguidamente tras las obras de entubamiento y macizado del cauce a lo largo de la fachada, las nuevas condiciones aportadas por las obras da lugar a un nuevo asentamiento del terreno y, por consiguiente, de la edificación al tener que adaptarse a las nuevas características en la que se encuentra.*

*Los alrededor de 16 meses transcurridos desde el macizado de zanja con hormigón, parecen un tiempo prudencial para que la edificación se haya estabilizado a sus nuevas condiciones con las patologías producidas inicialmente, pero se cree necesario un estudio preventivo de seguimiento de los posibles movimientos que en la actualidad se puedan dar en la edificación por un período mínimo de un año, por técnicos competentes y técnicas adecuadas, con el objeto de asegurar que la edificación se mantiene estable y evitar que reaparezcan daños en la edificación reparada.*

*El tiempo de ejecución para realizar las reparaciones necesarias y poder conseguir las condiciones de habitabilidad iniciales en las viviendas, se estima alrededor de 8 meses, a contar a*

*partir un periodo de espera mínimo de 12 meses, para que la edificación se haya estabilizado a sus nuevas condiciones”.*

La valoración del coste de reparación de los desperfectos que presentan las viviendas es la que sigue:

Planta Baja, nº 25 (x): 68.976,12 euros.

Planta Primera, nº 27 (x): 65.049,92 euros.

**DECIMOSEXTO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, presentan alegaciones los siguientes:

- La aseguradora del Coordinador de Seguridad y Salud, que señala la falta de competencia del indicado profesional en lo referente a la capacidad de decisión sobre la ejecución de las obras, toda vez que su misión es, exclusivamente, la de controlar la seguridad de los trabajadores y la de aquellas personas que accedan a las obras, no siendo esto lo que se discute en la reclamación.

- La aseguradora del proyectista y Director facultativo de las obras, que lo hace en virtud del contrato de seguro suscrito con la Consejería de Agricultura y Agua para la cobertura de la responsabilidad civil por los daños causados involuntariamente a terceros por errores profesionales en que pueda incurrir en calidad de profesional técnico dependiente de la Administración Pública. Insiste en la deficiente cimentación de la construcción antes de las obras, las cuales únicamente agravan la patología preexistente, por lo que la valoración de los daños a indemnizar únicamente debe contemplar la reparación de las lesiones provocadas por las obras, no las vinculadas a las deficiencias previas. En consecuencia, tal valoración asciende a 15.265,78 euros para la vivienda número 25, y 16.627 para la número 27, más 6.700 euros en concepto de gastos comunes a ambas viviendas.

Considera que el proyectista no incurre en error alguno, toda vez que se prevé la posible afección de viviendas próximas y se adoptan soluciones constructivas adecuadas, evitando vibraciones y movimientos. Por otra parte, la excavación prevista es de un total de 60 cm. (20 cm. para limpieza de cauce y desagüe, más otros 40 cm. de excavación en cauce hasta alcanzar la rasante de la tubería) con respecto a la rasante de la acequia. Sí advierte, por el contrario, error en la ejecución del proyecto por parte de la contratista, que efectúa una excavación muy superior a la prevista en el proyecto (planos y mediciones) e introduce en la acequia una máquina, lo que no estaba previsto. Considera que, de haberse ejecutado la excavación conforme al Proyecto, no se

habría producido el descalce de la cimentación, al tener su punto de apoyo muy por debajo de esa cota.

Se incorpora al escrito de alegaciones un informe pericial que analiza el proyecto, la ejecución llevada a cabo por la contratista y efectúa una cuantificación del daño indemnizable, extremos todos ellos incorporados al escrito de alegaciones.

- El reclamante, x, sobre la base del informe de la Dirección General del Territorio y Vivienda, señala que los daños han ido en aumento y que la vivienda sigue siendo inhabitable, por lo que aumenta la petición indemnizatoria a 174.549,92 euros. Insiste en la negligencia del proyectista y del responsable de seguridad y salud, que no valoraron el riesgo materializado ni tomaron medidas que lo evitaran, considerando acreditado que el desplome de la vivienda se debió a las obras, sin que quede probado que existieran desperfectos con anterioridad a aquéllas.

- El reclamante, x, impugna la valoración efectuada por la Dirección General del Territorio y Vivienda en cuanto a la adjudicación de determinadas partidas, que detalla, a una y otra vivienda, considerando que a la de la planta baja le correspondería un presupuesto de ejecución de 77.300,15 euros. Se reclama, asimismo, el importe del alquiler (350 euros/mes), dadas las condiciones de no habitabilidad de la vivienda, reconocidas por el indicado informe.

- x. comparece en el procedimiento y afirma que la vivienda del número 27 es de su propiedad (aporta certificación del Registro de la Propiedad que así lo acredita), si bien la reclamación la interpuso el x, con el que mantiene una relación como pareja de hecho desde 1991, al ser el tomador del seguro de hogar. Se subroga en la posición de reclamante y solicita que la indemnización le sea abonada a ella, a lo que consiente el inicial reclamante mediante su firma.

**DECIMOSÉPTIMO.-** Como consecuencia de las alegaciones formuladas por el x, se recaba informe complementario de la Dirección General de Territorio y Vivienda, que procede a modificar el presupuesto, valorando los daños correspondientes a la planta baja en 69.554,69 euros y 64.579,08 euros, los de la planta primera.

**DECIMOOCCTAVO.-** El 30 de septiembre de 2010 comparece en el procedimiento la mercantil -- (aseguradora de la empresa arrendadora de la miniexcavadora), solicitando se le dé nuevo plazo de alegaciones, toda vez que la notificación que se practicó en su momento no fue correctamente practicada.

**DECIMONOVENO.-** El 14 de octubre de 2010 presenta alegaciones la contratista (--). Sostiene que el hecho de que las viviendas afectadas estuvieran ilegalmente construidas sin licencia ni proyecto técnico y sobre terrenos de dominio público es suficiente para romper por sí sólo el nexo causal para exigir cualquier tipo de responsabilidad.

Se insiste en que el descalce de la cimentación era una patología preexistente que se agravó con las obras, que -- ejecutó las obras conforme al proyecto y a las órdenes que recibía del Director facultativo, como él mismo afirma en su informe, en el que además reconoce que no se previó que unas simples labores de limpieza pudieran afectar a la edificación. En cuanto a la indemnización, ésta debería ceñirse a las cantidades señaladas por su perito en el informe en su día incorporado al procedimiento.

**VIGÉSIMO.-** El 3 de noviembre, -- presenta nuevo escrito en el que reitera su solicitud de nulidad de lo actuado, ante la ausencia de notificación de la incoación del procedimiento de responsabilidad impidiéndole actuar en él, singularmente en la práctica de las pruebas que lo integran, no obstante lo cual formula alegaciones. Indica que su intervención en las obras lo es como contratada por --, bajo cuya dirección técnica se realizan los trabajos, de forma que el operario de la minixcavadora sigue en todo momento las instrucciones y órdenes de --, sin adoptar decisión técnica alguna.

La máquina tiene un peso de 3.590 kilos y un cazo de 300 mm., por lo que no parece que pueda ser capaz de causar los daños descritos en el expediente. Su operario tenía todos los permisos necesarios para el manejo de la máquina. Impugna, además, todas las valoraciones de daños efectuadas por los reclamantes, toda vez que no se ha permitido a su perito acceder a las viviendas.

**VIGESIMOPRIMERO.-** El 4 de octubre de 2010, se formula propuesta de resolución que reconoce el derecho de los reclamantes a ser indemnizados por los daños sufridos en sus viviendas como consecuencia de las obras de entubamiento promovidas por la Administración regional. Imputa dicha responsabilidad al 50% para cada uno, a la contratista (--) y al Coordinador de Seguridad y Salud, a quienes, junto con sus respectivas compañías aseguradoras, impone el pago de la indemnización. Declara, asimismo, como responsable subsidiario a la Administración.

En cuanto a la valoración del daño se atiene a lo señalado por el informe de la Dirección General de Territorio y Vivienda, reconociendo, además, un daño moral equivalente al 5% del presupuesto de reparación de cada vivienda, y el pago del alquiler correspondiente a 30 meses.

Considera, no obstante, que existe un elemento de riesgo imputable a los reclamantes, como es la situación preexistente de las viviendas, por lo que reduce la indemnización en un 50%.

En consecuencia, reconoce el derecho del x. a ser indemnizado con 41.766,21 euros, mientras que a la x. correspondería una indemnización de 33.904,01 euros.

**VIGESIMOSEGUNDO.-** En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 8 de noviembre de 2010.

Estando pendiente de Dictamen, con fecha 14 de enero de 2011, el x. solicita trámite de audiencia ante el Consejo Jurídico, a lo que se accede por Resolución de su Presidente, de 18 de enero, compareciendo la Letrada del interesado y obteniendo vista del expediente y copia de diversa documentación en él obrante, el 31 de enero.

Con fecha 22 de febrero se presenta escrito de alegaciones en el que se postula la culpa exclusiva de la Administración actuante, dada la incorrecta actuación de proyectista y contratista, sin que se pueda considerar concurrente culpa del reclamante, quien adquiere la vivienda cuando ya estaba ejecutada y sin que se haya incoado expediente sancionador ni medida de restablecimiento de la legalidad urbanística. Discute, además, la valoración de los daños contenida en la propuesta de resolución, señalando errores en la cuantificación contenida en el informe de la Dirección General de Territorio y Vivienda, solicitando que se incremente la partida correspondiente al alquiler de vivienda sustitutoria y exigiendo un daño moral equivalente al 10% del valor de la indemnización.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo al versar sobre sendas reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas ante la Administración regional, conforme a lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

I. Los procedimientos acumulados se inician por reclamación de parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Constan al respecto una nota simple informativa y una certificación literal (folios 7 y 1.620, respectivamente, del expediente) expedidas por el Registro de la Propiedad, que acreditan la condición de titulares de las fincas afectadas de los reclamantes.

Respecto de los daños de la vivienda nº 27 (planta primera), si bien la reclamación fue inicialmente presentada por x, con ocasión del trámite de audiencia concedido a los interesados se persona en el procedimiento x, pareja de hecho del inicial reclamante, manifestando ser la dueña de la casa por lo que solicita subrogarse en la posición del x, acreditando su titularidad dominical sobre la finca. Cabe, en consecuencia, considerar subsanado el déficit de legitimación activa del inicial reclamante por la personación de la propietaria del inmueble.

En cuanto a la legitimación pasiva, y sin perjuicio de lo que en la Consideración Cuarta de este Dictamen se señala respecto de la imputación de los daños a los diversos agentes que intervienen en su producción, cabe afirmar la legitimación pasiva de la Administración regional en su condición de promotora de las obras y titular del servicio público a cuyo funcionamiento se imputa el daño.

Ha de considerarse, no obstante, que de conformidad con lo establecido en el artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. La Administración será responsable cuando tales daños se hayan ocasionado como consecuencia inmediata y directa de una orden suya o, en el contrato de obras como el que nos ocupa, como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma. Señala el apartado 3 del citado precepto que los terceros podrán requerir previamente al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños, interrumpiéndose el plazo de prescripción de la acción.

Corolario de lo expuesto es que, señalada la inicial legitimación pasiva de la Administración contratante, la de los distintos agentes que intervienen en la causación del daño, sólo podrá determinarse una vez se establezca, en la Consideración Cuarta de este Dictamen, la imputabilidad del daño a unos y otros.

II. Las reclamaciones se han interpuesto antes del transcurso del plazo anual que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar. Ha de considerarse, al respecto, que los daños por los que se reclama no quedaron perfectamente delimitados el día del accidente, sino que han ido sufriendo un agravamiento durante meses, pudiendo considerarse estabilizados a la fecha del informe de valoración de daños emitido por la Dirección General de Territorio y Vivienda a instancias del instructor, el 13 de julio de 2010.

III. El procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado se ha ajustado a lo dispuesto en los artículos 6 y ss. RRP. Cabe valorar positivamente la actividad desplegada por el órgano instructor tendente a verificar la concurrencia de los requisitos exigidos para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración, recabando, inclusive, informes de otros departamentos de la Administración distintos del presuntamente causante de la lesión y practicando de oficio numerosas pruebas. No obstante, cabe indicar que podría haberse recabado del Ayuntamiento de Murcia un informe relativo a la situación urbanística de las fincas afectadas. Tampoco consta entre la documentación remitida al Consejo Jurídico el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares del contrato de obras.

En cuanto a la duración de la tramitación del presente expediente, se considera excesiva, si se tiene en cuenta que la primera reclamación data del 25 de septiembre de 2009 y que, dadas las condiciones de inhabilitación de las viviendas, los afectados se encuentran privados del uso de las mismas, lo que además determina que ambos reclamantes pretendan sendas partidas indemnizatorias (por alquiler de residencia sustitutoria, en un caso, y por daño moral, en otro) que continúan en aumento hasta la resolución del procedimiento y el abono de las correspondientes indemnizaciones.

Carece el expediente del preceptivo extracto de secretaría exigido por el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

### **TERCERA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración**

El artículo 139.1 LPAC establece, con carácter general, que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Por tanto, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 21 de abril y de 20 de mayo de 1998), los siguientes: que el particular sufra un daño en sus bienes o derechos real, concreto y susceptible de evaluación económica; que el daño sea antijurídico, en el sentido que el perjudicado no tenga obligación de soportarlo; que la lesión así producida sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor, al cual importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o en el padecimiento del daño, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.

Veamos la aplicación de estos requisitos al presente supuesto:

El daño en los bienes, real, concreto y susceptible de evaluación económica ha quedado acreditado en el expediente, dado que todos los informes periciales unidos al mismo coinciden en expresar la existencia de desperfectos en las construcciones afectadas, si bien, discrepan de forma sustancial en cuanto a su alcance e imputabilidad a las obras de entubamiento. La determinación de estos extremos se deja, por razones sistemáticas, para una Consideración ulterior.

A discernir si se dan en el caso sometido a consulta el resto de los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial se dirigen las siguientes Consideraciones.

#### **CUARTA.- Nexo causal e imputación del daño.**

I. Todos los informes técnicos aportados al procedimiento señalan que la causa de los desperfectos sufridos por las viviendas de los reclamantes se sitúa en el descalce de la cimentación por efecto de la excavación realizada durante la ejecución de las obras. Si esta causa es pacífica, no lo es, por el contrario, en qué medida es imputable a cada uno de los agentes de las obras o a patologías constructivas de base de la edificación.

En este caso surge el fenómeno denominado concausa o concurrencia de causas, que viene siendo admitido, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo atendiendo a las circunstancias de cada caso, llegando a admitir que la exclusividad del nexo causal no es un requisito imprescindible para que la Administración pueda ser declarada responsable, de modo que, pese a la interferencia de la conducta de la víctima o de un tercero, la relación de causalidad permanece (entre otras muchas, la

STS de 14 de octubre de 2004, en la que se afirma lo siguiente: *“La jurisprudencia ciertamente ha venido refiriéndose de modo general al carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe de concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas mas no queda excluido que la expresada relación causal -especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos, como hemos declarado en Sentencia de 18 de julio de 2002- pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad (Sentencias de 8 de enero de 1967, de 27 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986, 22 de julio de 1988, 25 de enero de 1997 y 26 de abril de 1997, entre otras), y que, entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, aquéllas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél (Sentencia de 25 de enero de 1997) por lo que no son admisibles, en consecuencia, concepciones restrictivas que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (Sentencia de 5 de junio de 1997)”*].

En definitiva, y como señalamos entre otros en nuestro Dictamen 14/2011, la relación de causalidad no ha de entenderse en sentido absoluto, es decir, como un nexo directo y exclusivo, sino en sentido relativo, de forma que la aparición de una pluralidad de causas en la generación del daño, entre ellas, en todo caso, la obligada relación con el funcionamiento del servicio público, permite apreciar una concurrencia de causas con la consiguiente distribución equitativa de la indemnización derivada de la lesión sufrida. Ahora bien, para ello es menester que las causas concurrentes tengan un efecto condicionante del resultado dañoso, pues no procede la responsabilidad cuando la conducta de la víctima o un tercero es decisiva o determinante del hecho dañoso, en cuanto origen o causa eficiente e idónea del resultado teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es*

*inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”.*

II. Aplicada la anterior doctrina al caso que nos ocupa, se advierten en la producción del daño la concurrencia de tres concausas idóneas que incidieron en la producción del daño en opinión de este Órgano Consultivo, si bien no con la misma relevancia e intensidad como se expondrá más adelante:

1. La deficiente cimentación del edificio.

Todos los peritos que han valorado la cimentación del edificio, salvo los designados por los reclamantes, coinciden en señalar su carácter inadecuado e insuficiente. También el autor del proyecto de obras señala que la cimentación consta de muros corridos de bloques de hormigón apoyados sobre unas mínimas correas de hormigón y piedras, ejecutadas sobre el propio cauce, y en terreno fangoso, resultando las mismas insuficientes para las cargas que soportan y tipo de terreno sobre el que se apoyan. Como consecuencia, ya antes del incidente, la vivienda presentaba un asentamiento diferencial de la cimentación de su primera crujía, que había originado serias grietas en paredes y suelos. Destaca, asimismo, que la Junta de Hacendados, en documento que obra al folio 178 del expediente, apunta que las casas fueron construidas en su día “*sobre quijeros y cauce de la acequia, sin base sólida alguna, por lo que era previsible y de suponer que dichas viviendas, o la parte construida sobre el cauce, tendrían que rehundirse o agrietarse antes o después, y quedó demostrado bastante tiempo antes de llevar a cabo la limpieza y el entubado de la acequia*”.

El informe técnico del arquitecto designado por la contratista, por su parte, señala que la edificación presentaba, ya antes de las obras, un asentamiento hacia la acequia, como consecuencia de su deficiente sistema constructivo y cimentación, indicando que así se constata por la preexistencia de grietas ya reparadas con antelación a los trabajos en el cauce y que se habrían abierto tras éstos. En su comparecencia ante el instructor se ratifica en estas conclusiones, señalando, además, que independientemente de la fecha de construcción de la vivienda, lo cierto

es que la cimentación era insuficiente pues la superficie de apoyo de la edificación es inferior a la que precisa el terreno.

En similares términos relativos a la preexistencia de la patología de la edificación se expresan los peritos de la aseguradora del proyectista. Al folio 1568 del expediente (informe de x, para --), se puede leer que *“la vivienda presentaba previo a la intervención un deficiente sistema constructivo y cimentación. Parte de la cimentación de la vivienda, y a consecuencia de la cual se han producido los daños que nos ocupan, se ejecutó sobre el propio cauce de la acequia y en terreno fangoso. De haberse apoyado en superficie estable no se habría producido este siniestro, que incluso, previamente a la intervención ya presentaban síntomas de debilitamiento y agotamiento, no siendo suficientes para las cargas que soporta ni dimensionado para el terreno que soporta (...) la vivienda está afectada en su primera crujía por grietas y desplomes que evidencian su asentamiento hacia la acequia, como consecuencia, a priori de su deficiente sistema constructivo y cimentación, y acrecentadas a posteriori por los trabajos realizados en la acequia”*.

Por el contrario, los peritos designados por los reclamantes señalan como causa exclusiva del movimiento de la edificación los trabajos de excavación bajo el plano de cimentación de la edificación y muros laterales de la acequia. Consideran que la cimentación era normal y que había aguantado 30 años, sin que la edificación presentara deficiencias estructurales previas al siniestro.

Como ya señalamos en nuestro Dictamen 225/2009, ante la existencia de diversos informes periciales de contenido contradictorio resulta conveniente acudir a la consolidada doctrina del Tribunal Supremo en relación con esta cuestión. Afirma el Alto Tribunal que *“ante la concurrencia de informes periciales, procede un análisis crítico conjunto de los mismos, debiendo el órgano judicial valorar los datos y conocimientos expuestos en los informes de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debiéndose entender la fuerza probatoria de los dictámenes e informes en la mayor fundamentación y razón de ciencia aportada, debiendo tenerse como primer criterio orientador en la determinación de su fuerza de convicción, el de conceder prevalencia, en principio, a aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una mayor explicación racional, sin olvidar la utilización conjunta o subsidiaria de otros criterios auxiliares, como la mayor credibilidad de los técnicos más alejados de los intereses de parte...”* (sentencias del TS de 11 de mayo de 1981 y 6 de marzo de 2000). Añadiendo, en sentencia de 17 de julio de 2000, que *“...ya que los dictámenes formulados por encargo de la propiedad o de los arrendatarios, adolecen de un subjetivismo sumamente interesado en la defensa de sus propias pretensiones, lo que los hace no susceptibles de una valoración de prueba que presupone por naturaleza para que sea estimable, la objetividad e imparcialidad de quien emite el dictamen”*.

Partiendo de tales criterios de valoración de la abundante prueba pericial unida al procedimiento, considera el Consejo Jurídico que la cimentación de la edificación no era la adecuada para el tipo de edificación y el terreno en el que se asentaba. En efecto, el propio arquitecto de uno de los reclamantes señala en su declaración ante el instructor (folios 1438 y siguientes) que la casa estaba construida *“como de huerta”*, que inicialmente se realizó en planta baja y, posteriormente, se hizo una elevación de otra planta. Afirma también que la naturaleza del terreno, dada la proximidad de la acequia, es blanda y que el estribo de la cimentación es cara del hueco de la acequia. Afirma, asimismo, que de realizarse en la actualidad sería preciso un estudio geotécnico del terreno y probablemente exigiría una loza corrida de cimentación. En el informe señala que al día siguiente del incidente *“se hizo una cata próxima al muro de la vivienda limpiando suavemente en zona bajo cimentación vista, para saber si ésta continuaba, en hormigón y piedra, pero realmente no había más hormigón, estábamos apoyando sobre el terreno de huerta que había quedado descubierto con la excavación”*.

De tales consideraciones cabe considerar que la cimentación de la casa, constituida por un muro corrido de hormigón y grandes piedras que asientan sobre el cajero (quijero) de la acequia, construida hace diez siglos como mero cauce de riego y sin prever la posibilidad de tener que soportar la carga de una edificación de tres plantas de altura (semisótano, planta baja y primera), era claramente insuficiente en un terreno con escasa capacidad portante como es la tierra de huerta, reblandecida además por la acción del agua de la acequia.

Que la cimentación era insuficiente se evidencia también por la existencia del asentamiento diferencial previo a las obras de entubamiento del cauce, que cabe considerar acreditado no sólo por los informes periciales que así lo indican y respaldan con fotografías anteriores a las obras en las que ya se aprecian signos del movimiento de la edificación (fisuras en fachada y deformaciones en barandillas de acceso a la vivienda), e instantáneas tomadas el día siguiente al de los hechos en las que se aprecian grietas en paramentos verticales y horizontales ya reparadas con yeso y escayola, sino también por las manifestaciones de la Comunidad de Regantes, según la cual, las viviendas fueron construidas sobre los quijeros y cauce de la acequia, sin base sólida alguna, por lo que era de suponer que tendrían que *“rehundirse o agrietarse antes o después, y quedó demostrado bastante tiempo antes de llevar a cabo la limpieza y entubado de la acequia”*.

Frente a la constatación de tales extremos en el expediente, no puede oponerse, como pretende uno de los reclamantes, su ausencia de culpa, la cual en ningún momento se les imputa. El análisis del nexo causal en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración se desenvuelve en términos de objetividad, obviando el elemento culpabilístico de los agentes del daño, de forma coherente con el carácter objetivo de aquella responsabilidad. En el supuesto

sometido a consulta, no se trata de establecer la existencia de una eventual concurrencia de culpas, sino de causas objetivas del daño por el que se reclama y, desde tal perspectiva, es evidente que una cimentación deficiente afecta a la edificación al hacerla más vulnerable a los efectos de una excavación próxima.

## 2. El contratista.

Si bien la constructora afirma que la obra se ejecutó conforme a proyecto, amparándose en las manifestaciones que en tal sentido efectúa el Director de las obras en informe emitido a requerimiento del instructor, lo cierto es que el expediente permite alcanzar una conclusión diferente.

En efecto, la memoria del proyecto, para el Tramo I de la acequia Puxmarina, prevé efectuar una excavación en el fondo del cauce hasta alcanzar la rasante de la tubería prevista y realizar una cama de gravilla de 20 cm. de altura, donde depositar la tubería, conforme se detalla en el plano número 7 (folio 406 del expediente). En el apartado de mediciones, se prevé que la excavación tenga una altura de 20 cm. para limpieza de fangos (página 439), y excavación en el seno del cauce, para alcanzar la rasante de la tubería, de 40 cm (folio 440). En consecuencia, la excavación máxima prevista en el proyecto es de 60 cm., como también confirman los trabajadores en sus declaraciones testificales (folios 1400, 1402 y 1407 del expediente).

Sin embargo, según consta en los informes periciales aportados por los reclamantes, la excavación en el cauce fue muy superior a la señalada en el proyecto, llegando a un metro de profundidad respecto del fondo del cauce. El Director de la obra niega que se llegara a alcanzar el firme de la acequia en la excavación, si bien de las fotografías incorporadas al expediente se desprende que se excavó bastante más de los 60 cm. previstos en el proyecto. Que esa sobreexcavación, al margen de no constar en el proyecto, no era necesaria, se evidencia al observar que la rasante de la tubería colocada queda muy por encima del fondo de lo excavado. En este sentido, el informe de los peritos de la aseguradora del proyectista y Director de obra, señala que una de las causas del incidente fue *“no respetar lo indicado en el proyecto de ejecución en el que, tal y como se indica, en zonas en las que existe proximidad de viviendas, únicamente se debería haber excavado 20 cm. para limpieza del fondo de la zanja, así como una vez colocado el tubo, realizar el relleno mediante grava autocompactante, con el fin de evitar el empleo de máquinas de compactación (...) Entendemos que, de haber excavado únicamente los 20 cm. de limpieza de cañas y maleza de esta zanja, en ningún caso debería haberse producido un descalce de la cimentación, al encontrar el punto de apoyo de los mismos (con preexistencia de patologías*

*muy importantes) a mayor profundidad que lo indicado en el proyecto, por lo que no se podría haber producido mayor asiento al ya existente en la edificación”.*

Sin perjuicio de que el proyecto no contempla una excavación menor en la zona de las viviendas, sino otras medidas relativas al material a emplear para evitar el uso de máquinas de compactación, lo cierto es que la excavación fue excesiva, como se puede comprobar en fotografía obrante al folio 32 del expediente, claramente expresiva de la profundidad de lo excavado, que superó la proyectada, de forma que *“no se dejó rezarpa en la cimentación a la hora de excavar junto al muro del sótano de viviendas como se hizo después en el tramo a continuación a pesar de no existir edificación, se dejaron unos 40 cm. de muro”* (informe del perito del x).

Por su parte, el Director de la obra señala en su declaración que cuando la constructora procede a excavar en la zona de la casa *“pudo apreciar la deficiente cimentación de la vivienda y, en ese momento, debería haber avisado a la dirección facultativa para que se le indicara el modo de proceder, no haciéndolo y continuando con las labores de limpieza sin adoptar ninguna medida de seguridad que hubiera evitado los daños, como pudo ser acodalar los muros de cimentación o realizar las labores de limpieza por bataches, por tramos. Luego, si la empresa nos hubiera avisado a la Dirección facultativa o ella hubiese adoptado estas medidas se podían haber evitado los daños”.*

La prudencia aconsejaba actuar como señala el Director de obra y confirma el encargado de la obra, operario de la constructora, quien preguntado acerca de qué aconsejan las buenas prácticas constructivas ante la imprevista aparición de los cimientos de la casa, manifiesta que *“parar la obra y avisar al Director de obra y al Coordinador de Seguridad y Salud”*, lo que aquí no se hizo, ni siquiera después de ser advertido el operario de la miniexcavadora, por el x, de que estaban dejando los cimientos al aire libre. En declaración del reclamante ante el instructor manifiesta que *“les dije que se habían llevado la solera del puente, que es una capa de hormigón que se les echa a los puentes debajo para mantener la estructura del mismo y que no ceda, y la levantaron completamente y ahondaron un metro por abajo y dejaron al descubierto lo cimientos de la vivienda. Les indiqué que apuntalaran y lo hicieran poco a poco, y me indicaron que eso era cosa de los técnicos y que ellos continuaban, y a la media hora ocurrieron los hechos”.* Esta declaración, confirmada por la de su pareja, no ha sido negada por las restantes partes del procedimiento ni ha podido ser contrastada con el operario de la miniexcavadora, cuyo testimonio no se ha llegado a recabar.

Ha de considerarse, además, que, como ha señalado este Consejo Jurídico (por todos Dictamen núm. 163/2005), una peculiaridad de la responsabilidad de los contratistas de la

Administración es que, a diferencia de lo que sucede con las autoridades, funcionarios y demás agentes públicos, que responden sólo en caso de dolo, culpa o negligencia graves (artículo 145.2 LPAC), los primeros responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 198 LCSP, que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución.

En el Dictamen precitado se decía también: *“Ello es coherente, además, con la moderna jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, como es sabido, ha venido a objetivar la responsabilidad por daños en el supuesto de que el sujeto productor de los mismos los haya causado en el ejercicio de una actividad empresarial, entendiéndose suficiente para generar tal responsabilidad el riesgo inherente a dicha actividad cuando objetivamente sea susceptible de generar esos daños, cual es el caso de la actividad técnica de los contratistas de la Administración”*.

Cabe considerar, en consecuencia, que la ejecución de las obras no se ajustó plenamente a proyecto, excediéndose la contratista en la profundidad de la excavación, lo que dejó al descubierto la cimentación del edificio, facilitando su descalce. Éste, además, se vio propiciado por la omisión de medidas de seguridad cuya adopción aconsejaban no sólo las buenas prácticas constructivas, sino también la prudencia, sin que se avisara al Director de las obras, al aparecer la cimentación de la casa.

### 3. El autor del proyecto y Director de las obras.

Idéntica conclusión se alcanza respecto del autor del proyecto de las obras, a quien cabe atribuir una parte de la responsabilidad de los daños padecidos por las viviendas.

En efecto, el proyecto contempla la existencia de construcciones próximas a la acequia en mal estado de conservación, que desaconsejan emplear compactador en las cercanías de las mismas, por lo que se prevé realizar el entubado con PVC, por su menor peso, y un material de relleno de la zanja que no precise del uso de compactadores, para evitar los efectos que las vibraciones de tal maquinaria pudieran tener sobre las viviendas cercanas. Sin embargo, nada se prevé en el proyecto acerca de limitar la profundidad de excavación cerca de dichas viviendas, ni la adopción de medidas de aseguramiento especiales (acodamiento de los muros y excavación por bataches, que en su declaración señala que podían haberse adoptado por el contratista ante la deficiente cimentación que la excavación había permitido desvelar) en los tramos en los que las

obras resulten contiguas a las casas, cuyo mal estado de conservación era conocido por el autor del proyecto.

El informe del perito de la aseguradora del proyectista, de hecho, afirma que *“en zonas en las que existe proximidad de viviendas, únicamente se debería haber excavado 20 cm. para limpieza del fondo de la zanja”*, y que si se hubiera limitado la excavación a 20 cm. en el lugar del siniestro, éste no se habría producido, imputando a la constructora la excavación más allá de esta profundidad; pero lo cierto es que dicha medida de precaución no se encontraba prevista en el proyecto, que establecía, para todo el tramo de la acequia afectado por las obras, una excavación de 20 cm. de limpieza de lodos y 40 cm. más de excavación en terreno compacto hasta alcanzar la rasante de la tubería, sin establecer medidas singulares para la excavación junto a las viviendas. De hecho, en su declaración ante el instructor, el autor del proyecto manifiesta que éste *“contemplaba en principio una excavación para alcanzar la rasante de la tubería, incluyendo la limpieza de lodos y fangos y la excavación para dichas rasantes hasta unos 60 cm de profundidad en total, es decir, tanto lodos como excavación. Todo ello sin haber visto el terreno con el que nos íbamos a encontrar”*.

Considera el Consejo Jurídico que, ante la existencia de viviendas próximas a la zona de trabajos cuyo estado de conservación motivó que el proyecto estableciera soluciones constructivas que minimizaran las vibraciones, debió también advertir los perjudiciales efectos que la excavación, en las medidas que establecía el proyecto, podía tener sobre la cimentación de unas construcciones que, visto su mal estado de conservación exterior, su ubicación sobre el cauce de la acequia, su tipología constructiva y su antigüedad, cabía presumir igualmente deficiente.

Del mismo modo, los daños iniciales se ven agravados por la decisión de hormigonar todo el cauce en la parte coincidente con la fachada de las viviendas, como consecuencia del nuevo asentamiento del terreno y de la edificación que se produce tras el macizado del cauce, como pone de manifiesto el informe de la Dirección General de Territorio y Vivienda.

La decisión de hormigonar el cauce, no prevista en el proyecto, fue adoptada por el Director de las obras en el ejercicio de sus facultades, impartiendo la correspondiente orden a la constructora, la cual, no obstante, también interviene en la decisión a través del arquitecto por ella designado, que es quien la sugiere. La intervención del indicado arquitecto en la obra se produce en calidad de perito-asesor de la contratista, como se desprende del informe técnico por él emitido (páginas 185 y siguientes), en el que manifiesta que dicha empresa *“solicita que realice un informe acerca de la vivienda sita en..., y en concreto en lo relativo a su estado constructivo y los trabajos necesarios para su reforma”*, señalando en dicho informe, entre los trabajos a realizar, el

*“hormigonado de la totalidad de la cavidad situada bajo el acceso a la vivienda, con un volumen aproximado de 80 m<sup>3</sup> y armado con redondos del 16 (según detalle adjunto), con el fin de generar un apoyo que impida el desplazamiento lateral de la cimentación o muro de contención y restablecer la contención del terreno”.*

Dicha decisión fue puesta en entredicho por el arquitecto designado por el x, que la considera *“totalmente inadecuada, pues no se ha estudiado el recalce de cimentación que rompieron en su intervención, no se han transmitido las cargas al terreno mediante micropilotaje u otro procedimiento, sino que ha sobrecargado todo el terreno con más de 100 Tn de hormigón en un frente de 10 metros, donde anteriormente existía un cauce de más de 3 metros de profundidad y ancho entre 2 y 3 metros”.* Sin embargo, los peritos de la aseguradora del Director de obra estiman que dicha actuación fue correcta, pues la vivienda ha dejado de moverse.

Lo cierto es que con dicha actuación se consigue estabilizar el terreno, como apunta el informe de la Dirección General de Territorio y Vivienda, pero ello no excluye que en los meses inmediatamente posteriores al macizado del cauce, se produjera un nuevo asentamiento motivado por la carga que dicha actuación implicaba para el terreno, como indica la arquitecta del referido órgano administrativo y que ello produjera un nuevo agravamiento de los daños.

### III. El Coordinador de Seguridad y Salud.

La propuesta de resolución considera que parte de la responsabilidad de lo ocurrido es imputable al referido Coordinador porque en el Estudio de de Seguridad y Salud no contempla la existencia de edificaciones ni, en el apartado de movilización de tierras, contempla el riesgo que se materializó en el siniestro.

No comparte este parecer el Consejo Jurídico. El Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, que contempla la figura del Coordinador de Seguridad y Salud y la obligación de elaborar un Estudio de Seguridad y Salud en obras como la que es objeto de análisis, circunscribe su ámbito material a la prevención de riesgos laborales, al establecer su artículo 1.1 que las disposiciones que establece lo son *“en el marco de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales”*, la cual, de conformidad con los dos primeros párrafos de la Exposición de Motivos del Real Decreto, es *“la norma legal por la que se determina el cuerpo básico de garantías y responsabilidades preciso para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo (...) De acuerdo con el artículo 6 de dicha Ley, serán las normas reglamentarias las que fijarán y*

*concretarán los aspectos más técnicos de las medidas preventivas, a través de normas mínimas que garanticen la adecuada protección de los trabajadores. Entre éstas se encuentran necesariamente las destinadas a garantizar la salud y la seguridad en las obras de construcción”.*

El ámbito de actuación y de responsabilidad del Coordinador de Seguridad y Salud se limita, por tanto, a los trabajadores y a la prevención de sus riesgos laborales (también, de conformidad con el artículo 9, letra f) del indicado Real Decreto, a los accesos a la obra), extremos que, si bien pudieron verse comprometidos durante la ejecución de las obras en los momentos inmediatamente anteriores al siniestro, no son objeto de reclamación ni pueden situarse en la causa del daño, por no haber contemplado medidas preventivas adecuadas a los riesgos que, ha de insistirse, para los trabajadores, pudiera conllevar la ejecución de las obras. En el mismo sentido la STS 200/2010 (Sala de lo Civil), de 30 de marzo, según la cual, *“se deduce que la función del coordinador de seguridad y salud viene referida a la seguridad y salud de los trabajadores, sin que alcance a las actuaciones técnicas que puedan provocar daños materiales a la empresa. La norma que proclama su función se remite a normas laborales y éstas contemplan los supuestos de seguridad y salud en la utilización de trabajadores (...) el coordinador en materia de seguridad y salud no puede asumir los daños materiales causados por un episodio accidental o, en otras palabras, los daños materiales nunca pueden ser reprochados al coordinador de seguridad”.*

En consecuencia, no procede imputar al coordinador de seguridad y salud de la obra los daños materiales ocasionados a los reclamantes durante la ejecución de aquélla.

#### IV. Distribución de la cuota de responsabilidad entre los distintos causantes del daño.

Como ha quedado expuesto en los párrafos precedentes, existe un concurso de múltiples causas que inciden en la producción de los daños y que cabe resumir en las siguientes:

a) La deficiente cimentación de la edificación y las patologías constructivas previas que aquélla determina.

b) Incorrecta ejecución de la obra por parte del contratista, que se aparta del proyecto, excavando en exceso, y omitiendo medidas de seguridad cuya adopción aconsejaban no sólo las buenas prácticas constructivas, sino también la prudencia.

c) Falta de previsión en el proyecto de los perjudiciales efectos que la excavación, en la profundidad que allí se establecía, podía tener sobre la cimentación de unas construcciones en mal estado de conservación y de las medidas de seguridad que debían haberse establecido para

minimizarlos, y agravamiento de los daños como consecuencia de la decisión de hormigonar el cauce para detener el desplazamiento lateral de la edificación y su desplome hacia la acequia, al provocar con ello un nuevo asentamiento del terreno.

La incidencia de cada uno de estos factores en el daño final no es de fácil determinación, si bien entiende el Consejo Jurídico que no procede atribuir una cuota paritaria a la situación preexistente de la edificación, por un lado, y las actuaciones de los agentes del contrato de obras, por otro, como apunta la propuesta de resolución. Y es que, como señala la STSJ Madrid 1006/2009, de 13 de mayo, si bien no se puede negar la intervención que como efecto desencadenante de los efectos lesivos producidos tiene la actuación administrativa, *“no se pueden obviar asimismo las condiciones de cimentación en el presente caso, condiciones que en modo alguno se pueden imputar a la Administración, la cual en su configuración no intervino en modo alguno. En consecuencia, hay una responsabilidad de la Administración en los daños, aunque la cimentación deficiente pudiera favorecer los mismos. Es decir, una cosa es la causa desencadenante de los daños y otra, diferente, las condiciones que podían favorecer los mismos. Es obvio aquí que la Administración debe responder de los primeros”*. La diferente naturaleza de ambas circunstancias (elementos preexistentes facilitadores del daño, de un lado, y actuaciones desencadenantes del mismo, de otro) parecen exigir una valoración también diversa.

Así, aunque la cimentación fuera deficiente y la construcción presentara signos de asentamiento previos a la ejecución de las obras, no se ha probado en el expediente que tales patologías fueran de tal magnitud o gravedad que hicieran inhabitables las casas, como resultaron tras el entubamiento, ni que los problemas que el asiento diferencial de las distintas partes de la edificación provocaba antes de las obras derivarían inevitablemente, con el tiempo, en un estado como el que presentan las viviendas tras las obras en el cauce de la acequia. En este sentido, el perito de --, a preguntas de los letrados de los reclamantes acerca de si cuando se produce un asentamiento diferencial llega un momento en que la vivienda se asienta y ya no empeora, señala que es imposible determinarlo pues depende de los factores que hayan causado el asentamiento. El Director de las obras, por su parte, considera que los daños derivados del asentamiento original de la vivienda se iban a ir agravando con el tiempo, si bien no puede afirmarlo con certeza.

Los peritos de los reclamantes, por su parte, consideran que el asiento de la construcción era el normal de toda vivienda y que, de no haberse producido el siniestro, la casa podría haber permanecido durante muchos años en el mismo estado que se encontraba antes de las obras.

En atención a lo expuesto, se considera ponderado atribuir a la deficiente cimentación de la construcción, como circunstancia facilitadora del daño, una cuota del 30% de su causa.

El 70% restante puede distribuirse por mitad entre los restantes agentes del daño y desencadenantes del efecto lesivo: la constructora y la Administración, ésta última en atención a su responsabilidad respecto de los daños que causen sus funcionarios (art. 145.1 LPAC), condición con la que actuaba el proyectista y Director de la obra, Ingeniero Técnico Agrícola de la Dirección General promotora.

Como ha quedado expuesto, ambos contribuyen a la producción del daño, el primero por excederse en la profundidad de la excavación respecto a la establecida en el proyecto y sin adoptar las medidas de seguridad que el desarrollo de la obra y las consecuencias de la excavación iban revelando como necesarias, al aparecer la cimentación de la vivienda y aún así continuar la excavación, sin avisar al Director de las obras. Éste, por no prever en el proyecto que la excavación junto a los cimientos de las casas podría ocasionar daños y por no adoptar las medidas oportunas, como la limitación de la profundidad de la excavación o exigir el acodamiento de los muros durante la misma. Del mismo modo, ambos agentes contribuyen a la decisión de hormigonar el cauce para estabilizar la edificación, generando con ello nuevos daños. En tales circunstancias, y sin apreciar elementos o criterios que permitan atribuir una mayor cuota de responsabilidad a un agente u otro, procede asignar a cada uno de ellos un 35% de responsabilidad en la producción del daño.

#### **QUINTA.- Antijuridicidad del daño.**

Se ha planteado a lo largo de la instrucción del procedimiento que la irregular situación urbanística de las fincas afectadas por las obras y el hecho de estar construidas sobre la acequia misma, sobre terrenos de dominio público, sin licencia ni proyecto técnico, era suficiente para entender roto el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y los daños padecidos. Sin perjuicio de la nula argumentación jurídica que acompaña a tal afirmación, ha de ponerse de manifiesto que tales circunstancias no afectarían al nexo causal que, como se ha indicado en la Consideración precedente, existe y ha quedado acreditado, ni tampoco, a otro elemento de la responsabilidad patrimonial como la antijuridicidad del perjuicio, entendida como la ausencia de un deber jurídico del lesionado de soportar el daño.

En efecto, en cuanto a la situación urbanística de las fincas ya se ha indicado que habría sido conveniente traer al procedimiento un informe del Ayuntamiento de Murcia expresivo de la misma, pues nada se prueba en el expediente al respecto, más allá del fragmento de las normas urbanísticas incorporadas al vigente planeamiento municipal. En cualquier caso, que las viviendas puedan encontrarse en la actualidad fuera de ordenación no impone a los propietarios el deber de

soportar cualesquiera perjuicios derivados de la actuación administrativa, máxime cuando no consta en el procedimiento la imposición de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística por la administración competente.

Por otra parte, de la interpretación conjunta de los artículos 2 (a contrario sensu) y 49 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, las construcciones no están ubicadas sobre dominio público hidráulico. La acequia Puxmarina, incluidos sus cajeros (quijeros), pertenece a la Comunidad de Regantes Junta de Hacendados de la Huerta de Murcia, como así lo expresa la citada Corporación. Ahora bien, de la documentación registral traída al procedimiento por los reclamantes, en cuya virtud ostentan el dominio sobre las fincas (la vivienda nº 27 está afecta a una carga que no se especifica), que lindan con el camino y no con el cauce, y de la legislación en materia de aguas, parece desprenderse que dicha acequia conlleva una servidumbre de acueducto sobre los predios por los que transita, como los de los reclamantes, quienes, de conformidad con el artículo 560 del Código Civil, pueden edificar sobre el acueducto, de manera que éste no experimente perjuicio, ni se imposibiliten las reparaciones y limpiezas necesarias. La actitud tolerante de la Comunidad de Regantes que, a pesar de la ostensible existencia durante décadas de las edificaciones sobre la acequia y el apoyo de sus cimientos sobre los cajeros del cauce, no ha ejercitado acciones contra sus titulares, parece indicar que tales construcciones no conllevaban perjuicio sobre el acueducto ni impedían las reparaciones y limpiezas. En cualquier caso, es preciso advertir que esta consideración se efectúa a los solos efectos de la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada y con la limitación de elementos de juicio que le es propia, pues una declaración acerca de la propiedad de los elementos de la acequia, de los terrenos por los que transcurre o de las facultades que corresponden a cada parte, a efectos diferentes de los señalados, sería absolutamente ajena a la competencia de este Órgano Consultivo.

En consecuencia, y sin perjuicio de las acciones que la Junta de Hacendados o el Ayuntamiento de Murcia pudieran dirigir contra los reclamantes, la anómala ubicación del edificio y sus apoyos, consentida al parecer tanto por los titulares del cauce como por la Administración urbanística, no tiene la intensidad suficiente para romper el nexo causal con la que se considera una de las causas principales, las obras en el cauce de la acequia, ni empaña la consideración del daño como antijurídico, no teniendo los reclamantes el deber jurídico de soportarlo. En el mismo sentido, la STSJ Cantabria 985/2007, de 21 diciembre.

**SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

De las consideraciones precedentes se desprende que concurren en el supuesto sometido a consulta todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, procediendo, en consecuencia, declarar su derecho a ser resarcidos de los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos. A determinar la extensión de dicho resarcimiento se dirige la presente Consideración.

Los daños por los que se reclama son de distinta naturaleza y alcance, pudiendo distinguir los siguientes:

1. Daños materiales en las viviendas y cantidades necesarias para su reparación.

La indemnización por este concepto debe limitarse a restaurar las condiciones de la edificación al momento inmediatamente anterior a la ocurrencia del siniestro, reparando así los daños imputables al servicio público, sin alcanzar a la sanación de las deficiencias de origen que presentaba la edificación en su cimentación y estado constructivo.

Los reclamantes, con apoyo en sendos informes técnicos de valoración del daño, reclaman cantidades diversas por este concepto, considerando el Consejo Jurídico, por el contrario, que las procedentes son las que a continuación se expresan, conforme al siguiente detalle:

a) El x, por los daños sufridos en la vivienda de la planta baja (nº 25) y en las zonas comunes de la edificación (semisótano) reclama una cantidad de 117.512,94 euros, conforme a presupuesto de reparación efectuado por arquitecto.

La propuesta de resolución, por su parte, contempla una indemnización por este concepto de 69.554,69 euros, conforme a la valoración contenida en el informe de la Dirección General de Territorio y Vivienda.

La utilización de este informe de valoración a efectos de cuantificar los daños padecidos por la edificación y fijar las cantidades necesarias para su reparación se considera adecuada, al provenir de un órgano ajeno a los intereses implicados en la reclamación y toda vez que, por la fecha en que se evacua (16 meses después del siniestro), puede ya valorar el estado definitivo de los daños una vez se ha estabilizado el terreno (cuya comprobación también se presupuesta en la partida número 1) y finalizado el movimiento de la edificación. Además, el presupuesto se ajusta estrictamente a la reparación de los daños sufridos por la edificación tras las obras, obviando partidas relativas a la cimentación de la casa, cuya estabilidad ya se habría logrado tras el hormigonado del cauce, que impide el desplazamiento lateral de la cimentación original de la casa,

al restablecer la contención del terreno. En este sentido, el informe de valoración aportado por el reclamante incluye partidas que, al menos en apariencia, no persiguen tanto restablecer la edificación a su estado anterior a las obras, como mejorar la deficiente cimentación original, como las partidas 1.16 y 1.18 (micropilotaje).

En cuanto a los errores que el reclamante, en la audiencia concedida ante el Consejo Jurídico, dice advertir en la distribución de la indemnización conforme a la titularidad de las respectivas viviendas, viene a reproducir las alegaciones vertidas en el trámite de audiencia habido durante la instrucción del procedimiento, que ya fueron contestadas por la arquitecta autora del informe, en otro definitivo, de fecha 21 de septiembre de 2010, que es el que en este Dictamen y en la propuesta de resolución se toma como referencia para la valoración de los daños.

De conformidad con dicho informe, la indemnización correspondiente al x. por los daños materiales sufridos en su vivienda, atendido su coste de reparación, asciende a 69.554,69 euros.

b) La reclamante propietaria del inmueble de la planta primera solicita por este concepto la reparación de los daños de su vivienda que cuantifica, de forma meramente orientativa y conforme a informe pericial que aporta, en 55.534,98 euros.

El informe de valoración de la Dirección General de Territorio y Vivienda, fija una indemnización por este concepto de 64.579,08 euros, cantidad que no es combatida por la reclamante y que se acepta por este Consejo Jurídico conforme a lo indicado *ut supra*.

## 2. El alquiler de una vivienda sustitutoria.

El x. ha acreditado que, como consecuencia de los desperfectos sufridos por su casa, hubo de abandonarla, alquilando una vivienda a partir del 1 de septiembre de 2009, habiendo aportado al procedimiento copia del contrato de arrendamiento y recibo del primer pago efectuado, por valor de 350 euros mensuales. Que la vivienda no reunía condiciones de habitabilidad se prueba en el expediente por el informe de valoración del daño evacuado por la Dirección General de Territorio y Vivienda que textualmente señala: *“las viviendas, en sus condiciones actuales, no son habitables dado los daños producidas en las mismas por el movimiento de la cimentación al alterarse su entorno. La vivienda en planta baja se encuentra apuntalada en sus dos primeras crujías así como el semisótano”*. El apeo de dicha vivienda se refleja, además en los diferentes informes periciales y en la declaración de los testigos, resultando del expediente que tal medida precautoria se decidió al día siguiente del siniestro.

Si bien no se ha acreditado de forma expresa que la vivienda afectada fuera la residencia habitual del x, sí que el expediente ofrece datos suficientes para considerar que habitaba la vivienda. Así, el informe de su perito alude a que las viviendas se estaban habitando y en las declaraciones de los operarios de la obra se indica que se pidió a los propietarios de las viviendas que salieran de ellas. Además, se han aportado facturas de suministro de electricidad que revelan la existencia de consumo eléctrico en los meses próximos al siniestro.

Una reparación integral del daño exige que el importe de dichas rentas se incorpore al montante indemnizatorio (STSJ Aragón, 588/2006, de 20 noviembre), computando la cantidad total a abonar desde el 1 de septiembre de 2009 hasta la fecha en que las viviendas vuelvan a ser habitables. Con base en el informe de la Dirección General de Territorio y Vivienda, de 13 de julio de 2010, que estima que habrán de transcurrir al menos 12 meses para comprobar que la edificación verdaderamente se ha estabilizado y, a partir de ese momento, comenzar las obras, con una duración estimada de 8 meses, el reclamante considera que ello no ocurrirá hasta haber transcurrido 37 meses desde el siniestro, solicitando que se amplíe la indemnización a todo este período. Sin embargo, de las propias manifestaciones del reclamante en su escrito inicial y en su declaración ante el instructor, así como de la documentación unida al expediente (contrato de alquiler), se comprueba que no se produjo el desalojo de la vivienda y el arrendamiento de una sustitutoria hasta el 1 de septiembre de 2009, por lo que el tiempo transcurrido entre el 3 de febrero y el 1 de septiembre de 2009, no puede computarse a efectos de indemnización por un arrendamiento que a esa fecha no existía.

En cuanto al final del período resarcible en concepto de alquiler, el principio de reparación integral del daño exigiría abonar todas las rentas abonadas por el reclamante hasta el momento en que la vivienda dañada volviera a ser habitable. Sin embargo, ello supondría dejar a la voluntad del reclamante el cumplimiento de tal circunstancia, pues las obras de reparación habrían de ser acometidas por él. Para evitarlo, y dado que el referido informe, para conseguir las condiciones adecuadas de habitabilidad, establece un mínimo de 20 meses (contados a partir de julio de 2010) que expirarían en marzo de 2012, se considera adecuado establecer como indemnización en concepto de alquiler, la suma correspondiente a las veintisiete mensualidades comprendidas entre septiembre de 2009 y marzo de 2012. El carácter cierto y no meramente hipotético del indicado daño que el tantas veces citado informe le confiere permite anticipar su indemnización a este momento. En sentido similar se expresa la STSJ Cantabria, 985/2007, de 21 de diciembre, antes indicada.

De no contar con este informe y sus consecuencias sobre la certeza del daño futuro, la solución jurisprudencial ordinaria consiste en fijar como fecha final del devengo de este concepto la

del abono efectivo del principal de la indemnización (así, SSTSJ Murcia, 661/2004, de 28 de octubre, y Aragón, 588/2006, de 20 noviembre).

En consecuencia, procede una indemnización por este concepto de 9.450 euros (350 euros por 27 meses), sólo para el x., pues el otro reclamante no acredita haber alquilado una vivienda sustitutoria, marchándose a residir a casa de unos familiares.

### 3. El daño moral.

En el supuesto sometido a consulta, la pretensión indemnizatoria de ambos reclamantes es diferente. El x. pretende una compensación que cifra en el 10% de la indemnización total reconocida, mientras que x, primero, y x, después, solicitan una indemnización diaria de 25 euros por cada uno de los cuatro miembros de la familia.

Aprecia este Consejo Jurídico que la necesidad de desalojar la vivienda habitual porque las condiciones de la edificación la hacen inhabitable justifica objetivamente que los reclamantes sean compensados por todos aquellos perjuicios que exceden de lo evaluable materialmente y que razonablemente pueden incluirse en el concepto de daño moral. Como señala la STSJ Murcia, 661/04, de 28 de octubre, *“el desasosiego producido por la situación de degradación de la vivienda, su desalojo, el cambio de ambiente a que se ve forzada la familia, la molestia de tener que organizar una mudanza. Todas estas claras consecuencias derivadas de la fractura estructural de los inmuebles merecen una valoración que esta Sala estima suficiente en la cifra de 2 millones de pesetas para cada demandante pues, como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de octubre de 2002, el daño moral no necesita de especiales acreditaciones, ya que carece de módulos o parámetros objetivos y que ha de presumirse como cierto, según ha dicho en más de una oportunidad el Tribunal Supremo, y ha de valorarse en una cifra razonable al prudente arbitrio de la Sala -sentencia de 12 de marzo de 1991”*.

Elementos a tener presentes para efectuar una individualización del daño moral son, además de los indicados en la sentencia trascrita, que cabe considerar comunes a ambos reclamantes, los siguientes:

a) La extensión en el tiempo de la imposibilidad de habitar las viviendas, que se estima pueda durar unos 33 meses en total.

b) El x. vivía en la casa con su pareja, no consta que tuvieran personas a su cargo. Los x., por su parte, constituyen una familia de cuatro miembros, con una niña minusválida y en edad escolar.

c) Las alteraciones en la salud que, según se alega, la situación está generando en el x, no han sido objeto de una prueba específica que, para tal aspecto del daño moral, sí cabe considerar exigible al reclamante, por lo que no procede integrar este componente en la indemnización del daño moral.

En numerosos Dictámenes este Consejo Jurídico ha venido estableciendo una indemnización del daño moral en 3.000 euros, cuando advertida la existencia de perjuicios de tal naturaleza, no concurren circunstancias añadidas que incrementen la intensidad del sufrimiento o la angustia de la víctima. Cuando sí se han advertido tales factores o cuando el daño moral alegado reviste por sí mismo una sustantividad propia por afectar a la dignidad de la persona, se ha valorado aquél en cantidades superiores, ascendiendo las indemnizaciones por este concepto a 6.000 euros (Dictámenes 35/2008, 15/2009 y 113/2009, entre otros) o incluso 12.000 euros (Dictamen 29/2011).

En el supuesto sometido a consulta, las circunstancias concurrentes, en especial el largo tiempo de privación del uso de las viviendas y la afectación general que ello conlleva sobre la vida de las familias afectadas hacen claramente insuficiente acudir al valor ordinariamente fijado por el Consejo Jurídico para el daño moral. Antes al contrario, con un razonamiento basado en la equidad, este Consejo Jurídico estima que procede conceder una indemnización de 12.000 euros al x. y de 15.000 euros a la x, en concepto de daños morales.

#### 4. Indemnización total.

a) Al propietario de la vivienda de la planta baja, x, le correspondería una indemnización por todos los conceptos de 91.004,69 euros (69.554,69 + 9.450 + 12.000).

b) A la propietaria de la vivienda de la primera planta, x, le correspondería una indemnización total de 79.579,08 euros (64.579,08 + 15.000).

A tales cuantías ha de aplicarse un coeficiente reductor del 30 %, correspondiente a la contribución de la deficiente cimentación de la edificación a la producción del daño, conforme se razona en la Consideración Cuarta de este Dictamen, por lo que las indemnizaciones a abonar a los reclamantes ascienden a las siguientes cantidades:

- 63.703,28 euros, al x.

- 55.705,36 euros, a la x.

#### 5. Obligados al pago de la indemnización.

De conformidad con el artículo 198 LCSP, y como ya se ha indicado, será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Cuando dichos daños hayan sido ocasionados como consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o cuando se causen daños a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, será responsable la Administración.

En el supuesto sometido a consulta, se advierte una concurrencia de causas en la producción del daño que cabe imputar tanto al contratista como a la Administración, a través de uno de sus empleados públicos, el proyectista y Director de la obra, cuya intervención tanto en la fase de redacción del Proyecto como durante la ejecución de las obras, en los términos indicados en la Consideración Cuarta de este Dictamen, permite afirmar la existencia de responsabilidad de la Administración regional, que habrá de ser quien asuma el abono de la indemnización a los perjudicados, sin perjuicio de la ulterior repetición contra el contratista de la cantidad correspondiente a la cuota de responsabilidad que en la producción del daño se le ha asignado en este Dictamen.

Atendido el sentido estimatorio parcial de la propuesta de resolución sometida a consulta y la cuantía de la indemnización, ha de someterse el expediente a fiscalización previa por la Intervención General, conforme a lo establecido en el artículo 9.1, letra a), 3º, en relación con los artículos 10 y 11, todos del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, toda vez que el Consejo Jurídico estima que debe declararse la

existencia de un concurso de causas en la producción del daño, en el que intervienen, con distinta intensidad y relevancia, las siguientes: a) la situación preexistente de la edificación; b) el contratista; y c) el autor del proyecto y Director de la obra. Todo ello conforme a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen, en la que igualmente se determina la cuota de daño imputable a cada una de las concausas.

No aprecia el Consejo Jurídico responsabilidad en la actuación del Coordinador de Seguridad y Salud.

**SEGUNDA.-** El importe de la indemnización debe ajustarse a lo indicado en la Consideración Sexta de este Dictamen.

**TERCERA.-** Ha de someterse el expediente a fiscalización previa, conforme a lo señalado en la Consideración Sexta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 56-2011**

**Asunto** Revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho a instancia de -- , en relación con la subasta y liquidación por el impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

**Consultante** Consejera de Economía y Hacienda (2008)

**Fecha** 16/03/2011

**Extracto doctrina**

1. Al reconocer el Tribunal que el derecho de defensa dimanante del artículo 24 no resulta de aplicación al procedimiento administrativo, con la excepción señalada relativa al sancionador, no está afirmando que los ciudadanos carezcan del mismo, sino únicamente que este derecho de defensa no es el del artículo 24 y, por tanto, no tiene rango de derecho fundamental.

2. Ha de recordarse la constante doctrina, elaborada en interpretación del artículo 62.1, letra e) LPAC, pero trasladable a la revisión de los actos dictados en materia tributaria, dada la identidad de los términos utilizados por el artículo 217.1, letra e) LGT, según la cual para que opere esta causa de nulidad, el empleo de los dos adverbios "total y absolutamente" recalca "la necesidad de que se haya prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de algunos de sus trámites esenciales que se pueda equiparar a esa omisión total. Junto a lo anterior, precisamente para ponderar la especial gravedad del vicio que se alega, ha de analizarse si se causó indefensión al interesado, para lo que habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por tal conculcación y lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido" (Dictamen del Consejo de Estado 670/2009).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de diciembre de 2000 se presentó en la Dirección General de Tributos declaración-liquidación (modelo 600 I) del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por la compra de diversos bienes inmuebles, según documento privado de 16 de noviembre de 1991, donde figura como transmitente x. y como adquirente "--", originando el expediente de gestión tributaria n.º "—". En el indicado documento consta, como parte contratante y firmante del mismo, x, fallecida el 29 de febrero de 1992.

Como domicilio de la indicada mercantil se consigna en el modelo de declaración la siguiente: "—", de Murcia.

**SEGUNDO.-** El 3 de septiembre de 2004, el Jefe de la Unidad Gestora de Ingresos formula propuesta de inicio de procedimiento de gestión tributaria con comprobación de valor de los bienes transmitidos, y concesión de trámite de audiencia. La liquidación provisional practicada asciende a 67.029,43 euros.

Dicho acuerdo intenta notificarse al sujeto pasivo (“--”) de la siguiente forma:

a) El 21 de septiembre de 2004 mediante agente notificador personado en “—”, Murcia, con el resultado de "desconocido". Preguntados los vecinos y residentes del edificio manifiestan no conocer dicha empresa.

b) Mediante carta certificada con acuse de recibo los días 30 de septiembre y 7 de octubre de 2004, en horas diferentes, en “—”, C.P. 30.007 de Murcia (domicilio declarado por el obligado tributario en otras autoliquidaciones, presentadas el 15 de noviembre de 2001 por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, y posteriores al inicio del expediente que se examina). El resultado es infructuoso, constando en el aviso de recibo del servicio de correos la indicación “desconocido” en ambos intentos de notificación.

c) Finalmente, se realiza la notificación mediante anuncio citando al sujeto pasivo a comparecer ante el servicio tributario gestor, para ser informado de la liquidación y comprobación del valor. El anuncio es publicado en el BORM, n.º 257, de 5 de noviembre de 2004, y en el tablón de anuncios de la Dirección General de Tributos.

**TERCERO.-** Transcurrido el plazo de alegaciones, se dicta Acuerdo de liquidación el 20 de enero de 2005, con importe total a ingresar de 81.936,14 euros, incluidos intereses de demora.

Este acuerdo se intenta notificar mediante agente notificador el 3 de febrero de 2005 en C/ “—”, y el 7 de febrero de 2005 en C/ “—”. En ambos casos el resultado fue de "desconocido", acudiéndose entonces a la publicación en el BORM n.º 53, de 5 de marzo de 2005, y en el tablón de anuncios de la Dirección General de Tributos.

**CUARTO.-** El 16 de agosto de 2005, por el Servicio de Recaudación en Vía Ejecutiva de la Agencia Regional de Recaudación se dicta providencia de apremio, que se intenta notificar, infructuosamente (por "desconocido"), el 21 y 23 de septiembre en C/ “—”. En consecuencia, se notifica el acto mediante publicación en el BORM n.º 242, de 20 de octubre, y en el tablón oficial de anuncios de la Consejería.

**QUINTO.-** El 26 de septiembre de 2005 se efectúa requerimiento de pago por afección de los bienes transmitidos al pago del impuesto, intentándose su notificación por correo certificado en “--”, los días 30 de septiembre y 4 de octubre de 2005, con el resultado de “desconocido”.

**SEXTO.-** El 20 de febrero de 2006 se dicta diligencia de embargo de bienes inmuebles, intentándose notificar infructuosamente (por "desconocido") el 22 y 24 de febrero en “C/ “—“. Murcia”. Se publica el correspondiente anuncio en el BORM n.º 66, de 21 de marzo de 2006, y en el tablón oficial de anuncios de la Consejería.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 24 de abril de 2006 se expidió mandamiento de anotación de embargo de bienes inmuebles al Registrador de la Propiedad n.º 4 de Murcia, practicándose por dicho Registro la citada anotación.

**OCTAVO.-** Tras la valoración de los inmuebles embargados, la Agencia Regional de Recaudación comunicó, en escrito de 5 de octubre de 2006, el resultado de la valoración efectuada, concediendo como trámite previo a la subasta la posibilidad de presentar una valoración contradictoria. Este acto se intentó notificar infructuosamente (por "desconocido") el 16 y 18 de octubre en C/ “—“ Murcia. Se publica el anuncio en el BORM n.º 256, de 6 de noviembre de 2006, y en el tablón oficial de anuncios de la Consejería.

**NOVENO.-** El 24 de noviembre se requiere al sujeto pasivo para que aporte los títulos de propiedad sobre los bienes embargados, intentándose la notificación en C/ “—“, Murcia, el 29 de noviembre, con resultado infructuoso, al constar el destinatario como desconocido.

No consta un segundo intento de notificación en la misma dirección, siendo publicado el correspondiente edicto en el BORM nº 16, de 20 de enero de 2007, y en el tablón de anuncios de la Agencia Regional de Recaudación.

**DÉCIMO.-** En fecha 13 de diciembre de 2006, la Agencia Regional de Recaudación dicta acuerdo de enajenación de bienes inmuebles, previendo la celebración de la subasta para el día 8 de marzo de 2007. Este acuerdo intenta notificarse infructuosamente en C/ “—“, Murcia, el día 16 de enero de 2007 (por "ausente") y el 24 de enero de 2007 (por "desconocido"), procediéndose con posterioridad a su publicación en el BORM n.º 29, de 5 de febrero de 2007, en el tablón oficial de anuncios de la Consejería y en el del Ayuntamiento de Murcia.

El BORM nº 32, de 8 de febrero de 2007 publica el anuncio de subasta.

Celebrada la subasta en la fecha prevista, se adjudica el bien y se abona el total del precio del remate el 27 de marzo de 2007, aplicándose su importe al abono de la deuda pendiente y dejando el sobrante a disposición del deudor.

**UNDÉCIMO.-** En fechas 12 y 13 de marzo de 2007, x, en su condición de administrador de la entidad "--", presentó sendos escritos solicitando la suspensión urgente del otorgamiento de la escritura pública al adjudicatario de los inmuebles y que se le entregara el expediente relativo a la subasta practicada.

Consta en ellos, como domicilio a efecto de notificaciones, el de C/ "—", de Murcia.

**DUODÉCIMO.-** El 20 de marzo de 2007 el representante de la mercantil presenta escrito interesando la nulidad de la subasta practicada en el expediente ejecutivo 10908/2005, promoviendo "*incidente de nulidad de actuaciones*" en el mismo expediente. Tales peticiones, realizadas al amparo de los artículos 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (referido a la nulidad de los actos de tal orden) y 691 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (relativo a la convocatoria de la subasta de bienes hipotecados y la publicidad de la convocatoria), se fundan en la nulidad de la subasta como consecuencia de haberse celebrado antes de la notificación preceptiva como ordena el artículo 691 LEC. Pide que se declare "*la nulidad de todas la actuaciones, desde la diligencia de acta de subasta de 8 de marzo de 2007, incluida dicha Acta, y por contrario imperio nos sea dado traslado del expediente para oponernos en todo caso al mismo en base a la prescripción aludida*". Manifiesta que la deuda está prescrita y que no ha recibido notificación alguna del expediente, siendo la subasta el primer acto del que tiene conocimiento.

Se aporta junto al escrito la siguiente documentación: a) acreditativa de la condición de administrador del presentador del escrito; b) contrato privado de compra venta de bienes inmuebles de 16 de noviembre de 1991, en el que consta como "*parte contratante*" -aunque no es ni vendedora ni compradora- del mismo x, fallecida el 29 de febrero de 1992, según se acredita mediante certificación en extracto de inscripción de defunción, circunstancia ésta en la que se basa la alegación de prescripción de la deuda tributaria; c) declaración/liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; y d) nota simple del Registro de la Propiedad sobre el bien subastado.

**DECIMOTERCERO.-** Calificado el escrito del interesado por la Administración como "recurso de revisión por nulidad", el 2 de abril de 2007, el Jefe de Servicio de Recaudación en Vía Ejecutiva de la Agencia Regional de Recaudación acuerda inadmitirlo a trámite, por no estar

basado en alguna de las causas de nulidad del artículo 217.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).

Indica, no obstante, que todos los actos que integran el procedimiento ejecutivo que ha desembocado en la subasta se han ajustado a lo establecido en sus normas reguladoras. Del mismo modo, recuerda que, de conformidad con lo establecido en los artículos 167.3, a) y 170.3, a) LGT, la prescripción invocable en la vía de apremio es exclusivamente la que se hubiera producido en los actos propios de la misma y no en los previos que determinaron el paso a ella. Y, en lo que se refiere a la vía de apremio, la deuda no ha prescrito.

**DECIMOCUARTO.-** Recurrída dicha resolución en vía contencioso-administrativa recae sentencia n.º 768/2008, de 12 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6 de Murcia. En ella se afirma que la demanda pide la declaración de nulidad tanto del expediente de gestión como del de recaudación en vía ejecutiva, sobre la base de la vulneración del ordenamiento en la práctica de las notificaciones de todos los actos que integran tales procedimientos. Asimismo se solicita que se declare prescrito el derecho de la Administración tributaria a la comprobación de valores y a efectuar liquidación complementaria.

La sentencia señala que, aunque en la solicitud de nulidad formulada por el interesado en vía administrativa no se invoca precepto tributario alguno, sino la LOPJ y la LEC, y aunque tampoco detalla cuál o cuáles de las causas de nulidad del artículo 217.1 LGT pudieran darse en los procedimientos tramitados, lo cierto es que de su lectura se desprende que lo denunciado, dejando aparte la prescripción, es que los actos de gestión y de recaudación acordados pudieran haberse dictado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido -al no haberse notificado a la recurrente-, lo que sí es subsumible en el apartado e) del artículo 217.1 LGT y constituye causa para seguir el procedimiento de revisión.

La Sentencia concluye que procede estimar el recurso en el sentido de declarar admisible la solicitud de revisión deducida, debiendo darse curso a la misma.

**DECIMOQUINTO.-** En orden a la ejecución de la sentencia, se plantea la duda acerca de los órganos competentes para su tramitación y resolución, emitiendo el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Economía y Hacienda, el 18 de enero de 2010, informe en el que señala como órgano competente para su tramitación a la Dirección General de Tributos, y para resolver la Consejera de Economía y Hacienda.

**DECIMOSEXTO.-** El 8 de junio de 2010, se dicta por la Dirección General de Tributos acuerdo de inicio del procedimiento de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho, en ejecución de la Sentencia n.º 768/2008, que es notificado al interesado el 23 de junio.

**DECIMOSÉPTIMO.-** En fecha 28 de julio de 2010, se confiere a "--", trámite de audiencia para la formulación de alegaciones, que son presentadas el 3 de agosto. En ellas se solicita la nulidad del expediente de gestión 101 130220 2000 62263, liquidación nº x, certificación de descubierto 881100170361, así como el expediente ejecutivo n.º x, y la prescripción del derecho de la Administración tributaria regional para comprobar los valores de los bienes y efectuar las liquidaciones complementarias por los actos declarados el 7 de diciembre de 2000.

Se alega por la mercantil interesada las anomalías existentes en la notificación de los actos integrantes de los procedimientos tributarios de gestión y ejecutivo, los cuales se han intentado notificar en un domicilio que no coincide con el domicilio social de la empresa, lo que le ha generado indefensión al no poder oponer en el momento procesal oportuno la prescripción del derecho de la Administración a establecer la deuda tributaria.

Señala, asimismo, diversas irregularidades advertidas en los intentos de notificación de los actos tributarios, singularmente que intentada la notificación del acuerdo por el que se inicia el expediente de comprobación de valores por agente notificador en el domicilio señalado a efectos de notificaciones en la liquidación/declaración (C/ "—"), no dejara aviso de llegada y que las sucesivas notificaciones no se intentaran en dicho domicilio sino en el antiguo de la mercantil y que era el que obraba en el contrato de compra venta (C/ "—").

La inadecuación al ordenamiento de tales intentos de notificación convierten, según la mercantil alegante, la notificación edictal en improcedente, dado que ésta sólo cabe cuando la notificación domiciliaria no pudiera practicarse por causa no imputable a la Administración (art. 112 LGT).

**DECIMOCTAVO.-** El 15 de octubre de 2010, la Dirección General de Tributos emite informe proponiendo desestimar la petición de nulidad, al considerar que todas las notificaciones se han practicado conforme a las normas de procedimiento aplicables, en el domicilio indicado por el propio contribuyente en autoliquidaciones de impuestos practicadas por él y en el domicilio fiscal que consta en la base de datos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, según certificado expedido a solicitud de la Comunidad Autónoma, sin que conste comunicación de cambio de tal domicilio. Niega, por tanto, que concurra la causa de nulidad contemplada en el

artículo 217.1, letra e) LGT, es decir, que se hubieran dictado los actos prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Del mismo modo, niega que se haya producido indefensión incardinable en el supuesto del artículo 217.1, letra a) LGT, sobre la base de la doctrina del Tribunal Constitucional, recogida en diversos Dictámenes del Consejo Jurídico, en cuya virtud, a efectos de la revisión de oficio de actos administrativos, sólo cabe invocar una lesión del derecho de defensa como vulneración del artículo 24 CE en el ámbito de los procedimientos sancionadores, naturaleza ésta de la que carecen los actos tributarios objeto de Dictamen.

**DECIMONOVENO.-** El 4 de noviembre de 2010, el Servicio Jurídico de la Secretaría General emite informe proponiendo igualmente la desestimación de la solicitud de revisión de oficio por actos nulos, reiterando los argumentos del Servicio Jurídico Tributario.

**VIGÉSIMO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 10 de noviembre de 2010, en sentido favorable a la desestimación de la solicitud revisora y con fundamento en idénticos argumentos que los informes precitados.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 19 de noviembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

De conformidad con el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 217.4, segundo párrafo, LGT, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre la revisión de oficio de actos administrativos en materia tributaria, cuya declaración de nulidad se pretende.

#### **SEGUNDA.- Del procedimiento.**

La LGT regula en el Título V la revisión en vía administrativa y, en concreto, el artículo 217 prevé la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria. En

desarrollo de dicha ley se aprobó el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que regula la revisión de actos nulos de pleno derecho en los artículos 4 y siguientes (RD 520/2005).

Ha de precisarse aquí que, si bien la mercantil interesada se limita a solicitar la nulidad del procedimiento de comprobación de valores y su posterior liquidación, así como de todos los actos dictados en vía de apremio, singularmente la subasta de uno de los inmuebles de su propiedad que pone fin a aquélla, sin efectuar una calificación expresa de su escrito de solicitud como revisión de oficio (lo denomina “incidente de nulidad de actuaciones”), la Administración ha sustituido al actor en dicha determinación, tramitando la pretensión anulatoria por los trámites del procedimiento de revisión, lo que permite la sustanciación de la solicitud, dado el carácter preclusivo de las vías ordinarias de reclamación y recurso, y el vencimiento de los plazos para su interposición.

El actor, administrador único de la sociedad contribuyente, está debidamente legitimado para instar el procedimiento de revisión de oficio en cuanto ostenta la representación del destinatario directo del acto administrativo cuya nulidad se pretende.

Por otro lado, la Administración tributaria de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia está pasivamente legitimada, toda vez que a ella pertenecen el órgano y el organismo (Dirección General de Tributos y Agencia Regional de Recaudación, respectivamente) que han dictado el acto cuya nulidad se pretende, siendo competente para resolver el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos la Consejera de Economía y Hacienda, de acuerdo con el artículo 217.5 LGT y con los artículos 16.1,g) y 33.1,b) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración regional.

En aplicación de la normativa citada en el primer párrafo de la presente Consideración, se han cumplido los trámites fundamentales que integran este tipo de procedimientos. No obstante, como ya ha señalado en anteriores ocasiones este Consejo Jurídico (por todos, el 22/2011), no obra en el expediente una formal propuesta de resolución del procedimiento objeto de Dictamen (propuesta exigible a tenor de lo establecido tanto en el artículo 5.4 del RD 520/2005 como en el artículo 46.2 del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo Jurídico). No obstante, en evitación de una inconveniente dilación en la resolución del procedimiento, puede considerarse como tal el informe del Servicio Jurídico de la Dirección General de Tributos, visado por el titular de dicho Centro Directivo, a quien compete su formulación según lo dispuesto en el Decreto 32/2006, de 21 de abril, por el que se aprueba la estructura de la Consejería de Economía y Hacienda, aunque ésta debe, en el futuro, incorporar a los expedientes objeto de consulta una propuesta de resolución en los términos previstos en los preceptos mencionados.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto: inexistencia de causa de nulidad.**

I. La revisión de oficio de actos administrativos, en general, constituye un procedimiento excepcional en virtud del cual la Administración, ejerciendo potestades privilegiadas de autotutela, puede por sí misma, bien por propia iniciativa o a instancia del interesado, sin intervención judicial, anular o declarar la nulidad de sus propios actos.

En particular, la revisión de oficio de actos tributarios regulada en el artículo 217 LGT procede cuando se puede alegar y probar la concurrencia en el acto cuya revisión se insta de vicios especialmente graves que fundamenten dicha declaración de nulidad por parte de la propia Administración tributaria. Por ello, no todos los posibles vicios alegables en vía ordinaria de recurso administrativo, económico-administrativo o contencioso-administrativo son relevantes en un procedimiento de revisión de oficio, sino sólo los específicamente establecidos en la ley, que para el supuesto que nos ocupa son los que se concretan en el artículo 217 LGT, de acuerdo con el cual:

*“1. Podrá declararse la nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria, así como de las resoluciones de los órganos económico-administrativos, que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los siguientes supuestos:*

*a) Que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*

*b) Que hayan sido dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*

*c) Que tengan un contenido imposible.*

*d) Que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*

*e) Que hayan sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad en los órganos colegiados.*

*f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*

*g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal”.*

Atendido tan extraordinario carácter, este Dictamen se contrae de forma estricta a la determinación de si en el supuesto sometido a consulta concurren tales causas, sin efectuar una valoración de la actuación administrativa desarrollada, más allá de lo que sea estrictamente necesario para determinar si se dan las circunstancias legales habilitantes para declarar la nulidad del acto administrativo impugnado.

Por otra parte, la excepcionalidad de esta institución y el carácter tasado de las causas en las que cabe sustentarla configuran una suerte de carga para el interesado que insta la nulidad, quien debe alegar la concurrencia de una o varias de tales causas en el acto objeto de la pretensión anulatoria, argumentando o razonando en qué medida y en atención a qué consideraciones el acto ha incurrido en tal o tales causas, no siendo suficiente a estos efectos una mera invocación *in genere* de existencia de nulidad. Bien es cierto que la mera omisión de la concreta causa de nulidad en la que se pretende amparar la acción ejercitada no es suficiente para inadmitirla en virtud del artículo 217.3 LGT, si de las alegaciones del actor puede deducirse en cuál de ellas se basa, como aquí sucede y reconoce la sentencia 768/2008, de 12 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6 de Murcia, que anula la inadmisión a trámite de la solicitud de nulidad, pero la insuficiencia argumentativa en una acción tan excepcional como la ejercida necesariamente redundará en una mayor dificultad de estimación.

En el supuesto sometido a Dictamen, la mercantil sigue sin identificar la concreta causa de nulidad que invoca de entre las tasadas del artículo 217 LGT, lo que no hace ni en su escrito inicial -fundamentado en preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, inaplicables por razón de su objeto al supuesto sometido a revisión- ni en su escrito de alegaciones, en el que, no obstante, ya sí se invocan concretos incumplimientos de la normativa tributaria, para fundamentar las alegaciones relativas a la incorrecta notificación de los actos integrantes de los procedimientos de gestión y apremio contra los que acciona (artículo 112 LGT), así como para afirmar la prescripción del derecho de la Administración a fijar la deuda tributaria (artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (TRTPAJD), en relación con el artículo 1227 del Código Civil, a que aquél remite).

En cualquier caso, coincide el Consejo Jurídico con los órganos preinformantes en que tales alegaciones constituyen una invocación tácita de las causas del artículo 217.1, letras e), como

establece la sentencia antedicha, y a) LGT, esta última en relación con la indefensión que se dice haber sufrido.

En efecto, la mercantil solicita la declaración de nulidad de las actuaciones integrantes de los procedimientos tributarios debido a que no se practicó debidamente su notificación, dado que las comunicaciones se dirigieron a un domicilio distinto al social y que era conocido por la Administración tributaria por haberse hecho constar en la declaración/liquidación del impuesto de 7 de diciembre de 2000. Esa irregularidad en las notificaciones le sumió en una situación de indefensión, al habersele privado del derecho a conocer la existencia del procedimiento y poder esgrimir la prescripción del derecho de la Administración a establecer la deuda tributaria.

II. En primer lugar resulta necesario determinar si efectivamente existieron irregularidades en la notificación y, para el supuesto de que así fuese, si las mismas tienen entidad suficiente para declarar su nulidad.

Examinadas las actuaciones llevadas a cabo en el expediente de gestión resulta que tanto el inicio del expediente de comprobación de valores y propuesta de liquidación provisional como la liquidación definitiva se intenta notificar primero mediante agente notificador en C/ “—”, Murcia, que es el domicilio señalado por la empresa en el documento de declaración/liquidación presentado el 7 de diciembre de 2000, y luego en C/ “—”, que es el domicilio fiscal de la empresa según la base de datos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, como consta en certificación expedida por dicho organismo a petición de la Comunidad Autónoma y que obra en el expediente. Dicha dirección, además, consta como domicilio social de la empresa en el contrato de compra venta que da lugar al devengo del tributo y como domicilio a efecto de notificaciones en otras autoliquidaciones, presentadas por la mercantil el 15 de noviembre de 2001 por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, posteriores, por tanto, al inicio del expediente que se examina. El resultado de todos estos intentos de notificación en ambas direcciones es destinatario desconocido.

De conformidad con el artículo 110.2 LGT, en los procedimientos iniciados de oficio (lo es el de comprobación de valores a que se refiere este Dictamen y el de recaudación ejecutiva), la notificación podrá practicarse en el domicilio fiscal del obligado tributario o su representante, en el centro de trabajo, en el lugar donde se desarrolle la actividad económica o en cualquier otro adecuado a tal fin. Como se advierte con facilidad, la Administración cumple con su obligación de notificar en lugares hábiles para ello, como son el domicilio fiscal y el señalado por la propia mercantil en la declaración/liquidación del impuesto.

Se alega, además, que no se practicara un segundo intento de notificación en el lugar señalado expresamente en la declaración y se optara por efectuar ese segundo intento en otra dirección distinta. Sin embargo, el artículo 112.1 LGT dispone que será suficiente un solo intento cuando el destinatario conste como desconocido en dicho domicilio o lugar. Ninguna irregularidad se advierte en el hecho de que, siendo el intento de notificación infructuoso por resultar el destinatario desconocido en la dirección de envío, no se efectúe un nuevo intento en el mismo domicilio y se opte por intentar aquélla en otro lugar adecuado a tal fin, como es el domicilio fiscal de la empresa y que, además, no sólo consta en la documentación obrante en el expediente como domicilio social de la misma, sino que es señalado por la propia mercantil como domicilio a efectos de notificaciones en declaraciones posteriores efectuadas ante la misma Administración tributaria actuante.

También se alega por la mercantil que no se dejara aviso de llegada de la notificación en el domicilio señalado en la declaración/liquidación. Ha de precisarse, en primer lugar, que al momento en que se intentan las notificaciones en cuestión no se encontraba vigente el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, cuyo artículo 114.1, último párrafo, dispone que realizados los dos intentos de notificación sin éxito en los términos establecidos en el artículo 112.1 LGT, se procederá *“cuando ello sea posible”* a dejar al destinatario aviso de llegada en el correspondiente casillero domiciliario, indicándole en la diligencia que se extienda por duplicado, la posibilidad de personación ante la dependencia al objeto de hacerle entrega del acto, plazo y circunstancias relativas al segundo intento de entrega. Dicho aviso de llegada se dejará a efectos exclusivamente informativos.

Sin perjuicio de la indeterminación que introduce la salvedad *“cuando ello sea posible”* y su eventual relación con la circunstancia de ser el destinatario desconocido, lo cierto es que a la fecha de las notificaciones que nos ocupan tal disposición no estaba en vigor, por lo que su régimen había de buscarse en la propia LGT y, supletoriamente, en las normas del procedimiento administrativo común, que nada establecen acerca de la obligación del agente notificador de dejar un aviso de llegada de la notificación en el casillero domiciliario del destinatario cuando éste es desconocido en la dirección del envío. Al respecto, la STSJ Extremadura, de 30 de octubre de 2008, señala que *“al ser desconocida la sociedad en el que fue su domicilio fiscal, no era necesario dejar “aviso de llegada” que tiene lógica cuando el aviso se deja en el domicilio de la sociedad pero que carece de sentido, como sucede en este caso, cuando la entidad mercantil es desconocida en dicho domicilio”*.

Del mismo modo, el resto de notificaciones, tanto del procedimiento de gestión como en vía de apremio, se intentan practicar ya directamente en el domicilio fiscal de la empresa que consta a la Administración, dado lo infructuoso de las dos notificaciones intentadas en el domicilio señalado por la empresa de los primeros actos del procedimiento y como en tales señas la entidad es desconocida, ello permite presumir que nuevos intentos no darían resultados positivos.

De lo expuesto no se detecta un proceder irregular en la actuación de la Administración, contraria a la doctrina del Consejo de Estado y que hace propia este Órgano Consultivo, según la cual resulta necesario aplicar de manera rigurosa a la Administración los presupuestos que la legitiman para utilizar la notificación edictal, trayendo a colación, *mutatis mutandi*, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional con relación a la falta de diligencia de los órganos judiciales que conduce a acudir improcedentemente al emplazamiento edictal, siendo como es un medio supletorio y excepcional, sin practicar las correspondientes averiguaciones del domicilio de los actores, es decir, que se ha de desplegar una actividad previa que lleve a la convicción razonable de que los interesados no son localizables, a cuyo fin se han de extremar las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios al alcance del órgano notificador (STC 158/2007, de 2 de julio), cautelas que, pueden observarse en este caso en la actuación de la Administración tributaria, que intenta notificar en los dos domicilios que le constan, hasta que el resultado negativo de los intentos de notificación en uno de ellos permite presumir que las sucesivas notificaciones en el mismo serían infructuosas, por lo que procede a dirigir las comunicaciones al domicilio fiscal de la empresa, como permite el artículo 112 LGT.

Por otra parte, el contribuyente tampoco cumplió con el deber que le impone el artículo 48.3 LGT de comunicar su domicilio fiscal y el cambio del mismo a la Administración tributaria que corresponda, siendo así que el cambio de domicilio fiscal no producirá efectos frente a la Administración tributaria hasta que se cumpla con dicho deber. En consecuencia, las notificaciones dirigidas al domicilio fiscal que constaba a la Administración autonómica deben reputarse correctas. En idéntico sentido el Consejo de Estado, en Dictamen 679/2005. La STSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de junio de 2009, por su parte, dirá que *“ante el resultado infructuoso de los intentos de notificación personal se acudió a la notificación por edictos. Y dichas notificaciones son válidas y conformes a derecho, pues no correspondía a la Administración realizar averiguaciones del domicilio de la actora, toda vez que ésta lo facilitó en los expedientes sancionadores, y la misma diligencia que se pretende de la Administración se le puede exigir a la recurrente, en el sentido de comunicar el cambio de domicilio a los efectos de las notificaciones que hubieran de practicarse en los procedimientos sancionadores, y, en su caso, en el de recaudación”*.

Y es que la LGT impone que cuando un sujeto pasivo cambie su domicilio, deberá ponerlo en conocimiento de la Administración tributaria, mediante declaración expresa a tal efecto, sin que el cambio de domicilio produzca efectos frente a la Administración hasta tanto se presente la citada declaración tributaria. Sobre la exigencia de “declaración expresa”, debe matizarse, no obstante, que el Tribunal Supremo ha señalado que tal declaración puede hacerse a través de una declaración específica y singularizada al efecto, pero también indicando el nuevo domicilio en una declaración-liquidación o autoliquidación presentada por el sujeto pasivo en relación con un tributo del que deba tener conocimiento la propia Administración en el desarrollo de su actividad de gestión tributaria (Sentencia de 9 de octubre de 2001). En el supuesto sometido a consulta, la notificación de los primeros actos del procedimiento de gestión se intenta primero en el domicilio señalado por la mercantil en la declaración/liquidación, de 7 de diciembre de 2000, que da lugar al procedimiento de comprobación de valores y, posteriormente, ante lo infructuoso de la misma, en el domicilio que dicha mercantil había señalado en ulteriores declaraciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones presentadas el 15 de noviembre de 2001 y que no sólo era el domicilio fiscal de la empresa según la base de datos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sino que, además, constaba en el documento de compra venta que se encuentra en el origen del procedimiento de gestión y de recaudación ejecutiva.

Cabe concluir, en suma, que, aun con las dudas o sospechas -carentes de todo soporte probatorio- que expresa la mercantil interesada en el trámite de audiencia, respecto a las diligencias expedidas por el agente notificador, lo cierto es que las notificaciones se intentan practicar por medios hábiles para ello (agente tributario y correo certificado con acuse de recibo), llevando a cabo los intentos de notificación exigibles en atención a las circunstancias y, además, quedando documentados los mismos, mediante las oportunas diligencias en las que se hace constar las incidencias de tales tentativas.

Probados estos hechos, la Administración Tributaria puede, de conformidad con el artículo 112 LGT y el 59.4 LPAC, notificar válidamente mediante anuncios.

En consecuencia, no se advierten defectos en las notificaciones practicadas que pudieran determinar la declaración de nulidad de las actuaciones con base en los motivos antes indicados y en atención, además, a las siguientes consideraciones.

1. Actos que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (art. 217.1, a) LGT).

La invocación por el interesado de esta causa de nulidad se hace de forma indirecta, cuando alega que los defectos de notificación advertidos en los procedimientos tributarios le generan indefensión al impedirle combatir la liquidación practicada en su día, y por extensión el resto de actuaciones subsiguientes, con base en la prescripción del derecho de la Administración a fijar la deuda tributaria.

Como ponen de manifiesto los órganos preinformantes, el Consejo Jurídico ya ha tenido ocasión de señalar (por todos, Dictamen 25/2008) que la hipotética falta de notificación del acto impugnado no lesiona el contenido esencial de un derecho susceptible de amparo constitucional, más en concreto, del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución. Y ello porque la extensión de tal derecho al ámbito administrativo sólo es admitida por el Tribunal Constitucional para el caso de que se esté ante procedimientos sancionadores, como destacó este Consejo Jurídico en los Dictámenes 19 y 20 de 1999. Desde su Sentencia de 8 de junio de 1981, el Alto Tribunal ha sostenido que las garantías consagradas en el artículo 24 de la Constitución sólo resultan aplicables en los procesos judiciales y en los procedimientos administrativos de carácter sancionador, consecuencia de la identidad de naturaleza de los mismos. Al ser ambos manifestaciones del poder punitivo del Estado, los dos deben inspirarse en los mismos principios, tanto materiales (art. 25 CE) como formales (art. 24 CE).

Al reconocer el Tribunal que el derecho de defensa dimanante del artículo 24 no resulta de aplicación al procedimiento administrativo, con la excepción señalada relativa al sancionador, no está afirmando que los ciudadanos carezcan del mismo, sino únicamente que este derecho de defensa no es el del artículo 24 y, por tanto, no tiene rango de derecho fundamental.

Así lo ha ratificado en numerosas ocasiones: Sentencias 42/89, de 16 de febrero, 181/90, de 15 de noviembre, 97/93, de 22 de marzo, y, específicamente en el ámbito tributario, en las 164/95, 198/95, 94/96 y 291/2000.

Del mismo modo, el Consejo de Estado, en Dictamen 679/2005, recuerda la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de febrero de 1993, en cuya virtud, *“el derecho de tutela judicial efectiva sólo excepcionalmente puede referirse a la actuación administrativa, pues es un derecho constitucional de prestación que ha de ser satisfecho por los órganos judiciales y no por la Administración; de ahí la excepcionalidad de que pueda vulnerarse en los procedimientos de ésta. Tan sólo en el caso de que la índole de la actuación administrativa sea tal que llegue a producir un resultado que cierre el paso a la ulterior intervención revisora de la Jurisdicción, o que no permita la reversión del mismo, podría aceptarse hipotéticamente que desde el plano de la actuación administrativa pudiera producirse la lesión de ese derecho; o bien en los*

*supuestos del procedimiento sancionador por la extensión al mismo de las garantías del proceso penal, según la jurisprudencia constitucional y de este mismo Tribunal Supremo*". Sobre la base de esta doctrina, afirma el Alto Cuerpo Consultivo que, comoquiera que los actos cuya nulidad se demanda fueron válidamente notificados por vía edictal, como ya se ha razonado que ocurre en el supuesto objeto del presente Dictamen, y pudieron dar lugar a los correspondientes recursos previstos por el ordenamiento jurídico, no cabe hablar de indefensión.

2. Actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (art. 217.1, e) LGT).

A tal efecto, ha de recordarse la constante doctrina, elaborada en interpretación del artículo 62.1, letra e) LPAC, pero trasladable a la revisión de los actos dictados en materia tributaria, dada la identidad de los términos utilizados por el artículo 217.1, letra e) LGT, según la cual para que opere esta causa de nulidad, el empleo de los dos adverbios "total y absolutamente" recalca *"la necesidad de que se haya prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de algunos de sus trámites esenciales que se pueda equiparar a esa omisión total. Junto a lo anterior, precisamente para ponderar la especial gravedad del vicio que se alega, ha de analizarse si se causó indefensión al interesado, para lo que habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por tal conculcación y lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido"* (Dictamen del Consejo de Estado 670/2009). Y es que, en la interpretación estricta que demanda esta causa de nulidad, ha de ser puesta en relación con la función de garantía inherente a la exigencia de que el ejercicio de las potestades y competencias administrativas se actúe a través de un procedimiento, a la vez garantía de los ciudadanos y del interés público. Por ello, la eventual concurrencia de esta causa de nulidad no debe examinarse desde una perspectiva formalista, sino desde una óptica sustantiva, en la que lo decisivo no es tanto la ausencia de uno o varios trámites, como que no se hayan respetado los principios o reglas esenciales que informan el procedimiento (Dictamen del Consejo de Estado 2183/2003).

A la vista de la expresada doctrina, no se advierte en el supuesto sometido a consulta que se haya conculcado el procedimiento legalmente establecido para proceder a la comprobación de valores, a la liquidación resultante de aquella que pone fin al procedimiento de gestión tributaria, ni el procedimiento de recaudación en vía ejecutiva, pues únicamente se alega por la mercantil interesada la conculcación de las normas relativas a la notificación de las actuaciones que integran tales procedimientos, debiendo recordar al efecto que las consecuencias de las notificaciones irregulares sobre el acto objeto de notificación se desenvuelven en el terreno de la eficacia y no en

el de la invalidez, de modo que la nulidad del acto notificado no dependerá de las condiciones en que se comunicó sino de su legalidad o ilegalidad intrínseca, de tal modo que cuando aquélla no se produzca en modo alguno o se realice de modo irregular, el interesado conserva abiertas las vías de impugnación, sin que quepa oponerle la firmeza del acto notificado. En tales situaciones, el plazo de impugnación para la interposición de los recursos ordinarios no comienza a computarse hasta que pueda entenderse completado en legal forma el acto de comunicación o el interesado ponga de manifiesto su conocimiento sobre el contenido del mismo (art. 58.3 LPAC). No obstante, en el supuesto ahora sometido a consulta ya se ha dicho que no se aprecian defectos en la forma de practicar las sucesivas notificaciones.

Finalmente, en cuanto a la pretendida prescripción del derecho de la Administración a efectuar la liquidación practicada, aducida también por la mercantil interesada, cabe afirmar, como ya señalamos en Dictamen 22/2011, que aún en el caso en que hubiera concurrido, no existiría, por esa razón, causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 217.1 LGT, ya que la liquidación de una deuda supuestamente prescrita daría lugar, en su caso, a un vicio de anulabilidad, pero no de nulidad absoluta. En el mismo sentido, el Consejo de Estado en Dictámenes 541/2002 ó 2408/1996, indicando este último que *“la prescripción del derecho de la Administración para la determinación de la deuda tributaria (artículo 64.a) de la Ley General Tributaria) no constituye en modo alguno un vicio de nulidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley General Tributaria, si bien podría determinar la anulabilidad de tales actas, ya en vía de revisión de oficio de actos anulables, ya por medio de reclamación económico-administrativa y, en su caso, posterior recurso contencioso-administrativo”*.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud de revisión de oficio instada por la mercantil actora, toda vez que no se aprecia la concurrencia en el acto impugnado de causa de nulidad alguna.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 57-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	16/03/2011

**Extracto doctrina**

De conformidad con el régimen jurídico de la autonomía del paciente y el elenco de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, recogido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, el paciente tiene derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, comprendiendo, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias (art. 4).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 5 de noviembre de 2007, x, a través de Letrado, formula reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por los daños que dice haber sufrido como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida en el Hospital “Virgen de la Arrixaca” de Murcia.

Según la reclamante, el 23 de noviembre de 2006 ingresa de forma urgente en dicho Hospital, tras diagnosticársele un aneurisma, siendo intervenida el 29 de noviembre.

A pesar de sufrir un empeoramiento de su situación, con inmovilidad de uno de los miembros superiores, dificultad en el habla, etc., que comienza el 6 de diciembre y va progresivamente empeorando durante los días posteriores, la paciente no recibe tratamiento médico alguno, sin que sus familiares sean informados de la situación hasta el 11 de diciembre, cuando se les dice que había sufrido varios episodios de infartos cerebrales e hidrocefalia.

El 13 de diciembre es reintervenida, sin informar de los riesgos a los familiares. En dicha intervención se produjeron diversas complicaciones, saliendo la paciente del quirófano en estado de coma.

En la actualidad tiene reconocido un grado de minusvalía del 80%; no habla, camina con muchísima dificultad y su brazo izquierdo carece de movilidad.

Se imputa a la Administración la absoluta desatención sufrida por la paciente entre los días 6 y 10 de diciembre y la falta de información a los familiares acerca de los riesgos de la intervención.

Se solicita una indemnización a determinar con posterioridad, una vez se dé traslado a la reclamante del historial clínico, cuya aportación al procedimiento también se interesa.

Se aporta junto a la reclamación copia de poder notarial para pleitos, que confiere al abogado actuante x, hija de la paciente.

**SEGUNDO.-** Comoquiera que el poder notarial se otorga por persona diferente a la reclamante, se requiere al letrado para que subsane el defecto de representación. Por el requerido, inicialmente se remite copia compulsada del poder antes indicado y última hoja de la reclamación *“con la firma original de x, mediante la cual confiere representación al letrado”*. Posteriormente, el 12 de junio de 2008, se aporta copia del poder notarial otorgado por la paciente al mismo Letrado.

**TERCERO.-** Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS), de 16 de enero de 2008, se encomienda su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicar la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la aseguradora y a la Dirección de los Servicios Jurídicos. Recaba, asimismo, del Hospital “Virgen de la Arrixaca” de Murcia y de la Gerencia de Atención Primaria, la historia clínica de la paciente, así como el preceptivo informe de los facultativos que la atendieron.

**CUARTO.-** La Gerencia de Atención Primaria de Murcia señala que la historia clínica de la paciente está vacía, por no haber sido asistida nunca por los servicios sanitarios dependientes de dicha Gerencia.

**QUINTO.-** Por el Hospital “Virgen de la Arrixaca” se remite copia del historial clínico e informe del Jefe de Sección de Neurocirugía de dicho centro. Se transcribe a continuación, al ofrecer de forma detallada todo el proceso asistencial desarrollado sobre la paciente y las complicaciones que fueron surgiendo a lo largo del mismo:

*“Paciente que es recibida en urgencias de nuestro hospital por el equipo de guardia el 23/11/06 por presentar crisis comiciales, pérdida de consciencia, relajación de esfínteres y, tras las*

*crisis, la paciente recupera consciencia, presentando cefaleas, nauseas y vómitos. En el TAC que aporta presenta hemorragia subaracnoidea y dilatación ventricular. El 24/11/06 es vista por mí (Dr. x) encontrándome que la paciente, aunque está consciente, presenta una agitación psicomotora, dudosa rigidez de nuca y moviliza los 4 miembros, siendo el Glasgow de 13-14 puntos. Se solicitan angioRM y arteriografía urgentes y mientras estamos a la espera de la realización de las pruebas la paciente experimenta deterioro de estado de consciencia, por lo que decido, tras hablar con su marido, colocar drenaje ventricular externo que nos permite aliviar la presión intracraneal y controlar la presión dentro del cráneo por si hubiera empeoramiento. El 25/11/06 y dada la agitación con la que continúa la paciente, avisan al médico de guardia el cual se encuentra con que la paciente por su estado se ha arrancado el drenaje, dicho médico de guardia considera vigilancia clínica estrecha y se practica un TAC cerebral donde se corrobora la existencia de hidrocefalia, así como la presencia de sangre en sistema ventricular derecho. El equipo de guardia decide no colocar de nuevo el drenaje por no creerlo necesario, optando por tratamiento médico intensivo y vigilancia. El 26/11/06 continúa en estado de agitación que requiere tratamiento médico (...). Se habla con Neurorradiología Intervencionista, los cuales estudian el caso para valorar tratamiento endovascular y embolización de aneurisma. El 28/11/06 Neurorradiología Intervencionista considera que la paciente no es embolizable, por lo que se decide tratamiento quirúrgico para clipaje de dicho aneurisma, dado que el cuello del aneurisma apenas es existente, naciendo de la arteria comunicante anterior. Hablamos con la familia (marido e hija) explicándole lo que se le va a hacer y las posibles complicaciones que presentan estos pacientes (se firma el consentimiento informado donde se reflejan todas las posibles complicaciones iniciales y posteriores). El 29/11/06 y bajo anestesia general se practica una craniectomía pterional derecha clipándosele el aneurisma y la arteria comunicante anterior al no presentar el aneurisma cuello que nos permita salvar la arteria comunicante anterior. Recolocamos drenaje ventricular externo mediante trépano frontal izquierdo antiguo que nos servirá para prevenir hemorragias y para control de la presión intracraneal.*

*La paciente pasa a Reanimación (...)*

*El 05/12/06 pasa a planta de Neurocirugía donde sigue estando con Glasgow 15, consciente, y obedece órdenes verbales, tiene fiebre por lo que consultamos con el Servicio de M.I. Infecciosos, mandando a analizar las puntas de los catéteres que la paciente porta. Durante los siguientes días y siempre a través del equipo de guardia, parece apreciarse un inicio de debilidad en hemicuerpo izquierdo y dudoso facial izquierdo, el TAC cerebral es normal y se piensa en la posibilidad de un vasoespasmo (complicación que ya fue reflejada y explicada a la familia antes de ser intervenida y que podía presentarse).*

El 7 y 8 de diciembre-06 no hay cambios significativos, el 09/12/06 se aprecia pérdida de fuerza en MSI y facial izquierdo, pese a estar con tratamiento para el espasmo. Se realiza un TAC donde apreciamos la existencia de una imagen hipodensa frontal que puede corresponderse con un infarto isquémico (complicación también reflejada, explicada y hablada con la familia, como se recoge en el consentimiento informado). Continuamos con tratamiento para el espasmo y para la fiebre. El día 10/12/06 avisan al médico de guardia por haber presentado unas crisis parciales en MSD, sin que haya cambios en su estado de consciencia, es tratada por el equipo de guardia. El 11/12/06 está consciente, no hay cambios neurológicos con respecto a las últimas 24 horas y se inicia nutrición enteral. Se revisa tratamiento de antibióticos por parte de Medicina Interna.

El 12/12/06 al realizarle un TAC advertimos la presencia de hidrocefalia franca que nos parece que se debe de tratar con la colocación de una derivación ventricular interna. Se informa a la familia del procedimiento y de los posibles riesgos que siempre conlleva la colocación de una derivación. La paciente antes de la intervención está consciente, obedece órdenes verbales y presenta una hemiparesia izquierda de predominio facio-braquial (la existencia de una hidrocefalia tardía también es una de las posibles complicaciones que pueden derivarse tras la intervención de un aneurisma cerebral y está reflejada en el consentimiento informado).

El día 13/12/06 se le coloca la DVP y al practicársele el trépano temporal derecho tenemos una hemorragia de un vaso de la corteza que es coagulado, pero ante esa situación optamos por colocar el catéter ventricular de la válvula en el antiguo trépano frontal izquierdo. Tras finalizar la intervención informamos a la familia de la hemorragia y coagulación de ese vaso cortical. Pasa a Reanimación donde nos encontramos con una paciente con apertura de ojos espontánea, pero no obedece órdenes verbales y presenta espasticidad en los 4 miembros. Se le realiza TAC cerebral urgente donde vemos la existencia de una hemorragia grande a lo largo de todo el sistema intraventricular y sangre en región temporoparietal. Se informa puntualmente a la familia y se le explica que ha habido complicación al colocar el catéter, posiblemente debido a la fragilidad del tejido cerebral y a la posibilidad de haberse roto algún pequeño vaso en el trayecto de la colocación del drenaje. El día 14/12/06 sigue con los ojos abiertos, no obedece órdenes verbales, ha desaparecido la espasticidad de los 4 miembros, moviliza al dolor los miembros derechos y presenta de nuevo fiebre. La paciente continúa en Reanimación quirúrgica bajo vigilancia intensiva. El día 15/12/06 el equipo de guardia de Anestesia, ante la posibilidad de agravamiento neurológico y respiratorio, intuba y seda a la paciente, en un TAC practicado con esa fecha hay un aumento de su sangrado, así como aumento del área isquémica. En Reanimación, junto con el neurocirujano de guardia, hablan con la familia explicándole la mala situación neurológica de la paciente y, de común acuerdo con la familia, se decide no tomar medidas extraordinarias.

*El 16/12/06 hablo con la familia y de común acuerdo con ellos decidimos no realizar medidas más agresivas, manteniéndonos a la espera de evolución. (...). El 18/12/06 el neurocirujano de guardia coloca un drenaje ventricular externo en la zona de la craniectomía pterional derecha con intento de poner tratamiento con Urokinasa e intentar diluir la sangre. Durante los días 19, 20, 21, 22 de diciembre-06 no hay cambios neurológicos ni hemodinámicos.*

*El 22/12/06 la paciente está en coma vigil, febril y con movimientos de hiperextensión al dolor.(...)Durante los siguientes días hasta el 08/01/07 la paciente va mejorando lentamente (...) El 15/01/07 la hermana y el marido de la paciente deciden trasladarla a un hospital privado (...)*

### **CONCLUSIÓN:**

*1- Esta paciente ha presentado una patología vascular cerebral que en cualquier lugar del mundo cuenta con una gran morbilidad y mortalidad.*

*2- Ha sido tratada por un equipo multidisciplinario: Neurocirujano de guardia, Neurocirujano que la ha operado, Neurólogo, Anestesiista y Reanimación, Rehabilitación y Servicio de Medicina Interna de infecciosos.*

*3.- Con respecto a los hechos que aquí se describen en el escrito y donde se afirma que la paciente no ha recibido tratamiento médico alguno, lo niego rotundamente y me remito a las anotaciones médicas que constan en la historia clínica.*

*4.- En todo momento he estado en contacto con la familia y he explicado cada una de las circunstancias en las que se ha desarrollado la enfermedad. Se han seguido las normas adecuadas de atención a la paciente, explicándole a la familia que siempre podían presentarse complicaciones tras cualquier proceso que se le aplicara. Desde un principio han estado totalmente informados y no ha habido en ningún momento ninguna falta de asistencia por ninguno de los Facultativos que hemos atendido a la paciente.*

*5.- Siempre ha habido un médico de guardia (Neurocirujano, Neurólogo o Anestesiista, así como personal ATS), que han estado atendiendo a la paciente. Se puede comprobar en las distintas anotaciones clínicas que se reflejan en la historia.*

*6.- Las secuelas que la paciente ha presentado son achacables a complicaciones como vasoespasmo cerebral y hemorragia intracerebral, que han repercutido sobre su hemicuerpo izquierdo, fundamentalmente.*

7.- *La familia decidió en varias ocasiones (cuando experimentó grave empeoramiento), no realizar ninguna otra maniobra*".

**SEXTO.-** Por la aseguradora del SMS se aporta informe médico elaborado por dos especialistas en Neurocirugía, que alcanza las siguientes conclusiones:

*"1. Todas las actuaciones médicas, diagnósticas y terapéuticas realizadas en esta paciente han sido totalmente correctas.*

*2. Los déficit neurológicos de la paciente han sido debidos en parte al desarrollo de un infarto cerebral espontáneo por vasoespasmio, una complicación independiente al tratamiento médico aplicado, y en parte a una complicación quirúrgica impredecible e inevitable como es el desarrollo de una hemorragia intraventricular durante una intervención de colocación de una válvula ventrículo-peritoneal.*

*3. Tras el desarrollo de su hemorragia ventricular la paciente fue trasladada a una Unidad de Cuidados Intensivos aplicándosele todas las medidas terapéuticas precisas para su correcta recuperación, sin evidencia de ningún tipo de retraso o déficit terapéutico.*

*4. La mortalidad de la patología de la paciente era superior al 50% independientemente de las medidas terapéuticas aplicadas. Su tratamiento en la Unidad de Cuidados Intensivos fue lo que permitió mantenerla con vida tras las complicaciones sufridas.*

*5. Por todo lo anterior no consideramos justificada la reclamación*".

**SÉPTIMO.-** Recabado, el 19 de febrero de 2008, el preceptivo informe del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica), se emite el 27 de julio de 2010, con la conclusión de *"asistencia correcta de proceso hemorrágico cerebral grave"*, que se alcanza tras efectuar el siguiente juicio crítico:

*"Paciente que es atendida de urgencia por haber sufrido hemorragia subaracnoidea, de la que se han registrado fluctuaciones en su evolución desde el punto de vista clínico y analítico durante el tiempo de ingreso hospitalario, siendo seguida estrechamente por personal sanitario, tal y como consta en la Historia Clínica, en la que se han empleado todos los recursos a disposición y que ha sido evaluada por otras especialidades cuando se precisó, además del seguimiento neuroquirúrgico, constando en la Historia Clínica informes de Consentimiento Informado de*

*Anestesiología y Reanimación, 24/11/2006, 13/12/2006, 18/12/2006, 21/12/2006 (página 56, 128 130, 133); Servicio de Neurocirugía, para intervenciones quirúrgicas y procedimientos diagnósticos cruentos, 24/11/2006 (página 112); Servicio de Neurorradiología intervencionista, 27/11/2006 (página 119) y Servicio de Otorrinolaringología para realización de traqueotomía, 24/11/2006 (página 134)".*

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, no consta que hayan hecho uso del mismo.

Carece el expediente de documentación acreditativa de la notificación del acuerdo del órgano instructor por el que se concede el trámite.

**NOVENO.-** Consta en el expediente que la paciente y su hija, x, han interpuesto recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de la reclamación de la primera, que se sigue ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, como Procedimiento Ordinario 444/2008.

**DÉCIMO.-** Con fecha 22 de noviembre de 2010, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos de asistencia sanitaria y el daño que se dice haber sufrido.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 13 de diciembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993,

de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo de reclamación y procedimiento.**

1. La reclamante, al padecer en su persona los perjuicios que imputa a la actuación administrativa consistente en la atención sanitaria recibida, ostenta la condición de interesada para deducir la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el artículo 4.1 RRP.

En vía administrativa la única actora es la paciente, toda vez que la reclamación se presenta por medio de representación letrada que dice actuar en nombre de ella, no de su hija. Si bien la representación inicialmente aqueja un defecto de acreditación, con posterioridad es debidamente subsanada mediante la aportación al procedimiento de la copia del poder conferido por la paciente al abogado actuante.

La hija de la reclamante no actúa en vía administrativa (sí lo hace en vía jurisdiccional al presentar junto a su madre el recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de la solicitud de indemnización), por lo que no es correcto que la propuesta de resolución afirme que la reclamación se presenta por el letrado en representación de la hija de la paciente.

En cuanto a la legitimación pasiva no suscita duda la correspondiente a la Administración regional, de la que depende el Hospital "Virgen de la Arrixaca", donde se prestó a la paciente la asistencia de la que deriva la reclamación, y ello a pesar del evidente lapsus en que incurre el Letrado de la reclamante cuando en el suplico de la reclamación la dirige a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

2. Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que los perjudicados deduzcan su pretensión ante la Administración. En efecto, según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Añadiendo que en caso de daños a las personas, de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. En el supuesto sometido a consulta, la reclamación presentada el 5 de noviembre de 2007 lo ha sido dentro del año previsto para su ejercicio, pues la actuación sanitaria a la que atribuye sus secuelas se desarrolló desde el 23 de noviembre de 2006 hasta el 15 de enero de 2007, cuando fue trasladada a un centro privado a solicitud propia.

3. El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas de la LPAC y del RRP aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial, salvo el plazo máximo para resolver, que ha excedido en mucho al previsto en el citado Reglamento, debido fundamentalmente y como se produce con inexplicable reiteración a la excesiva tardanza en la emisión del informe de la Inspección Médica, lo que casa mal con los principios de eficacia, agilidad y celeridad que han de inspirar la actuación administrativa.

Ha de advertirse, asimismo, que no consta en el expediente la documentación acreditativa de la notificación del acuerdo instructor por el que se confiere trámite de audiencia a los interesados, lo que unido a la ausencia de actuación posterior por parte de la actora hace dudar de que la notificación llegara a practicarse.

4. La circunstancia de que se haya interpuesto por la reclamante ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta, atempera las consecuencias que, respecto de una eventual apreciación de indefensión, podrían derivarse de la no acreditación de la notificación del trámite de audiencia. Por otra parte, no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (art. 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues los reclamantes podrían desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico. Y es que, si bien no se le puede exigir una curación en todos los casos, dado el carácter contingente de la salud y la vida de los pacientes, sí que viene compelida la Administración a prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance. De no hacerlo así, o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en antijurídico.

La actuación del sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada "*lex artis ad hoc*" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (por todas, STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

Para la reclamante, las secuelas que padece tras haber sufrido el aneurisma del que fue tratada en el Hospital "Virgen de la Arrixaca", se vieron agravadas por el abandono de que fue objeto entre los días 6 y 10 de diciembre de 2006, en los que no recibió tratamiento médico alguno. Se afirma, asimismo, que los familiares de la paciente no fueron informados acerca de los riesgos que comportaba la intervención del día 13 de diciembre.

Se imputa, pues, a la Administración un abandono asistencial durante las fechas indicadas y un déficit en la obligación de informar a los familiares de los pacientes de los riesgos a los que se enfrentan si se decide someterse a una intervención, es decir, de la información dirigida a la prestación del consentimiento del paciente o de quien le sustituye ante la incapacidad de éste.

#### 1. Del abandono asistencial.

Tanto la historia clínica como los informes médicos obrantes en el expediente niegan la situación de abandono denunciada por la actora entre los días 6 y 10 de diciembre de 2006. En efecto, a los folios 85 y siguientes obran las hojas de evolución clínica en las que se hace constar las distintas atenciones prestadas durante los referidos días a la paciente. Se constata el control que sobre ella se va realizando, con aplicación y repetición de pruebas diagnósticas (TAC), juicios clínicos, instauración y ajuste de tratamientos farmacológicos, etc., que impiden apreciar la desatención alegada por la reclamante.

Por otra parte, tampoco se apoya técnicamente la afirmación relativa a que la atención médica omitida durante estas fechas incidiera en un agravamiento del estado de salud de la paciente, lo cual tampoco puede sostenerse a la luz de los informes obrantes en el expediente, singularmente por los siguientes:

a) El neurocirujano que la intervino, además de negar el abandono asistencial que la paciente dice haber sufrido, señalando que siempre ha habido un médico de guardia (neurocirujano, neurólogo o anestesista), así como personal ATS, que han estado atendiendo a aquélla, manifiesta que las secuelas que presenta son achacables a complicaciones como vasoespasmo cerebral y hemorragia intracerebral.

b) Los peritos de la aseguradora del SMS, tras considerar que todas las actuaciones diagnósticas y terapéuticas iniciales fueron totalmente correctas y que la intervención quirúrgica estaba indicada y se realizó sin complicaciones, manifiestan que, a pesar de todo ello, la paciente sufrió un infarto cerebral por vasoespasmo e hidrocefalia, debidos ambos a su hemorragia, siendo complicaciones que no pueden ser evitadas a pesar de un tratamiento correcto.

c) La Inspección Médica, por su parte, considera que la paciente fue “*seguida estrechamente por el personal sanitario, tal como consta en la historia clínica*”, empleándose todos los recursos disponibles y siendo evaluada por otras especialidades distintas a la Neurocirugía, cuando se precisó.

De donde se desprende que las secuelas que presenta la paciente son debidas a la gravedad del proceso cerebral sufrido (aneurisma complicado con hemorragia subaracnoidea), cuya mortalidad, independientemente de las medidas terapéuticas aplicadas, supera el 50%. No cabe atribuirles, en contra de lo que afirma la reclamante, a un supuesto déficit asistencial, que no ha sido probado, como tampoco lo ha sido la relación causal entre el mismo y los daños sufridos. Y es que el expediente revela la total ausencia de prueba por parte de la reclamante respecto a sus imputaciones, a quien incumbe según el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, jugando un papel esencial las pruebas periciales cuando se achacan fallos en la asistencia sanitaria, como ha tenido ocasión de pronunciarse el Consejo Jurídico en diversos Dictámenes sobre responsabilidad patrimonial en materia sanitaria (por todos, los números 106 y 133 de 2004, 25 y 37 de 2005, y 34 de 2011).

2. Incumplimiento del deber de informar a los pacientes en orden a obtener su consentimiento para la segunda intervención, de fecha 13 de diciembre de 2006.

Afirma la reclamante que no se informó a sus familiares de los riesgos a los que se enfrentaba al someterse a la intervención habida el 13 de diciembre de 2006.

De conformidad con la historia clínica, la referida intervención consiste en implantar una derivación ventriculoperitoneal para resolver la hidrocefalia que presentaba y que había sido diagnosticada el día anterior tras una TAC de control. Después de la intervención quirúrgica la paciente empeora, diagnosticándose una hemorragia intraventricular que, a su vez, origina un nuevo deterioro neurológico.

Comoquiera que la doctrina de este Consejo Jurídico acerca del derecho y correspondiente deber de información en el ámbito asistencial sanitario es conocida por la Consejería consultante, habiendo sido expuesta en multitud de dictámenes emitidos a petición suya, se omite su reproducción. Baste ahora con recordar que, de conformidad con el régimen jurídico de la autonomía del paciente y el elenco de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, recogido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, el paciente tiene derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información

disponible sobre la misma, comprendiendo, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias (art. 4). Este derecho de información se particulariza en el artículo 8 de la Ley, como consentimiento informado, libre y voluntario del afectado, que habrá de recabarse para toda actuación en el ámbito de su salud. El consentimiento habrá de serlo por escrito cuando se refiere a una intervención quirúrgica, como es el caso, y para obtenerlo habrá de ofrecerse información suficiente al paciente sobre el procedimiento de aplicación y sus riesgos.

En el supuesto sometido a consulta, lo que se imputa a la Administración es una infracción de este deber respecto de los familiares de la paciente, la cual, atendido su estado neurológico y consecuente incapacidad para entender la información, no podía decidir acerca de su propia salud, lo que determina que dicha información asistencial debía haberse puesto en conocimiento de las personas vinculadas a ella por razones familiares o de hecho (art. 5.3, Ley 41/2002).

La documentación obrante en el expediente muestra que la paciente fue intervenida cuatro veces durante su estancia en el Hospital. Dos de ellas revistieron carácter urgente, las de 24 de noviembre y 18 de diciembre de 2006, lo que justifica la ausencia de documento de consentimiento informado (artículo 9.2, letra b, Ley 41/2002). Las otras dos intervenciones, el 29 de noviembre y el 13 de diciembre, se realizan de forma programada y tras obtener la oportuna autorización por parte de los familiares de la paciente.

Constan en el expediente sendas autorizaciones al Servicio de Neurocirugía para la realización de intervenciones quirúrgicas referidas a la paciente, si bien no señalan la concreta intervención quirúrgica a realizar ni la fecha de las mismas. No obstante, dado que sólo existen dos operaciones programadas, ambos documentos han de corresponder a tales episodios. Por su ubicación en el expediente, inmediatamente posterior a documentos (hojas circulante y de anestesia) referidos a la intervención del 29 de noviembre, el consentimiento obrante al folio 112 parece corresponder con dicha intervención, en la que se procede al clampaje del aneurisma. Entre los riesgos de la cirugía se especifican, junto a otros ilegibles, el riesgo vital, infarto cerebral, hemorragia intraoperatoria por rotura del aneurisma, hemorragia postoperatoria, hemiparesia, hemiplejía, fístula COP e hidrocefalia post hemorragia.

El otro documento autorizador de intervención, obrante al folio 131, se ubica tras la documentación relativa a la operación del 13 de diciembre, está firmado por la hija de la paciente y hace constar entre los riesgos de la intervención los de, entre otros, hematoma intraparenquimatoso y/o intraventricular.

Comoquiera que el riesgo materializado tras la operación del 13 de diciembre es una hemorragia intraventricular, ha de rechazarse la imputación de falta de información a los familiares, toda vez que en ambos documentos autorizatorios se contiene una mención expresa a dicho riesgo.

Cabe concluir, en definitiva, que no se ha demostrado por la reclamante que en la asistencia sanitaria prestada durante su ingreso en el Hospital “Virgen de la Arrixaca” se incurriera en mala praxis alguna, ni en su vertiente de abandono o déficit asistencial ni en la de infracción del deber de información a los familiares del paciente.

**QUINTA.- La propuesta de resolución y la antijuridicidad del daño.**

El último “Considerando” de la propuesta de resolución y la propuesta en sí misma, afirman que el daño alegado es antijurídico, teniendo la reclamante la obligación de soportarlo. Evidentemente, ello no es así, pues la antijuridicidad del daño se define, precisamente, como la ausencia de obligación por parte del perjudicado de soportar el daño irrogado por la actuación administrativa, dada la inexistencia de un título jurídico que le imponga tal deber.

En las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por daños imputados a la atención sanitaria, la antijuridicidad de éstos se vincula, como ya se indica en la Consideración Tercera de este Dictamen, a su producción como consecuencia de un incumplimiento de la obligación de medios que incumbe a la Administración o de una mala praxis médica, lo que en el supuesto sometido a consulta no se ha acreditado que ocurriera, derivando las secuelas que padece la reclamante de la grave patología de base que la aquejaba y que le movió a demandar atención sanitaria.

Procede, en consecuencia, modificar la propuesta de resolución, negando el carácter antijurídico del daño alegado.

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

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que no advierte en el supuesto sometido a consulta la concurrencia de los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas,

singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño alegado, cuya antijuridicidad tampoco se ha demostrado.

Procede, en lo que a este último aspecto se refiere, modificar la propuesta de resolución en los términos indicados en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 58-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 16/03/2011

**Extracto doctrina**

La lex artis es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la normopraxis venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico (por todas, STS, Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de julio de 2007, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por su hijo x, como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida del Servicio Murciano de Salud.

Según relata la reclamante, sobre las 14:00 horas del 4 de agosto de 2006, su hijo, de 14 años de edad, fue atendido en el Servicio de Urgencias del Hospital “Rafael Méndez” de Lorca, por fuertes dolores intestinales que sufría desde las 05:00 horas, siendo diagnosticado de estreñimiento y remitido a su domicilio.

Sobre las 21:00 horas del mismo día, ante el empeoramiento de su hijo. volvió a urgencias y, tras ser reconocido por otro médico, se le diagnostica dolor abdominal inespecífico, remitiéndolo nuevamente a su domicilio.

Tras pasar la noche con dolores abdominales y fiebre, la mañana del 5 de agosto acude de nuevo al Servicio de Urgencias del Hospital, diagnosticándole una apendicitis gangrenosa con peritonitis, operándole sobre las 18:00 horas de ese mismo día.

Pese a sufrir molestias los días siguientes, el día 17, sobre las 18:00 horas, inexplicablemente es dado de alta. Esa misma tarde, a las 20 horas presenta fiebre de 38,5, volviendo a Urgencias con la intención de ingresarlo, pero se le dice que no es necesario, que si al día siguiente no está bien que vuelva. El día 18, como no baja la fiebre, vuelven otra vez al Hospital y es ingresado. El día 19 empeora y se solicita su traslado al Hospital "Virgen de la Arrixaca" de Murcia, dado que en Lorca no se daba solución a lo de su hijo. Allí se le hacen toda clase de pruebas y se le diagnostica asas de intestino delgado en engrosamiento difuso de su pared, siendo remitido de nuevo al "Rafael Méndez", donde queda ingresado el día 20. El día 21 vomita y se le hace una radiografía que revela que las paredes del intestino están pegadas.

El 24, el niño es intervenido, extirpándole una bolsa de pus y parte del intestino, siendo dado de alta el día 8 de septiembre de 2006, debiendo ser revisado de forma periódica y tomar vitamina B12 de por vida, sufriendo asimismo problemas de anemia, diarrea e intolerancia a ciertos medicamentos.

En noviembre de 2006 presenta una queja, reiterada en enero, ante el Hospital lorquino.

La reclamante imputa el daño al incorrecto funcionamiento del centro hospitalario, especialmente el Servicio de Urgencias al que tuvo que acudir hasta tres veces para que a su hijo se le diagnosticara la apendicitis. También advierte ese inadecuado funcionamiento en el hecho de que tras la intervención, y a pesar de permanecer hospitalizado durante dos semanas, no se detectara el problema que tenía su hijo hasta su traslado a la Arrixaca.

Reclama una indemnización de 30.055 euros en concepto de días de hospitalización, días de baja, secuelas y daño moral.

Se acompaña la solicitud indemnizatoria de diversa documentación clínica, identificativa de reclamante y paciente, y acreditativa del parentesco que les une.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por Resolución del Director Gerente del SMS de 8 de agosto de 2007, se encomienda su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicarla a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Dirección de los Servicios Jurídicos y a la aseguradora del SMS, a través de la correduría. Asimismo, solicita a los Hospitales "Rafael Méndez" y "Virgen de la Arrixaca" copia de la historia clínica del paciente e informe de los facultativos que le atendieron.

**TERCERO.-** Por el Hospital “Virgen de la Arrixaca” se remite la historia clínica e informe de la cirujana que atendió al niño tras ser remitido por su Hospital de referencia, el “Rafael Méndez”. El informe señala que el 19 de agosto de 2006 el paciente llega con febrícula junto a leve dolor abdominal. La analítica realizada mostró “*leucocitosis de 20.780 y 89% N*”. La ecografía abdominal no mostró colecciones, únicamente un engrosamiento difuso de la pared de las asas de intestino delgado. Se consideró adecuado un tratamiento conservador, con analgesia, antibióticos y sueroterapia, por lo que tras hablar con la familia se acordó remitir al paciente a su Hospital de referencia.

**CUARTO.-** Por el Hospital “Rafael Méndez” se remite la historia clínica del paciente, así como copia de los siguientes documentos:

a) Oficio del Juzgado de Instrucción núm. 3 de los de Lorca en relación con Diligencias Previas (Procedimiento Abreviado 283/2007) que se siguen en dicho Juzgado por los mismos hechos.

b) Contestación dada el 5 de febrero de 2007, por el Director Gerente del Hospital, a la queja presentada por la hoy reclamante, en relación con la asistencia prestada en dicho centro a su hijo.

**QUINTO.-** Por la aseguradora del SMS se aporta al procedimiento un informe pericial emitido por Especialista en Cirugía Pediátrica, que alcanza las siguientes conclusiones:

*“1. El niño x. sufrió un cuadro de dolor abdominal por lo que fue llevado en dos ocasiones en el transcurso de unas pocas horas al HRM de Lorca.*

*2. Fue visto en las dos ocasiones por los médicos de guardia y diagnosticado de dos procesos banales siendo remitido a su domicilio con recomendaciones.*

*3. Al día siguiente fue llevado nuevamente y diagnosticado de una apendicitis aguda.*

*4. Fue operado de urgencia correctamente.*

*5. El postoperatorio inmediato se desarrolló sin incidencias.*

*6. Más tarde sufrió dos de las complicaciones frecuentes y descritas en los procesos de apendicitis aguda.*

7. *Estas complicaciones fueron tratadas correctamente y evolucionaron bien en el postoperatorio.*

8. *No estamos de acuerdo con la afirmación que se hace en la reclamación de que el enfermo deberá estar de por vida con tratamiento con Vitamina B 12.*

9. *Entendemos que el retraso de 24 horas en el diagnóstico de la apendicitis aguda no influyó en la evolución del enfermo ni en la aparición de las complicaciones.*

*Conclusión final: entendemos que el diagnóstico de apendicitis aguda no era ni siquiera de sospecha en los dos primeros días de la enfermedad y, por tanto, que todos los profesionales que atendieron a este enfermo en cada uno de los centros en que fue tratado, lo hicieron con profesionalidad y con arreglo a la "lex artis".*

**SEXTO.-** Recabado el preceptivo informe del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica) se emite el 26 de julio de 2010, con los siguientes juicio crítico y conclusión:

*“El paciente acude en un intervalo de menos de 24 horas tres veces al Servicio de Urgencias. La sospecha de apendicitis se tuvo en cuenta según puede deducirse de la exploración registrada en la Historia Clínica. En la primera asistencia no había ciertamente signos positivos y, si bien ocho horas más tarde se encontró leucocitosis con desviación izquierda, otros datos no apoyaron lo suficiente la sospecha para un diagnóstico específico claro. Retrospectivamente es explicable porque la localización anatómica apendicular retrocecal no es de fácil discriminación. La franca afectación en el momento del ingreso se trató quirúrgicamente. Los hallazgos descritos en la apendicectomía (líquido purulento en cavidad ...) no es difícil que lleven, a pesar del tratamiento protocolizado, a complicaciones no deseadas tales como abscesos. En principio, en este caso, no se formó una colección purulenta organizada inicialmente, sino que se detectó una mínima cantidad de líquido, engrosamiento difuso de la pared... . No es hasta 18 días después de la apendicectomía que se observa ecográficamente y se confirma con TAC pélvico, un absceso, indicándose drenaje percutáneo e inmediatamente laparotomía al no poder realizarse aquel, resolviendo en función de los hallazgos de visu.*

*En conclusión, la patología se ha resuelto tras intervenciones sucesivas de los servicios sanitarios que han tratado las complicaciones que han surgido en el momento adecuado”.*

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados (reclamante y compañía aseguradora del SMS) no hacen uso del mismo, sin que conste que hayan presentado alegaciones o justificaciones adicionales a las contenidas en el escrito inicial de reclamación.

**OCTAVO.-** Consta que por la interesada se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de la reclamación, siguiéndose las actuaciones ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con el número de Procedimiento Ordinario 184/2008.

**NOVENO.-** El 2 de diciembre de 2010 el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, al no haber quedado acreditado que en la actuación de los facultativos que atendieron al niño se incurriera en infracción de la *lex artis*.

En tal estado de tramitación y previa incorporación de los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 22 de diciembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. La legitimación activa corresponde a la madre del menor, para reclamar los daños por él padecidos (morales y secuelas), atendida la representación legal que le asigna el artículo 162 del Código Civil.

No obstante, dada la excesiva duración del procedimiento (se han superado ampliamente los tres años de tramitación), el hijo de la reclamante, menor en el momento de los hechos y de ejercitarse la acción resarcitoria, en la actualidad ha alcanzado la mayoría de edad, lo que debería haber movido al órgano instructor a otorgarle un trámite de audiencia para que pudiera haber actuado por sí mismo, o bien otorgado la representación a su progenitora, como en otros supuestos similares ha sostenido el Consejo Jurídico (por todos, Dictámenes 149/2002 y 222/2009).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional en cuanto titular del centro hospitalario y del servicio de asistencia pública sanitaria a cuyo funcionamiento se imputa el daño.

2. Presentada la reclamación el 26 de julio de 2007 y habiéndose prestado la asistencia sanitaria a la que se pretende conectar causalmente el daño por el que se reclama entre los meses de agosto y septiembre de 2006, es evidente que aquélla se interpuso dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC señala para la prescripción del derecho a reclamar.

3. A la vista del expediente remitido, puede concluirse que se ha seguido sustancialmente lo dispuesto en la LPAC y su reglamento de desarrollo en la materia que nos ocupa (RRP), a excepción del plazo máximo para resolver, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de este último. En la demora ha influido decisivamente la excesiva tardanza en evacuar el informe de la Inspección Médica, para lo que se han invertido 30 meses.

Ha de advertirse que no constan en el expediente los informes del Servicio de Urgencias del Hospital "Rafael Méndez", ni el del cirujano que intervino al niño. No obstante, la presencia en el expediente del escrito de contestación del Director Gerente del Hospital frente a la queja expresada por la hoy reclamante, permite conocer el parecer del centro hospitalario, si bien debe advertirse que este tipo de actuaciones, ajeno al procedimiento de responsabilidad patrimonial, no debe suplir la emisión *ad hoc* de los informes preceptivos que exige el artículo 10.1 RRP.

Asimismo, debe recordarse al órgano instructor la conveniencia de incorporar al procedimiento las actuaciones penales que se sigan por los mismos hechos que la reclamación, dada la incidencia que aquéllas pueden tener sobre aspectos relevantes de la responsabilidad patrimonial, como el cómputo del plazo de prescripción del derecho a reclamar o la fijación de los hechos.

4. La circunstancia de que se haya interpuesto por la actora recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de su reclamación, no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (art. 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la

Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues los reclamantes podrían desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, en tanto que existirá o no con independencia de cualquier elemento culpabilístico de los agentes de la Administración, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe

esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada "*lex artis ad hoc*" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la Ley General de Sanidad); y 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiéndole al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

La reclamante considera que su hijo recibe una asistencia incorrecta en el Hospital "Rafael Méndez", singularmente por su Servicio de Urgencias, que no fue capaz de diagnosticar la apendicitis que sufría en las dos primeras ocasiones en las que acudió. Asimismo, advierte un funcionamiento anormal en el hecho de que no se detectara el problema que aquejaba al paciente en las dos semanas en que estuvo ingresado en el Hospital tras la intervención, y que se le diera el alta sin practicarle las pruebas oportunas, viéndose obligada a trasladarlo a Murcia. También considera incorrectos tanto la intervención quirúrgica que se le practicó como el tratamiento posterior hasta el 23 de agosto.

En definitiva, las alegaciones por anormal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios implicados en la atención del hijo de la reclamante son de dos tipos: a) retraso diagnóstico, ya sea por la omisión de pruebas diagnósticas que considera necesarias u oportunas, ya porque los facultativos fueron incapaces de alcanzar un juicio clínico acertado con las efectivamente practicadas; y b) indebida aplicación de medidas terapéuticas (intervención quirúrgica y tratamiento posterior) tendentes a la curación del enfermo.

Dichas cuestiones aparecen íntimamente relacionadas con el criterio jurisprudencial de la "*lex artis*". Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el

Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que, en todo momento y bajo cualquier circunstancia, se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “lex artis”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la normopraxis venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico (por todas, STS, Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999).

Descrita a grandes rasgos la doctrina relativa a la *lex artis*, habremos de acudir al expediente para desvelar en qué medida la actuación de los profesionales intervinientes se adecuó a dicho estándar.

La valoración de dicha actuación y en qué medida, antes del momento en que se alcanza el diagnóstico de apendicitis, primero, y de adherencias intestinales, después, podía ya haberse identificado la verdadera naturaleza de la dolencia que presentaba el paciente, bien con las técnicas exploratorias utilizadas bien mediante la realización de pruebas adicionales de diagnóstico, exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, resultan trascendentales los informes médicos obrantes en el expediente -el especial valor probatorio de estas pericias en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999-.

De los informes que, traídos al procedimiento por la Administración y la aseguradora de ésta, efectúan un juicio acerca de la asistencia prestada al niño, se extraen las siguientes consideraciones:

a) La apendicitis aguda se caracteriza por un dolor abdominal en la fosa ilíaca derecha, que suele cursar con leucocitosis, desviación a la izquierda de la fórmula leucocitaria y elevación de la PCR. Otros síntomas, como diarrea o estreñimiento son comunes a otras enfermedades más comunes como la gastroenteritis aguda.

En las dos primeras asistencias en Urgencias el 4 de agosto, el paciente no presentaba signos claros de apendicitis, pues tenía el abdomen blando, no había distensión abdominal ni signos de peritonismo y las maniobras apendiculares (signo de Blumberg) fueron negativas. Los análisis de la segunda asistencia del día 4 mostraron leucocitosis con desviación izquierda, si bien otros datos no apoyaron lo suficiente la sospecha para un diagnóstico claro (Inspección Médica).

Con el paso de las horas, el cuadro se agrava y la sintomatología se hace más clara, pudiendo alcanzar el diagnóstico correcto. Así, el día 5 de agosto, el paciente muestra abdomen doloroso con defensa a la palpación, se decide efectuar una ecografía abdominal que revela la existencia de una apendicitis aguda. El eventual retraso de 24 horas en alcanzar el diagnóstico correcto no influye en la evolución del enfermo ni en la aparición de las complicaciones que más adelante se describen (perito de la aseguradora).

La intervención quirúrgica estaba indicada y se hizo de forma adecuada, encontrándose una apendicitis aguda gangrenada con pus en la cavidad peritoneal. El tratamiento antimicrobiano posterior con antibióticos de amplio espectro que se pautó fue asimismo correcto.

Las complicaciones que sufrió con posterioridad, esto es, absceso intraabdominal y peritonitis plástica con formación de bridas o adherencias en las asas del intestino delgado, que dan lugar a un cuadro obstructivo, son típicas, imprevisibles e inevitables, según el perito de la aseguradora. Su resección quirúrgica, según este mismo facultativo, era necesaria y así se hizo.

En cuanto a la detección de la complicación, nada hay en el expediente que permita sospechar que existiera de modo inmediatamente posterior a la apendicectomía y que no fuera diagnosticada a pesar de ello. De conformidad con los informes de la Inspección Médica y del perito de la aseguradora, los abscesos y adherencias pueden producirse tanto de forma inmediata tras la intervención, como días después, y así ocurrió en el supuesto sometido a consulta, en que apareció 18 días después de ella. Entre ésta y el diagnóstico de la complicación intestinal se

realizaron ecografías al paciente en fechas 13 (se observa mínima colección de líquido entre asas en fosa ilíaca derecha, pero no se aprecia imagen de colección intraabdominal), 18 (asas de intestino dilatadas con líquido en su interior y movimientos peristálticos, así como pequeña-moderada cantidad de líquido entre asas. No colecciones), 19 (en la Arrixaca, engrosamiento difuso de pared en asas de delgado y peristalsis conservada. En pelvis menor se observa un conjunto de asas agrupadas con peristaltismo disminuido. No líquido libre ni colecciones) y 23 de agosto (colección en hipogastrio a nivel retrovesical). Este último día se realiza, además, TAC pélvica que confirma el hallazgo ecográfico, al desvelar la presencia de una colección líquida anterior al recto, compatible con absceso, y una importante distensión de asas intestinales con contenido líquido. El 24 de agosto se opera al paciente por segunda vez.

A la vista de estos datos, la Inspección Médica concluye que las intervenciones sucesivas de los servicios sanitarios *“han tratado las complicaciones que han surgido en el momento adecuado”*, de donde cabe inferir que considera que no hubo retraso diagnóstico en la detección de la patología original ni de la complicación postquirúrgica, y que las intervenciones fueron adecuadas, como asimismo confirma el perito de la aseguradora.

Frente a la positiva valoración médica de la asistencia prestada no puede prevalecer la mera opinión de la reclamante, huérfana del apoyo técnico que requeriría para poder determinar la existencia de una eventual mala praxis médica, y que, de conformidad con el artículo 217 LEC y en atención a la distribución de la carga de la prueba que de él se deriva, aquélla debería haber aportado al procedimiento.

Cabe concluir, en definitiva, que no consta acreditado que en la atención prestada al hijo de la reclamante se incurriera en actuación contraria a normopraxis, lo que impide afirmar la existencia de nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño alegado, cuyo origen ha de buscarse en la propia enfermedad del paciente, lo que a su vez excluye su antijuridicidad.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación en la medida en que no aprecia la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 59-2011**

**Asunto** Resolución de contrato de concesión para ocupación de terrenos en el monte "Puntales de Sánchez" en el municipio de Fortuna.

**Consultante** Ayuntamiento de Fortuna

**Fecha** 21/03/2011

**Extracto doctrina**

Comoquiera que las causas de caducidad de la autorización se convierten a su vez en causas de resolución de la concesión y queda acreditado en el expediente que la explotación de la cantera ha estado paralizada durante más de 6 meses consecutivos, concurre la causa de resolución establecida en el contrato.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 1 de septiembre de 2000, el Ayuntamiento de Fortuna y x. suscriben contrato administrativo para la concesión de la ocupación de terrenos con destino a cantera de mármol (Parcela Letra E) en el Monte del Catálogo de Utilidad Pública número 58, denominado "Puntales de Sánchez", de propiedad municipal.

El objeto del contrato, de conformidad con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que se incorpora al mismo, es la concesión para ocupación de terrenos con destino a cantera de mármol. La concesión tiene una duración de 15 años, obligándose el concesionario a abonar al Ayuntamiento una indemnización por extracción de material, que se fija en 2.400 pesetas por cada metro cúbico de mármol extraído. Con el fin de asegurar unos determinados ingresos al Ayuntamiento, se establece un volumen mínimo de extracción de mármol de 1.000 metros cúbicos, abonable por el concesionario al precio indicado, independientemente de que resulten efectivamente extraídos o no. Igualmente, se establece la posibilidad de que los licitadores ofrezcan una cantidad suplementaria por cada metro cúbico de mármol extraído, en concepto de canon por ocupación de los terrenos, que se acumulará a la indemnización por extracción.

La indemnización por el volumen mínimo extraído ha de ser ingresada por el concesionario hasta el 31 de enero del año correspondiente y el precio por las extracciones sobre ese mínimo (excesos) hasta el 31 de enero del año siguiente.

La falta de pago dentro de los plazos establecidos *“determinará el inicio del procedimiento de apremio para su exacción con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento General de Recaudación, sin perjuicio de que tal incumplimiento constituya causa de resolución del contrato”* (Cláusula II PCAP).

De conformidad con la Cláusula XVII PCAP, el contrato podrá extinguirse, entre otras causas, por las siguientes:

- Falta de pago del precio de la concesión en los plazos establecidos.

- Las causas enunciadas en la Cláusula 26ª del Pliego de Condiciones Técnico-Facultativas, aprobado por la Dirección General de Medio Natural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de 1 de junio de 1999 y su modificación de 16 de noviembre del mismo año. Entre estas causas, que se califican como de caducidad de la autorización, se establece la de *“no hacer uso de la concesión por un período de 6 meses consecutivos ó 9 alternos”* (Cláusula 26ª, letra b).

**SEGUNDO.-** Solicitado el cambio de titular en el contrato a favor de la sociedad “--”, es autorizado por el Pleno de la Corporación Local el 10 de noviembre de 2000.

**TERCERO.-** Con fecha 10 de febrero de 2011, el encargado del Negociado de Canteras Municipales emite informe, según el cual, desde diciembre de 2007 no existe explotación de la cantera. Manifiesta, asimismo, que la concesionaria todavía no ha pagado una parte (3.776,5 euros) del canon del año 2010 ni la totalidad del correspondiente a la anualidad en curso, que asciende a 19.524,5 euros, cuya fecha de ingreso venció el 31 de enero de 2011.

**CUARTO.-** Por Providencia de la Alcaldía de 14 de febrero de 2011 se incoa procedimiento de resolución contractual al amparo de lo establecido en la Cláusula XVII PCAP en relación con la 26ª del Pliego de Condiciones Técnico-Facultativas, consistente en *“no hacer uso de la concesión por un período de 6 meses consecutivos o 9 alternos”*, y en el artículo 112, letra h) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), que considera aplicable al contrato de referencia.

Se propone, asimismo, la incautación de la garantía definitiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 114.4 LCAP.

**QUINTO.-** Conferido trámite de audiencia a la concesionaria, a su avalista y a la Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad, formulan alegaciones las dos primeras empresas.

1. Las de la concesionaria se sintetizan como sigue:

a) Falta de causa de resolución contractual, al considerar que ha cumplido con las obligaciones que le imponía el contrato, habiendo ocupado la parcela e instalado una cantera de mármol, que era el objeto de la concesión, sin que del contrato se desprenda la obligación de extraer un determinado número de metros cúbicos de mármol.

b) La suspensión de los trabajos de explotación era conocida desde hacía años por el propio Ayuntamiento, sin que éste le requiriera para la continuación de la explotación, actitud tolerante de la que extrae como conclusión que el Ayuntamiento habría otorgado una suspensión tácita del contrato.

Señala, además, que durante estos años ha venido pagando el canon concesional, cuya percepción por el Ayuntamiento *“ha de llevar consigo el reconocimiento de la suspensión de la actividad por el administrado”* y debiendo considerarse como *“un acto tendente a modificar el contrato”*.

c) Incompatibilidad entre dos prestaciones que se le exigen: resolución del contrato y exigencia del canon concesional correspondiente a 2011.

d) Desviación de poder, al no iniciar el procedimiento de resolución contractual cuando tuvo conocimiento de la paralización de la explotación y, a pesar de ello, continuar cobrando el canon de explotación.

e) Enriquecimiento injusto de la Administración, por cobrar el canon respecto de un contrato que estaba incurso en causa de nulidad, cuyos importes habrían de ser devueltos como ingresos indebidos.

f) Falta de motivación sobre la incautación de la garantía.

g) Nulidad del expediente (sic) por haber seguido un procedimiento distinto al procedente, que estima que debería ser el sancionador, al calificar como sanción pecuniaria a la pérdida de la garantía, la cual tampoco podría imponerse ya por haber prescrito las infracciones por las que se sanciona.

h) De estimarse las anteriores alegaciones, ofrecimiento al Ayuntamiento de continuar la explotación, abonar el canon correspondiente al 2011 y puesta a disposición de la Corporación de una parcela de terreno propiedad de la concesionaria, que sería explotada por ella, abonando al Ayuntamiento el mismo canon por extracción que el establecido en el contrato.

2. La sociedad avalista, por su parte, alega que la concesionaria no habría incurrido en incumplimiento alguno del contrato y que no se motiva en el expediente la incautación de la garantía. En cuanto a la causa de resolución esgrimida, consistente en no hacer uso de la concesión, considera la avalista que ello no puede calificarse como incumplimiento culpable, al haber abonado el canon concesional durante los años en los que no se explotó la cantera.

**SEXTO.-** El 1 de marzo de 2011, el encargado del negociado de Canteras Municipales, informa que la concesionaria ha abonado el importe restante del canon concesional correspondiente a 2010, si bien resta por ingresar el total del año en curso.

**SÉPTIMO.-** El 8 de marzo, el Secretario General de la Corporación elabora informe jurídico en el que, contestando a las alegaciones de los interesados, considera procedente la resolución contractual, al haberse acreditado la falta de explotación del yacimiento durante el período temporal mínimo y continuado que determinan los Pliegos, y la incautación de la fianza constituida.

**OCTAVO.-** Con la misma fecha y con idéntico fundamento, se formula propuesta de resolución para someterla a la consideración del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, acordándose la suspensión del transcurso del plazo para resolver el procedimiento y notificar la resolución, entre la petición del Dictamen (8 de marzo de 2011) y su recepción.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo extracto de secretaría, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Fortuna remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 9 de marzo de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

En presencia de un procedimiento por el que se pretende resolver una concesión administrativa otorgada mediante contrato, a lo que se opone el contratista, la consulta está

comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 59.3, letra a), del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aplicable al contrato cuya resolución se pretende, en atención al momento de adjudicación de aquél (31 de julio de 2000, posterior, por tanto a la entrada en vigor del indicado Real Decreto Legislativo, el 22 de junio de 2000, lo que determina su aplicabilidad en atención a lo establecido en su Disposición transitoria primera), por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

### **SEGUNDA.- Naturaleza y objeto del contrato.**

Las peculiaridades que reviste el contrato de concesión cuya resolución se pretende aconsejan una reflexión previa acerca de los extremos indicados en el epígrafe de esta Consideración.

De conformidad con la cláusula primera PCAP, es objeto del contrato la “concesión para ocupación de terrenos con destino a cantera de mármol en el monte de utilidad pública indicado”.

Si se analizan los términos de los pliegos contractuales, singularmente el de condiciones técnicas elaborado por la Dirección General de Medio Ambiente, se advierte que su verdadero objeto es la ocupación de los terrenos, toda vez que la explotación minera (sometida al oportuno régimen de autorización o concesión administrativa, según la clasificación que merezca el material a extraer, exigido por la legislación de minas) se ubica en unos terrenos que merecen la calificación legal de monte catalogado de utilidad pública, que es propiedad del Ayuntamiento de Fortuna, y que, a la fecha del contrato, tienen la condición de bien patrimonial de aquél.

Como ya señalara este Consejo Jurídico en Dictamen 59/2009, la condición patrimonial o demanial de los montes de utilidad pública de titularidad municipal incluidos en el Catálogo no era establecida de manera expresa por la Ley de Montes de 1957 (LM/57) -vigente al momento de adjudicarse el contrato-, que, no obstante, sometía a una intensa intervención administrativa el uso y aprovechamiento que pudiera hacerse de ellos (artículos 21 y 22 que exigen previa concesión administrativa para la ocupación de los montes del Catálogo, sometida a plazo y al pago de un canon), con plena subordinación en su aprovechamiento a las indicaciones e instrucciones de la Administración forestal (art. 38).

Fue el Reglamento de Montes, aprobado por Decreto 485/1962, de 22 de febrero, la norma que calificó a los montes públicos (los pertenecientes al Estado, a las Entidades locales y al resto

de Entidades de Derecho Público) como bienes patrimoniales (art 11.1), si bien los montes de las Entidades públicas que estuvieran adscritos a algún uso o servicio público, tendrían la consideración de demaniales. Si se advierte que el artículo 74 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL) únicamente califica como bienes de servicio público a los montes catalogados de propiedad provincial, *a sensu contrario* debe entenderse que los montes catalogados de propiedad municipal no estarían incluidos en la excepción y, en consecuencia, serían bienes patrimoniales.

No obstante, la utilidad pública que determina su catalogación les confiere un muy peculiar régimen jurídico: enajenabilidad restringida a los supuestos en que lo autorice una ley (art. 2.1 LM/57); régimen atenuado de inembargabilidad (art. 2.2 LM/57); régimen fuertemente protector de la posesión, al constituir el Catálogo título probatorio de aquélla, sin posibilidad de combatir la posesión por medio de interdictos o procedimientos especiales (art. 10 LM/57); exigencia de concesión administrativa para otorgar ocupaciones temporales en montes del Catálogo (art. 21 LM/57). Las evidentes diferencias de régimen de los montes municipales catalogados con el ordinario de los bienes patrimoniales –cuya utilización por los particulares se instrumenta a través de contratos de arrendamiento o cesión de uso de carácter civil-, llevaron a la doctrina a afirmar su carácter específico, como *tertius genus*, en la medida en que no serían incardinables en ninguna de las dos categorías clásicas de los bienes de titularidad pública.

La actual Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (LM/03), a diferencia del régimen anterior, califica expresamente como bienes de dominio público a todos los montes incluidos en el Catálogo de los de Utilidad Pública, sin distinción en cuanto a su titularidad, (art. 12.1, letra a), sometiendo su uso privativo a concesión administrativa (art. 15.4).

¿Afecta a la concesión otorgada bajo el régimen de la Ley del 57 el cambio de calificación del bien, antes patrimonial aunque peculiar, hoy demanial? Entendemos que no, por las siguientes razones:

- Bajo la vigencia de ambos regímenes jurídicos, la ocupación de terrenos en monte catalogado de titularidad municipal exige la oportuna concesión administrativa.

- El régimen de servidumbres y ocupaciones que establecía la Ley del 57 se sustituye en la nueva Ley por el régimen de usos del dominio público y, para dirigir dicho cambio, la Disposición transitoria primera de la LM/03 establece que las Administraciones gestoras de los montes que pasen a integrar el dominio público forestal revisarán, en el plazo de diez años desde la entrada en

vigor de la Ley, las servidumbres y otros gravámenes que afecten a estos montes, para garantizar su compatibilidad con su carácter demanial y con los principios que inspiran la referida Ley.

Al margen de que todavía no se ha cumplido el plazo decenal otorgado para la revisión indicada, lo cierto es que la ocupación otorgada mediante el contrato de concesión a que se refiere el presente Dictamen no parece que sea incompatible con la nueva calificación demanial del bien sobre el que opera. Y ello porque la consideración de bien de dominio público incide, fundamentalmente, en el ahora más extenso y garantista régimen de protección del bien, pero en nada afecta a la función social del monte, a su utilidad, cuya consideración había ya determinado su previa catalogación. En este sentido, la STS, Sala 3ª, de 2 de enero de 2003, apunta que *“la viabilidad de las ocupaciones temporales se sujeta a que sean compatibles con la utilidad pública, lo que es tanto como decir con las condiciones que fueron determinantes de la inclusión del monte en el Catálogo”*.

Por otra parte, la concesión de ocupación temporal del monte, originariamente amparada en el artículo 21 y concordantes de la LM/57, guarda múltiples similitudes con las concesiones demaniales contempladas por el artículo 78 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBEL), con carácter general, y por el artículo 15.4 LM/03, de forma específica para el uso privativo de los montes catalogados, en la medida en que a través de ellas se traslada a un particular el aprovechamiento de una porción de dominio público, cuya titularidad retiene la Administración. Como ha tenido ocasión de señalar el Consejo de Estado, en relación a las concesiones demaniales, esta transferencia opera en el marco de los negocios jurídicos de naturaleza bilateral, de tal suerte que requiere una formal concurrencia de ambas voluntades, la de la Administración concedente y la del concesionario (Dictamen 1507/1993), constituyendo una *“relación inequívocamente contractual, onerosa y recíproca”* (STS, de 29 de septiembre de 1980).

Así pues, atendida la legislación forestal aplicable al momento de adjudicarse el contrato y su compatibilidad material con la hoy vigente, aquél tiene por objeto el otorgamiento de una concesión administrativa que permite a un particular la ocupación temporal de un monte catalogado de titularidad municipal para posibilitar una explotación minera en sus terrenos.

El Consejo Jurídico ya tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la naturaleza de contratos similares al presente en el Dictamen 37/1998, calificándolos como contratos administrativos especiales, naturaleza que expresamente recoge la Cláusula XVIII PCAP, de conformidad con lo establecido en el artículo 8, en relación con el 5.2, letra b) LCAP, vigente al momento de aprobarse el referido pliego.

**TERCERA.- Tramitación.**

De conformidad con el artículo 26 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (vigente al momento de la adjudicación del contrato cuya resolución ahora se pretende) y su sucesor, el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), la resolución de oficio del contrato exige cumplir los siguientes trámites: a) dar audiencia al contratista por plazo de diez días naturales; b) al avalista, si se propone la incautación de la fianza (este trámite no lo exigía expresamente el RD 390/1996); c) informe del Servicio Jurídico; y d) caso de formular el contratista oposición, Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El expediente acredita el cumplimiento de los trámites señalados con las letras a), b) y c) (entendiendo aquí como informe del Servicio Jurídico el de la Secretaría General del Ayuntamiento). La emisión del presente Dictamen persigue hacer efectivo el último de los trámites preceptivos.

**CUARTA.- Existencia de causa de resolución.**

I. La causa de resolución esgrimida por la propuesta de resolución.

La propuesta de resolución sometida a Dictamen considera que concurre la causa de resolución contractual consistente en no hacer uso de la concesión minera por un período de 6 meses consecutivos, contemplada en la Cláusula 26ª del Pliego de Condiciones Técnico-Facultativas aprobado por la Dirección General del Medio Natural, a que se remite la Cláusula XVII del PCAP, en la que se contienen las causas de resolución del contrato de concesión.

Para el adecuado entendimiento de la cuestión parece conveniente distinguir la diversa naturaleza de las actuaciones administrativas implicadas en la explotación de la cantera. De un lado, como se ha expresado en la Consideración Segunda de este Dictamen, existe un acto de naturaleza contractual y bilateral que vincula al Ayuntamiento, titular del bien donde se ubica la cantera, por el que la Corporación Local cede la ocupación del monte a un particular con el fin de explotar los recursos minerales allí existentes. Es el contrato administrativo especial cuya resolución se pretende y que tiene su fundamento en los artículos 21 y 22 LM/57, que exigían la previa concesión administrativa para la ocupación de los montes del Catálogo, sometida a plazo y

al pago de un canon, con plena subordinación en su aprovechamiento a las indicaciones e instrucciones de la Administración forestal.

Asimismo, el vetusto Reglamento de Montes sometía a autorización de la Administración forestal la ocupación de los montes como consecuencia de concesiones administrativas de aguas, minas o de cualquier otra clase (arts. 168 y siguientes y 178).

Pero, además, para poder hacer efectiva dicha explotación minera, el concesionario precisa obtener, de forma previa a la realización de cualesquiera trabajos destinados a tal fin, una autorización de explotación, regulada en la normativa minera, singularmente en el Reglamento General para el Régimen de la Minería, aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto. De conformidad con el artículo 5.1, el mármol sería un recurso incardinable en la Sección A, para cuya explotación privativa los artículos 2 y 28 del indicado Reglamento exigen la obtención de una autorización administrativa a conceder por la Administración minera. Por otra parte, también se somete a autorización la paralización de los trabajos de explotación durante más de seis meses, pues de lo contrario se prevé la caducidad de la autorización inicialmente concedida.

En el supuesto sometido a consulta, el Pliego de Condiciones Técnico-Facultativas a que se remite el contrato para fijar el régimen de la ocupación es fijado por la Administración autonómica forestal en el año 1999, por lo que su referente normativo bien podría ser el aludido Reglamento de Montes y la regulación que allí se contiene acerca de las ocupaciones por razón de interés público a autorizar como consecuencia de la solicitud de una concesión administrativa de minas; autorización que, de conformidad con el artículo 178.4 del Reglamento, *“sólo tendrá vigencia mientras se cumpla la finalidad de la obra, servicio o concesión a cuyo favor se hubiese otorgado”*.

De forma coherente con esta regulación, la Cláusula 26ª del Pliego señala como causa de caducidad de la autorización la de no hacer uso de la concesión por un período de 6 meses consecutivos.

Ahora bien, ¿es ésta una causa de resolución del contrato de concesión o lo es, más bien, la caducidad de la autorización?

Como ya señalamos en nuestro dictamen 33/2011, quizás lo más acorde con el complejo régimen de las ocupaciones de los montes públicos para la explotación de sus recursos minerales sería que la concesión administrativa y la autorización forestal, cuyo fin último comparten, unieran sus destinos, de forma que la extinción de una determinara la de la otra, en una suerte de

reciprocidad extintiva, lo que exigiría que, para que se diera la causa de resolución contractual existiera una previa declaración administrativa de caducidad o extinción de la autorización.

Sin embargo, de la lectura de la Cláusula XVII PCAP se desprende que la causa de resolución contractual no es la declaración de caducidad de la autorización, sino la concurrencia de las circunstancias que permiten tal declaración extintiva. Ha de recordarse que el PCAP es el instrumento habilitado por el artículo 82 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (vigente en el momento de redactarse el indicado pliego) y por el artículo 67.2, letra p, del actual Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para establecer causas especiales de resolución del contrato. Comoquiera que el referido clausulado es asumido como propio e incorporado al contrato, se cumple también con lo dispuesto en el artículo 111, letra h) TRLCAP, en cuya virtud son causas de resolución contractual las que se establezcan expresamente en el contrato.

En consecuencia, comoquiera que las causas de caducidad de la autorización se convierten a su vez en causas de resolución de la concesión y queda acreditado en el expediente que la explotación de la cantera ha estado paralizada durante más de 6 meses consecutivos, concurre la causa de resolución establecida en el contrato.

## II. Alegaciones del concesionario.

1. Frente a la apreciación anterior no cabe oponer, como pretende el concesionario, que se sigue haciendo uso de la concesión al haber instalado la cantera y seguir ocupando la parcela, aun sin explotarla. Y ello porque la finalidad de la concesión no se agota con la mera ocupación, la cual está íntimamente ligada a la finalidad para la que se concede, tanto que es la que le da sentido y justifica. Una mera ocupación de los terrenos sin explotación carecería de causa, pues de conformidad con el artículo 178 del Reglamento de Montes, los expedientes de ocupación temporal de los montes públicos pueden instruirse por razón de obras o servicios públicos y como consecuencia de concesiones administrativas de aguas, minas o de cualquier otra clase, manteniendo su vigencia sólo *“mientras se cumpla la finalidad de la obra, servicio o concesión a cuyo favor se hubiese otorgado”* (art. 178.4). El carácter excepcional de las ocupaciones en montes catalogados (art. 168 del Reglamento de Montes) y el sometimiento de la autorización de la ocupación derivada de concesión administrativa al otorgamiento de ésta (art. 181 del mismo Reglamento), no hacen sino reafirmar esa indisoluble vinculación entre concesión de explotación minera y ocupación temporal. Al resultar adjudicatario de la concesión, el concesionario adquiere no un derecho al ejercicio potestativo de los poderes y facultades que aquella conlleva, cual si de un derecho dominical privado se tratase, sino un verdadero deber de ejercer la concesión, ligado al

interés público en la explotación de los recursos del monte y que justifica la ocupación de sus terrenos. Es lo que se ha dado en llamar el carácter finalista de las concesiones del dominio público, en cuya virtud, se impone al concesionario el destino a que se ha de dirigir la utilización del bien.

De forma coherente con dicha unión del destino de la ocupación con el de la concesión para la que se otorga, el PCAP (Cláusula II) establece un volumen mínimo de extracción de 1.000 metros cúbicos de mármol. Que la finalidad declarada de esta estipulación sea “*asegurar unos ingresos mínimos al Ayuntamiento*”, como de forma expresa reconoce el Pliego, y que el concesionario haya abonado la cantidad correspondiente a esa cantidad aun sin haberla extraído, no impide considerar que, al establecerse un volumen de extracción mínima, el contrato está ligando la vigencia de la concesión de ocupación del monte público a la efectiva explotación del yacimiento, lo que permite interpretar la causa extintiva del contrato en el sentido en que lo hace el Ayuntamiento consultante.

2. Las restantes alegaciones que de contrario formula la mercantil concesionaria tampoco pueden ser acogidas con el efecto de negar la existencia de causa de resolución contractual.

a) En efecto, que el Ayuntamiento conociera que no se realizaban trabajos de extracción de mármol en la cantera desde el año 2008 y que, a pesar de ello, continuara exigiendo y cobrando el canon concesional sin comenzar entonces el procedimiento de resolución contractual, no permite considerar que existía una suspensión tácita del contrato ni una modificación del mismo.

Que el contrato no estaba suspendido se confirma por el abono del canon concesional durante todos los años de vigencia del contrato, lo que se ha venido realizando hasta el año 2010, estando pendiente el correspondiente al año 2011, sin que concurran en el supuesto ninguna de las circunstancias que, de conformidad con el artículo 102 TRLCAP, determinan la suspensión del contrato. Y es que, fuera de los casos en que la ejecución del contrato no es transitoriamente posible (física o jurídicamente), o en que se hubieran producido determinadas demoras en los pagos al contratista (en el supuesto del artículo 99 TRLCAP), supuestos ambos que en el caso no concurren, la suspensión del contrato es una potestad discrecional de la Administración, que ejercerá cuando estime que ello es lo más conveniente para el interés público, sin perjuicio en tal caso de la correspondiente indemnización al contratista (artículo 102.2 TRLCAP). Es claro que la apreciación del interés público corresponde a la Administración y no a aquél, siendo plenamente lícito que el Ayuntamiento decida aplicar una causa potestativa de resolución del contrato, por no hacer uso el contratista de la concesión durante un tiempo, en vez de mantener la concesión hasta la expiración de su plazo de duración. Parece obvio recordar que la Administración tiene el derecho

a exigir el cumplimiento del contrato en los términos pactados y que la contratista no puede obtener su suspensión o modificación a partir de su particular apreciación de lo que considere más procedente para el interés público (en idéntico sentido, nuestro Dictamen 45/2010).

Por otra parte, la permisividad de la Administración, cuya motivación no consta en el expediente, con la paralización de facto de la explotación no le obliga a continuar manteniendo indefinidamente tal actitud, probablemente contraria al interés público en la explotación de los recursos mineros del monte (cabe recordar que el canon abonado por el concesionario corresponde a la extracción mínima exigida por el contrato), ni debe hacer olvidar que el único responsable del no aprovechamiento del yacimiento es el concesionario.

En efecto, éste razona que la extracción de mármol se suspendió en el año 2008 por la contracción de la demanda que la crisis económica produjo en el sector de la construcción. Como ya señalamos en anteriores Dictámenes (por todos, el 40/2010), el artículo 98 TRLCAP establece que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista. En virtud de este principio, el contratista no puede esgrimir la variación en las circunstancias imperantes en el mercado para justificar el incumplimiento de las obligaciones nacidas de la relación contractual, recordando, asimismo, cómo el Consejo de Estado ha venido rechazando que puedan invocarse para justificar un incumplimiento razones de orden económico (Dictamen 1438/2001), afirmando en su Dictamen 45.216/1983, que *“los conceptos de crisis económica y conflictividad sociopolítica se sitúan en el ámbito del alea empresarial como riesgos que le son imputables con carácter general”*.

b) Tampoco puede ser acogida la alegación relativa al carácter sancionador de la resolución contractual. En atención al peculiar objeto del contrato a que se refiere el presente Dictamen, cabe traer a colación la doctrina del Consejo de Estado acerca de la ausencia de naturaleza sancionadora en los actos administrativos tendentes a declarar la caducidad de las concesiones de dominio público. Así el Dictamen 692/2006 establece que *“los expedientes encaminados a declarar la caducidad de las concesiones no tienen encaje entre aquellos en los que se ejercen potestades sancionadoras. Y es que, pese a la terminología empleada en múltiples ocasiones de caducidad-sanción, la declaración de caducidad de un otorgamiento no es una sanción sino la debida consecuencia del incumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones”*. Tampoco lo es la resolución del contrato administrativo especial por el que se concede la ocupación de terrenos en el monte de titularidad municipal, sino que se trata de la extinción del título concesional y de la relación jurídico-administrativa que une a concedente y concesionario, extinción que tiene su fundamento no en una infracción legalmente tipificada, sino en el clausulado del contrato que les une y en el ejercicio por el concedente de las irrenunciables facultades que, en defensa del interés público, le confiere la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y el propio contrato.

En este sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia, entre otras muchas, de 23 de julio de 2002, ha señalado que *“los acuerdos administrativos de resolución de contratos de esta naturaleza, así como la adopción de las medidas que lleva consigo dicha resolución, como la incautación de la fianza definitiva, no tienen la naturaleza de una sanción administrativa, sino que son consecuencia de las relaciones contractuales entre las partes y de la aplicación de la normativa que las regula, cualquiera que pueda ser la terminología empleada al respecto, que no transforma la esencia de los conceptos jurídicos. Como hemos indicado en algún otro supuesto, la sanción implica la imposición por la Administración de un perjuicio al sancionado por haber incurrido en una actividad ilegal tipificada por el ordenamiento como infracción administrativa. En el caso enjuiciado existe resolución de un contrato por culpa del contratista y adopción por la Administración de las medidas que el ordenamiento establece para estos supuestos, pero no aparece una infracción administrativa tipificada como tal, ni la aplicación de la correspondiente sanción”*.

Ello, a su vez, impide apreciar el instituto de la prescripción de la infracción, toda vez que, como se ha dicho, no hay tal infracción, sino mero incumplimiento contractual y sin olvidar, además, que aquél es continuado en el tiempo, pues desde que en el 2008 se suspende la extracción de material por parte del concesionario, no ha vuelto a ponerse en explotación el yacimiento.

c) Del mismo modo, no se aprecia ni desviación de poder ni el alegado enriquecimiento injusto de la Administración, por haber cobrado un canon por una concesión en la que concurría causa de resolución.

El abono del canon concesional es una obligación del concesionario, que le viene impuesta por la Cláusula II del PCAP, independientemente de que la cantera se explote de manera efectiva o no. Cuando el concesionario opta por no extraer más material, no queda liberado de su obligación de pago del precio del contrato, el cual, como se ha dicho, no quedó en suspenso ni modificado por la mera decisión unilateral de la mercantil concesionaria. Plenamente vigente el contrato, resultaban exigibles las obligaciones recíprocas y, entre ellas, la de abono del precio.

La mera concurrencia de una causa de resolución no afecta a la vigencia del contrato, desplegando éste todos sus efectos hasta que el órgano de contratación lo declara resuelto. Como ya señalamos en nuestro Dictamen 59/2009, debe recordarse que los contratos administrativos únicamente se extinguen por su cumplimiento o por resolución (art. 110 LCAP), y que *“los efectos resolutorios no deben operar «ex tunc», sino «ex nunc», esto es, desde la fecha en que se decreta la resolución administrativa (...) operando, mientras tanto, el sinalagma del contrato, y, por lo tanto,*

*el juego normal de contraprestaciones*" (STS, Sala de lo contencioso-Administrativo, de 11 de noviembre de 1987).

En consecuencia, no basta para entender resuelto el contrato que concurra la causa objetiva de resolución, sino que es precisa una expresa declaración administrativa en tal sentido. Así pues, el contrato, a día de hoy, sigue vigente y continúan siendo exigibles los derechos y obligaciones que, como mutuas contraprestaciones, de él derivan.

Corolario de lo expuesto es que sí cabe apreciar la concurrencia de la causa de resolución contractual esgrimida por la propuesta de resolución que, en este concreto extremo, se dictamina favorablemente.

**QUINTA.- De la incautación de la garantía.**

De conformidad con el artículo 113.4 TRLCAP, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de aquélla.

Nada ha justificado el Ayuntamiento acerca de la existencia de daños y perjuicios derivados del incumplimiento por el concesionario de su obligación de ejercer la concesión, mediante la explotación de la cantera, por lo que no cabe efectuar pronunciamiento alguno al respecto.

En cuanto a la garantía definitiva prestada en su momento, considera el Consejo Jurídico, junto con la propuesta de resolución, que procede su incautación, dado que no se desprende del expediente la concurrencia de circunstancias que permitieran considerar que la causa del incumplimiento se encuentra fuera del ámbito de disposición y voluntad del concesionario. Antes al contrario, éste manifiesta de forma expresa en sus alegaciones que la única causa que motivó la paralización de la extracción de mármol fue la situación económica por la que atravesaba el sector de la construcción, razón económica que, como se ha indicado en una consideración anterior, no cabe entender ajena al aleas empresarial y que, por tanto, se inserta en el riesgo y ventura de la concesión que ha de asumir el adjudicatario.

Estima el Consejo Jurídico que basta para calificar como culpable el incumplimiento de la interesada de su deber de ejercer la concesión, el que la paralización de la extracción de mármol se produjera mediante una decisión unilateral y de plano de la propia concesionaria, sin mediar causa justificativa suficiente y sin recabar del Ayuntamiento su autorización para ello.

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

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución contractual, en la medida en que se aprecia la existencia de causa para ello, procediendo, asimismo, la incautación de la garantía constituida.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 60-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	21/03/2011

**Extracto doctrina**

Es abundante la doctrina sentada por el Consejo Jurídico que, reiteradamente, ha propugnado la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (por todos, Dictámenes 40/2002 y 8/2003).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 22 de mayo de 2009, la Directora del CP “Fernández Caballero”, de Murcia, emitió un informe de accidente escolar según el cual la alumna x, de 5º curso de primaria, había sufrido el 26 de noviembre de 2008 la rotura de las gafas por un golpe con un balón durante el tiempo de recreo, sin que precisase asistencia médica.

El 5 de mayo de 2009 la madre de la menor interpuso reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración, solicitando ser indemnizada en la cantidad de 270,50 euros, importe de las gafas que acredita con la correspondiente factura. Relata brevemente que su hija “recibió un balón en la cabeza con la consecuencia de rotura de las gafas de vista” durante el recreo mientras jugaba con otro compañero.

**SEGUNDO.-** El 15 de junio de 2009 el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo acordó admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del procedimiento, siendo notificada la resolución al interesado el día 24 del mismo mes y año.

**TERCERO.-** Se solicitó a la Directora del centro un informe sobre las circunstancias del accidente; fechado el 16 de septiembre de 2009, expone lo que sigue:

*“(...) x. se encontraba en el lateral de la pista deportiva viendo cómo sus compañeros jugaban un partido de fútbol. En ese momento y sin que hubiera intencionalidad alguna, el balón se salió y le dió a la niña en la cara, produciéndole la rotura de las gafas que llevaba puestas. Cuatro*

*profesoras vigilaban las distintas zonas del patio, intervinieron y comprobaron en ese mismo instante que había sido un accidente involuntario producto del juego que estaban realizando. Tanto la pista como el resto de instalaciones se encuentran en buen estado y tienen un continuo mantenimiento por parte del Ayuntamiento de Murcia".* En posterior informe de 14 de octubre de 2009 aclara que solo se rompió la patilla de las gafas.

**CUARTO.-** Ante la imposibilidad de la notificación personal a la interesada, a través de un edicto publicado en el Boletín Oficial de la Región de Murcia de 20 de noviembre de 2010, se le notificó la apertura del trámite de audiencia, sin que conste haber ejercitado ese derecho.

**QUINTO.-** El 7 de enero de 2011 se formuló propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar que no concurre la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama.

Unidos el índice de documentos y el extracto de secretaría, el 24 de enero de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

La acción ha sido ejercitada por quien ha sufrido el daño por el que se reclama. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación, Formación y Empleo competente para resolver el presente

procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales, aunque se aprecia por el Consejo cierto retardo en la tramitación del expediente.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse la conformidad de este Consejo Jurídico con la propuesta de resolución que las concluye, al no advertir que concurran en el accidente sufrido por el alumno todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada.

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, aquéllos tienen el derecho a que la Administración les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, el Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no

contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999). El Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, -como el número 229/2001-, mantiene también que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996).

Asimismo el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que “durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”. También es abundante la doctrina sentada por el Consejo Jurídico que, reiteradamente, ha propugnado la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (por todos, Dictámenes 40/2002 y 8/2003).

En el asunto consultado puede afirmarse que ese grado de diligencia no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas, dado que el accidente se produjo durante el recreo, de forma involuntaria y sin ninguna intencionalidad, en un patio adecuado para los alumnos de esa edad, que estaban convenientemente vigilados. La reclamante no ha alegado la concurrencia de circunstancias determinantes de riesgo, peligro, negligencia o mal estado de las instalaciones, que hubieran podido causar el daño que, según lo instruido, tuvo su origen en una acción propia de los juegos infantiles, por lo que no existe la conexión con el servicio público educativo que es necesaria para estimar la pretensión indemnizatoria formulada.

Para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el procedimiento objeto de consulta, si bien es cierto que el daño existe, se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo impiden que tales hechos desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

II. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de lo manifestado por este Consejo Jurídico en reiterados Dictámenes y en la Memoria correspondiente al año 2006 sobre la conveniencia de que la Administración arbitre medidas de protección social que puedan cubrir tales riesgos.

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

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de Dictamen, por no ser el daño imputable a la Administración regional, ni existir relación de causalidad entre el mismo y el funcionamiento de sus servicios públicos.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 61-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

**Fecha** 21/03/2011

**Extracto doctrina**

En supuestos de daños producidos durante la clase de educación física, es constante y reiterada la doctrina de los consejos consultivos que excluye la responsabilidad de la Administración cuando el ejercicio se desarrolla dentro del riesgo que en sí misma entraña la práctica deportiva.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 20 de octubre de 2010, el Director del CP “Nuestra Señora de la Consolación”, de Molina de Segura, Murcia, emitió un informe de accidente escolar según el cual la alumna x, de 5º curso de primaria, había sufrido el 19 de octubre la rotura de las gafas por un golpe con un balón durante el tiempo de Educación Física, sin que precisase asistencia médica.

El mismo día la madre de la menor interpuso reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración, solicitando ser indemnizada en la cantidad de 186 euros, importe de las gafas que acredita con la correspondiente factura. Relata brevemente que su hija recibió un balonazo en la cara a consecuencia de lo cual se le rompieron las gafas.

**SEGUNDO.-** El 29 de noviembre de 2010 el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo acordó admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del procedimiento, siendo notificada la resolución a la interesada el día 19 de diciembre de dicho año.

**TERCERO.-** Se solicitó al Director del centro un informe sobre las circunstancias del accidente; fechado el 24 de enero de 2009, expone, a través del profesor de la asignatura, lo que sigue:

*“(...) dividida la clase en dos grupos, estábamos realizando un juego de dar pases un equipo e interceptarlos el otro, en una de las intervenciones x. se desequilibra y llega a la recepción del balón tarde, golpeándole éste en la cara. El balón fue impulsado por un compañero sin ninguna intencionalidad. La mala suerte fue que no sé si por el impacto del balón o por el desequilibrio, las gafas cayeron al suelo y se rompieron”.* Añade que la actividad estaba programada y que los balones están homologados para clases de Educación Física en primaria.

**CUARTO.-** Se notificó a la interesada la apertura del trámite de audiencia el 8 de febrero de 2011, sin que conste haber ejercitado ese derecho.

**QUINTO.-** El 1 de marzo de 2011 se formuló propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar que no concurre la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama.

Unidos el índice de documentos y el extracto de secretaría, el 7 de marzo de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

La reclamación ha sido formulada por persona legitimada y dentro del plazo de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo competente la Consejería consultante para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del

servicio público regional de educación en el que se integra el Centro en el que ocurrieron los hechos.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

El Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente (como el 143/2009) que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. Particularmente en supuestos de daños producidos durante la clase de educación física, es constante y reiterada la doctrina de los consejos consultivos que excluye la responsabilidad de la Administración cuando el ejercicio se desarrolla dentro del riesgo que en sí misma entraña la práctica deportiva.

En el caso de la consulta, es cierto que el efecto dañoso existe y que se produce en el seno del servicio público entendido como “giro o tráfico administrativo”, al ser el colegio de titularidad pública y su gestión una competencia de la Administración regional, mas no existen, al menos probadas, otras circunstancias que permitan imputar a la Consejería tales efectos dañosos. De los hechos recogidos en el informe del centro puede calificarse el accidente como un suceso desafortunado, pero en ningún caso atribuible directa ni indirectamente al funcionamiento del servicio público ni a la actuación de algún profesor. Puede afirmarse que el grado de diligencia exigible al centro no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas. Se percibe que el daño se debe al infortunio, y es de resaltar que la reclamante no achaca al centro ni a su personal conducta alguna que pudiera haber influido en el suceso, circunstancias todas que no permiten apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

II. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de lo manifestado por este Consejo Jurídico en reiterados Dictámenes y en la Memoria correspondiente al año 2006 sobre la conveniencia de que la Administración arbitre medidas de protección social que puedan cubrir tales riesgos.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**-Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, dada la ausencia de relación de causalidad y de antijuridicidad en el daño alegado, por las razones expuestas en las precedentes Consideraciones.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 62-2011

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a los servicios y prestaciones económicas del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la CARM y el régimen de infracciones y sanciones.
<b>Consultante</b>	Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración (2007)
<b>Fecha</b>	30/03/2011

### Extracto doctrina

La nueva redacción dada a la Disposición final primera de la LD por el Real Decreto Ley 8/2010, permite expresamente la posibilidad de que las Administraciones competentes puedan establecer procedimientos diferenciados para el reconocimiento de la situación de dependencia y el de prestaciones.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Se inicia el expediente de elaboración del Proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen con la remisión, mediante oficios fechados el 28 de julio de 2009, de un borrador del Proyecto a las entidades que a continuación se indican, con el fin de que formularan las alegaciones que estimasen convenientes:

- Federación de Municipios; Ayuntamientos de la Región; y totalidad de Consejerías del Gobierno Regional.
- Comité Español de Representantes de Minusválidos (CERMI).
- Federación de Organizaciones a favor de las Personas con Discapacidad Intelectual y Parálisis Cerebral (FEAPS).
- Federación de Asociaciones de Disminuidos Psíquicos de Murcia (FADIS).
- Federación de Asociaciones de Padres con Hijos Deficientes Sensoriales de la Región de Murcia (FASEN).
- Federación de Asociaciones Murcianas de Personas con Discapacidad Física y/u orgánica (FAMDIF/COCEMFE).
- Federación de Enfermos Mentales Crónicos de la Región de Murcia (FEAFES).
- Federación de Asociaciones de Personas con Parkinson de la Región de Murcia.

- Federación de Asociaciones de Familiares de Alzheimer de la Región de Murcia (FFEDARM).
- Federación de Organizaciones de Mayores de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (FOMCARM).
- Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de la Región de Murcia.

Constan en el expediente las alegaciones formuladas por las siguientes entidades y organismos: Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de la Región de Murcia; CERMI; Comisiones Obreras; UGT; FAMDIF/COCEMFE; FEAFES y de las entonces denominadas Consejerías de Agricultura y Agua; Cultura y Turismo; Presidencia; Obras Públicas y Ordenación del Territorio y Sanidad y Consumo.

**SEGUNDO.-** Seguidamente se procede a someter el texto a la consideración de los siguientes Órganos Consultivos:

a) Del Consejo Asesor Regional de Personas con Discapacidad que, según se desprende del certificado que se incorpora al expediente, lo informó favorablemente en su sesión del día 22 de junio de 2009, aunque se proponen una serie de modificaciones que se considera mejorarían el texto.

b) Del Consejo Asesor Regional de Infancia y Familia que lo informó favorablemente en su sesión del día 22 de junio de 2009, según se acredita con la certificación expedida por el Secretario de dicho Consejo.

c) Del Consejo Asesor Regional de Personas Mayores que, según certificado emitido por su Secretario, informó favorablemente el texto en su reunión del día 23 de junio de 2009, aunque los vocales representantes de los Sindicatos UGT y CC.OO. ruegan se hagan constar en acta su queja por el poco tiempo con el que se les ha repartido el texto del Proyecto, lo que ha hecho que no hayan podido estudiarlo en profundidad.

d) Del Consejo Regional de Servicios Sociales que, tal como se acredita con la certificación que obra a los folios 108 y 109 del expediente, lo informó favorablemente en su reunión del día 30 de junio de 2009, con las sugerencias formuladas por alguno de sus miembros.

e) Del Consejo Regional de Cooperación Local, que lo informa favorablemente en su sesión del día 17 de diciembre de 2009, tal como se desprende del certificado emitido por su Secretaria.

**TERCERO.-** Seguidamente se incorpora al expediente la siguiente documentación:

a) Memoria de oportunidad redactada por el Jefe de Servicio de Desarrollo Normativo y Órganos de Participación de la Secretaría General de la Consejería consultante, con el conforme del titular de aquélla, en la que, con el fin de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (Ley 6/2004), se recogen los fundamentos técnicos y jurídicos que amparan la aprobación del Decreto.

b) Informe sobre impacto por razón de género, elaborado por la misma unidad administrativa, en el que se concluye que el Decreto que se pretende aprobar no provoca ningún impacto en función del género en las distintas medidas que se establecen en el mismo.

c) Memoria Económica firmada por el Subdirector General de Pensiones, Ayudas y Programas de Inclusión, en la que se indica que la aprobación del Proyecto no conllevará obligaciones económicas adicionales para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

d) Propuesta, fechada el 10 de septiembre de 2009, que el Secretario General de la citada Consejería eleva a su titular para que se proceda a redactar un Proyecto de Decreto que regule el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a los servicios y prestaciones económicas del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, así como el régimen de infracciones y sanciones.

f) Nuevo texto (con pequeñas variaciones respecto del último que figura en el expediente) que se remite, para su informe, al Servicio Jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería consultante.

g) Informe emitido por dicha unidad administrativa en el que, tras hacer referencia al objeto, a la competencia, al rango normativo y al procedimiento seguido en la tramitación del Proyecto, formula una serie de consideraciones en relación con la adecuación del contenido del Proyecto a las previsiones de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (LD).

El informe jurídico concluye del siguiente modo: *“Una vez comprobado que el texto de la norma que se informa se ajusta al contenido competencial de la Región de Murcia, así como a las disposiciones de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y*

*Atención a las Personas en Situación de Dependencia y demás normas de aplicación, por parte de este Servicio Jurídico se informa favorablemente el presente proyecto de decreto”.*

**CUARTO.-** Recabado el preceptivo dictamen del Consejo Económico y Social (CES) es emitido el día 19 de febrero de 2010, haciendo constar la valoración positiva que el Proyecto le merece; no obstante lo cual señala una serie de sugerencias tendentes a mejorar el texto, las cuales aparecen al informe que obra en el expediente.

**QUINTO.-** Por la Asesora Facultativa de la Oficina para la Dependencia se emite, con fecha 10 de junio de 2010, informe en el que se analizan las propuestas del CES, señalando las que se acogen y las que se rechazan, razonando, en este último caso, las causas sobre las que se apoya la inadmisión.

En el informe también se indica que la aprobación por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en lo sucesivo, Consejo Territorial del SAAD), de un Acuerdo para la mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del SAAD, publicado por Resolución de la Secretaría General de Política Social y Consumo, de 4 de febrero de 2010, obliga a introducir un nuevo artículo, el 24, con el contenido que aparece en el borrador.

**SEXTO.-** El borrador resultante se envía a la Dirección de los Servicios Jurídicos que, con fecha 9 de julio de 2010, emite informe favorable al Proyecto, aunque con una serie de observaciones que, como ocurrió con el Dictamen del CES, se analizan por la Asesora Facultativa de la Oficina para la Dependencia, con indicación de las que se admiten y razonando las causas por las que se rechazan el resto.

En este mismo documento se indica que la reciente modificación introducida en la LD por el Real Decreto 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (Real Decreto 8/2010), obliga a introducir en el Proyecto una serie de modificaciones tendentes a ajustar su contenido al citado Real Decreto.

**SÉPTIMO.-** Con fecha de registro de entrada de 29 de noviembre de 2010, se ha recabado el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico sobre el Proyecto de Decreto, al que se acompaña el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

Compete al Consejo Jurídico emitir Dictamen preceptivo respecto a los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado (artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico). Con este carácter se solicita la consulta y se emite el presente Dictamen, pues, se afirma, se trata de un Proyecto que se dicta en ejecución de la LD.

### **SEGUNDA.- Sobre las competencias autonómicas en la materia.**

Sobre las competencias en la materia procede hacer una remisión al Dictamen 100/2010, emitido en relación con el Proyecto de Decreto por el que se fijan los criterios para determinar la capacidad económica de los beneficiarios y se establece su participación en la financiación de las prestaciones económicas y servicios del sistema de autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (CARM).

Al título competencial al que se hace referencia en el citado Dictamen hay que adicionar, en el supuesto que nos ocupa, el que recae sobre el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia (art. 10.Uno.29 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, en lo sucesivo, EA).

### **TERCERA.- Marco legal de referencia y rango normativo del Proyecto.**

La LD crea el SAAD para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de la ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas.

Desde estos principios generales el artículo 11 de la citada Ley establece que corresponden a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de las competencias que les son propias según la Constitución Española, los Estatutos de Autonomía y la legislación vigente, las funciones de planificar, ordenar, coordinar y dirigir, en el ámbito de su territorio, los servicios de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia; gestionar, en su ámbito territorial, los servicios y recursos necesarios para la valoración y atención de la dependencia y asegurar la elaboración de los correspondientes Programas Individuales de

Atención; así como la de inspeccionar y, en su caso, sancionar los incumplimientos sobre requisitos y estándares de calidad de los centros y servicios y respecto de los derechos de los beneficiarios.

Por otro lado, en lo que respecta al contenido específico del Proyecto objeto del presente Dictamen, la LD en sus artículos 27 y 28 establece que corresponde a las Comunidades Autónomas determinar los órganos de valoración de la situación de dependencia y establecer los correspondientes procedimientos, tanto para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho para las prestaciones del SAAD, como para el establecimiento del Programa Individual de Atención (PIA).

Asimismo la LD, a lo largo de su articulado, hace referencia a distintas funciones que dentro del SAAD corresponden a la Comunidad Autónoma y que están relacionadas con el objeto del Proyecto: establecimiento del PIA (art. 29); revisión del grado o nivel de dependencia y de la prestación reconocida (art. 30); desarrollo del cuadro de infracciones y sanciones previsto en la LD (art. 47).

Además, los artículos 27.1 y 28.5 LD asignan al Consejo Territorial del SAAD competencias para acordar: a) los criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las Comunidades Autónomas que, en todo caso, deben tener carácter público, y b) los criterios básicos de procedimiento de valoración de la situación de dependencia y las características comunes del órgano y profesionales que procedan al reconocimiento.

En cumplimiento de dichas previsiones legales el Consejo Territorial del SAAD, en su sesión del día 22 de enero de 2007, adoptó acuerdos en materia de valoración de la situación de dependencia, incluido el del establecimiento de baremo y tabla de equivalencias, que se publicaron mediante Resolución de 23 de mayo de 2007, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, lo que dio lugar a la aprobación del Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se acuerda el baremo de valoración de la situación de dependencia. Posteriormente el Consejo Territorial en su sesión del día 25 de enero de 2010, procedió a establecer nuevos acuerdos sobre criterios comunes de composición de los órganos de valoración, cualificación de la personas encargadas de la valoración y criterios básicos de procedimiento relacionados con el informe de salud, la calidad de los procesos de valoración y plazos de tramitación, publicados mediante Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo.

En el marco descrito se elabora el Proyecto de Decreto que, como se anuncia en su título, pretende regular reglamentariamente, de acuerdo con la legislación a la que se dispone a dar desarrollo, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a

los servicios y prestaciones económicas del SAAD en la CARM, así como el régimen de infracciones y sanciones.

Finalmente, en lo que al rango de la norma en proyecto se refiere, considera este Órgano Consultivo que la adoptada de Decreto es la adecuada, a tenor de lo establecido en el artículo 32 EA y en los artículos 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004,

**CUARTA.- Procedimiento de elaboración, contenido y sistemática.**

I. Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, si bien han de formularse las siguientes observaciones:

a) De conformidad con el apartado 1 del indicado precepto, el procedimiento de elaboración reglamentaria ha de iniciarse con una memoria que justifique la oportunidad de la norma proyectada, y que incluya la motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas. Sin embargo, como poníamos de manifiesto en los Dictámenes 100 y 139 del 2010, en este caso tampoco la memoria incorporada al expediente, cumple plenamente con la función que legalmente tiene encomendada.

b) Obra en el expediente un “informe” sobre el impacto de género del Decreto que se pretende aprobar, trámite que resulta preceptivo en los procedimientos de elaboración de las disposiciones de carácter general de ámbito regional tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Hombres y Mujeres y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia, que modificó, en dicho sentido, el artículo 53.1 de la Ley 6/2004. Ahora bien, como ya hemos indicado en anteriores ocasiones, al limitarse el informe a manifestar que la disposición proyectada no provoca ningún impacto en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, el trámite sólo puede entenderse cumplimentado desde un punto de vista formal.

c) Se ha omitido la relación de las disposiciones cuya vigencia resulte afectada por la futura norma. Por otro lado, según el artículo 5 de la Ley 6/2004, los reglamentos regionales deberán ir acompañados, en todo caso, de una disposición derogatoria en la que expresamente se hagan constar los preceptos reglamentarios derogados o modificados por la publicación del nuevo texto, mandato que el Proyecto incumple. Puede pensarse que con el Proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen, se aborda por primera vez la regulación del procedimiento para el

reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema, y que por tanto no afecta a normas anteriores, pero dicha presunción no se ajusta a la realidad ya que, por ejemplo, la efectividad del derecho a los servicios y prestaciones económicas a la que se refieren varios preceptos del Proyecto, aparece ya regulada en el artículo 6 del Decreto 306/2010, de 3 de diciembre, por el que se establecen la intensidad de protección de los servicios, la cuantía de las prestaciones económicas, las condiciones de acceso y el régimen de compatibilidad de las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en lo sucesivo, Decreto 306/2010). La aprobación de la norma proyectada exige ponderar su incidencia sobre las normas del mismo o inferior rango vigentes en la materia que regula, a efectos de determinar el régimen de derogaciones y vigencias cuyo establecimiento viene legalmente exigido.

II. El Proyecto de Decreto sometido a consulta consta de una parte expositiva innominada; una dispositiva constituida por veinticuatro artículos, y una parte final integrada por una disposición transitoria y dos disposiciones finales.

III. La sistemática seguida por el Proyecto respeta, en términos generales, los criterios de técnica normativa que resultan de aplicación a tenor de lo establecido en las Directrices, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 y publicadas mediante Resolución del Ministerio de la Presidencia del siguiente día 28. No obstante, cabe formular las siguientes sugerencias que, de ser aceptadas, mejorarían notablemente el texto objeto del presente Dictamen:

a) Debe eliminarse el guión que se sitúa detrás del número de alguno de los apartados en los que se dividen los artículos del Proyecto (Directriz 31).

b) La primera vez que se cita una norma jurídica debe recogerse su título completo, pero las posteriores citas a la misma puede hacerse, sin más, indicando su número y fecha, de ahí que resulte más adecuado que las menciones a la LD que realice el Proyecto a partir del artículo 2 (en la que se cita por vez primera en el texto articulado), se haga señalando solamente su número y fecha.

c) A tenor de lo se recoge en el apartado V.b) de las citadas Directrices, al objeto de agilizar la lectura y evitar formulaciones farragosas del texto normativo, se admite el uso de siglas. Esta parece ser la intención del redactor del Proyecto que ya en el Preámbulo utiliza las de SAAD (Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia) y PIA (Programa Individual de Atención), sin embargo a lo largo del texto articulado se abandona el uso de tales siglas a favor de reproducir

la leyenda completa en cada ocasión, lo que, como decíamos antes, tiene la consecuencia de dificultar la lectura del texto del Proyecto.

d) Según la Directriz 24 las secciones se numeraran con ordinales arábigos y el título, en mayúscula, se situará junto con el número ordinal que corresponda, sin punto entre ambos. En este sentido se debe variar la composición de las dos secciones en que se divide el Capítulo II del Proyecto.

e) En los títulos de los Capítulos sólo debe utilizarse la mayúscula en la palabra inicial.

#### **QUINTA.- Observaciones generales.**

I. En la sustanciación del expediente se ha cuestionado si la articulación en dos procedimientos del reconocimiento de la situación de dependencia, por un lado, y la del derecho a los servicios y prestaciones económicas del SAAD, por otro, se ajustaba a las previsiones de la LD.

Por un lado, el CES mantiene que la unidad de procedimiento viene determinada por los apartados 2 y 3 del artículo 28 LD, al establecer que la resolución por la que se reconozca la situación de dependencia determinará los servicios o prestaciones que correspondan al solicitante, según el grado y nivel de dependencia. Por otra parte, la Consejería consultante, aunque defiende la bondad de articular dos procedimientos diferenciados, uno para determinar si el interesado se encuentra en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos y, otro, para concretar, mediante el establecimiento del PIA, la modalidad de intervención más adecuada a sus necesidades, aclara que el Proyecto regula un procedimiento único articulado en dos fases, *“modalidad que no es extraña en nuestro ordenamiento jurídico; tal es el caso de los procesos selectivos, que comprenden una fase de oposición y una fase de concurso”*.

El Consejo Jurídico considera que si se atiende de modo exclusivo a la literalidad del artículo 28 LD se puede alcanzar la conclusión mantenida por el CES, es decir, la exigencia de un único procedimiento para determinar tanto el grado de dependencia del solicitante, como los concretos servicios y prestaciones que le correspondan. Sin embargo, la nueva redacción dada la Disposición final primera de la LD por el Real Decreto Ley 8/2010, despeja cualquier duda al respecto al permitir expresamente la posibilidad de que las Administraciones competentes puedan establecer procedimientos diferenciados para el reconocimiento de la situación de dependencia y el de prestaciones: *“En el marco de lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el plazo máximo, entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución de reconocimiento de la*

*prestación de dependencia será de seis meses, independientemente de que la Administración Competente haya establecido un procedimiento diferenciado para el reconocimiento de la situación de dependencia y el de prestaciones*". En el mismo sentido se pronuncia el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD de 25 de enero de 2010, en cuyo apartado 4, en relación con los plazos de resolución de los expedientes tramitados con arreglo a la normativa de desarrollo de la LD, establece que *"el plazo máximo, entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución del reconocimiento de la prestación de dependencia, será de seis meses. En el supuesto de que la Comunidad Autónoma haya establecido un procedimiento diferenciado para el reconocimiento de la situación de dependencia y el de prestaciones, el plazo máximo para el reconocimiento de la situación de dependencia será de tres meses"*. En este Acuerdo se admite la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, en el uso de las competencias que le son propias y en ejecución de la potestad reglamentaria que la LD les reconoce, puedan optar por un procedimiento único o por dos procedimientos diferenciados, con la única condición, en este último caso, de reducir a tres meses el plazo para resolver el primero de ellos, es decir, el de reconocimiento de la situación de dependencia.

Un análisis de las disposiciones reglamentarias dictadas tanto por el Estado, como por las distintas Comunidades Autónomas, nos permite constatar que en la mayoría de los supuestos se ha optado por la coexistencia de dos procedimientos diferenciados, uno para determinar el grado de invalidez y el derecho a los servicios y prestaciones del SAAD inherentes a tal grado y, otro, para establecer el PIA, es decir, la concreción, de entre los servicios y prestaciones económicas previstos para el grado y nivel de dependencia reconocidos, de las modalidades de intervención que más se adecuen a las necesidades personales del solicitante (Decreto 168/2007, de 12 de junio, de la Comunidad Autónoma de Andalucía; Decreto 83/2010, de 25 de junio, de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; Decreto 68/2007, de 14 de junio, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias; Orden de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Cantabria, de 11 de mayo de 2007; Decreto 15/2010, de Asistencia Social, de la Comunidad Autónoma de Galicia, entre otras), siendo las menos las que han elegido un procedimiento único (Decreto 176/2009, de 17 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha y Orden de 30 de abril de 2007, de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León).

La Consejería impulsora del Proyecto opta por lo que denomina un procedimiento único con dos fases, una, que se recoge en la Sección 1ª del Capítulo II, bajo la leyenda, "Reconocimiento de la situación de dependencia" y, otra, que se ubica en la Sección 2ª del mismo Capítulo, intitulada "Reconocimiento del derecho a los servicios y prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia".

A la vista de lo anterior cabe realizar las siguientes reflexiones:

1ª. La configuración legal del procedimiento destinado a determinar el grado de dependencia, así como los servicios y prestaciones del SAAD que correspondan al solicitante, con concreción de su intensidad, no cierra la posibilidad de articular dos procedimientos conexos, pero diferenciados.

2º. No parece, sin embargo, adecuada la opción elegida por el redactor del Proyecto de configurar un solo procedimiento con dos fases. En efecto, cabe recordar que un procedimiento, administrativo en este caso, es una sucesión de actuaciones, regulada por el Derecho Administrativo, ordenada y dirigida a alcanzar un resultado o fin concreto. Es decir, cada procedimiento, bien se incoe de oficio o a instancia de los interesados, tendrá un objeto específico, delimitado por la naturaleza del mismo y el acto de iniciación, de modo que la resolución que en él se adopte vendrá delimitada por el objeto propio del procedimiento. Pues bien, atendiendo al diferente objeto que se persigue: el reconocimiento del grado de dependencia, por un lado, y la concreción del régimen de servicios y prestaciones que corresponden al beneficiario, por otro; a la diferente forma de iniciación: a instancia del interesado el primero y de oficio el segundo; y a la distinta naturaleza del órgano resolutorio, resulta mucho más apropiado configurar dos procedimientos diferenciados, el primero de ellos relativo al reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho, con carácter general, a las prestaciones y servicios del sistema (artículos 28.3 LD y 5 del Decreto 306/2010) y un segundo por el que se lleve a cabo la asignación efectiva del recurso, mediante la elaboración del PIA.

II. En el Boletín Oficial de la Región de Murcia del día 11 de noviembre de 2010, se publicó el Decreto 286/2010, de 5 noviembre, de medidas de simplificación documental en los procedimientos administrativos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en adelante, Decreto 286/2010), al que deberá adecuarse el contenido del Proyecto, sobre todo en lo que se refiere a la supresión de la obligación del interesado de aportar determinados documentos (documento nacional de identidad, certificado de empadronamiento, etc.).

III. El artículo 27.1 LD establece que *“las Comunidades Autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia, que emitirán un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir. El Consejo Territorial deberá acordar unos criterios comunes de composición y actuación de los*

*órganos de valoración de las Comunidades Autónomas que, en todo caso, tendrán carácter público”.*

El Consejo Territorial del SAAD en su Acuerdo del 25 de enero de 2010, antes citado, establece los criterios comunes de composición de los órganos de valoración en el siguiente sentido:

*“Con el fin de asegurar y desarrollar la calidad de las valoraciones se acuerda la ampliación de la composición de los órganos de valoración con la incorporación de equipos técnicos de evaluación, asesoramiento y control, con las siguientes características y funciones:*

*a) Equipo multiprofesional de carácter público, encuadrado en el modelo biopsicosocial que establece la CIF (Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, aprobada por la OMS), que actúa aportando las especificidades de su profesión pero dentro de un enfoque de interdisciplinariedad.*

*b) Desarrollo, entre otras, de las siguientes funciones:*

*Colaborar, asesorar y, en su caso, elaborar el Dictamen-propuesta de la situación de dependencia en sus distintas exigencias: Determinar los diagnósticos que la originan, su grado y nivel, y la especificación de las actividades de la vida diaria en las que precisan cuidados.*

*Asesorar a las personas valoradoras en los procesos y técnicas de valoración, así como en la utilización del baremo.*

*Constituirse como referencia técnica en la coordinación con otros equipos que en campos distintos atienden a las personas que se valoran.*

*Impulsar y promover medidas formativas”.*

En el marco de estas disposiciones el Proyecto ha de configurar un órgano de valoración que lleve a cabo la aplicación del Baremo de Valoración de la Dependencia (BVD) o Escala de Valoración Específica (EVE) para menores de tres años, conforme a lo establecido en el Real Decreto 504/2007, así como elaborar la propuesta de dictamen sobre el grado y nivel de dependencia de la persona interesada, con especificación, en su caso, de los servicios o prestaciones que la persona pueda requerir según el grado y nivel dictaminado.

En este sentido los artículos 10.3,a) y 11 de la norma proyectada, lo hacen de una forma confusa, de tal modo que no resulta posible determinar indubitadamente si los profesionales a los que se hace referencia en el primer precepto se integran en el equipo al que se refiere el segundo o, si por el contrario, aquéllos llevan a cabo, con carácter previo, una aplicación técnica del BVD o EVE que culminará con la emisión de un informe técnico que servirá de base para que el equipo al que se refiere el artículo 11 emita el dictamen sobre el grado y nivel de dependencia. Cualquiera de las dos opciones resulta válida, pero es necesario que en el Proyecto se clarifique esta cuestión, agrupando en un solo precepto las disposiciones relativas a la valoración de la situación de dependencia, con una exposición cronológica de las actuaciones que la conforman.

IV. En lo que se refiere a los plazos en los que ha de dictarse resolución en los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia (artículo 12.2) y para la elaboración del PIA (artículo 15.10), se establecen dos de tres meses cada uno. A este respecto se ha tener en cuenta lo establecido en el apartado 2 de la Disposición final primera LD transcrito en el apartado I de la presente Consideración, que fija el plazo máximo para resolver en seis meses a computar entre la fecha de entrada de la solicitud y la resolución del reconocimiento de la prestación, independientemente de que la Administración competente haya establecido un procedimiento diferenciado. Pues bien, como el *dies a quo* para el cómputo del plazo para fijar el PIA se hace coincidir con el de la fecha de la resolución del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia, el plazo de duración de los dos procedimientos no supera los seis meses y, por lo tanto, las previsiones al respecto contenidas en el Proyecto se ajustan a lo establecido en la Ley estatal.

V. Es constante la advertencia que efectúa el Consejo Jurídico acerca de los riesgos de la técnica denominada *lex repetita*, consistente, en este caso, en reproducir en un texto reglamentario preceptos de la ley que se desarrolla. La necesidad, a veces, de dotar de plenitud a las regulaciones reglamentarias a la hora de desarrollar textos legales, propiciando que los reglamentos ofrezcan una regulación completa de la materia en cuestión, puede ser un objetivo deseable, pero no debe tal técnica de articulación, sin embargo, oscurecer el origen de los contenidos normativos confundiendo los de menor rango con los de superior, llevando al riesgo de que posteriores reglamentos se entiendan legitimados para modificar preceptos que, en realidad, están amparados por el principio de congelación legal del rango (Dictamen 23/1998). Ante tal encrucijada, la doctrina legal del Consejo de Estado (y este Órgano Consultivo, haciéndose eco de aquélla) aconseja que, mediante llamadas concretas, se deje advertencia en el texto del reglamento de cuáles son los contenidos legales volcados al mismo, para así facilitar su comprensión e interpretación, a la par de que se da cuenta de los contenidos meramente

reglamentarios y se consigue también el objetivo de procurar una total regulación de la materia, advertencia que se realiza respecto de los preceptos del Proyecto en los que se utiliza esta técnica.

VI. En el Boletín Oficial del Estado de 18 de febrero de 2011 se ha publicado el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, el cual, entre otras normas, deroga el Real Decreto 504/2007. Si bien es cierto que el Real Decreto 174/2011 no entra en vigor hasta transcurridos doce meses desde su publicación en el BOE, ello no obsta para que, al menos, se contemple en el Proyecto que se dictamina que tras su entrada en vigor, las referencias al Decreto 504/2007 que en él se contienen se entenderán hechas al Real Decreto 174/2011.

**SEXTA.- Observaciones particulares al texto.**

I. Al título.

El artículo 47 LD atribuye a las Comunidades Autónomas competencias para desarrollar el cuadro de infracciones y sanciones previstas en dicho texto legal, así como para la incoación e instrucción de los expedientes sancionadores, previsión esta última que habilita, como es natural, para la determinación de los órganos que han de intervenir en dichas fases del procedimiento. Si se analiza el contenido del Capítulo IV del Proyecto se comprueba que, a pesar de lo que se anuncia en el título de la futura norma, no se ha procedido a desarrollar, con carácter general, el cuadro de infracciones y sanciones recogido en el Título III LD. Las previsiones del Proyecto se limitan a declarar la aplicación de dichas disposiciones de la LD a los incumplimientos de las obligaciones impuestas por el Proyecto; a remitir la sustanciación de los procedimientos sancionadores que puedan incoarse como consecuencia de dichas infracciones a lo dispuesto en el Decreto 131/2005, de 25 de noviembre, por el que se regula el procedimiento sancionador de las infracciones en materia de servicios sociales de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y, finalmente, a establecer los órganos competentes para imponer las sanciones por las infracciones tipificadas en el artículo 43 LD.

Lo anterior aconseja revisar el título de la norma y plantearse si resulta necesario incluir la referencia que en él se efectúa a la regulación del sistema de infracciones y sanciones. En cualquier caso, de conservarse la misma, resultaría gramaticalmente más correcto finalizar su leyenda del siguiente modo: "...Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y se establece el régimen de infracciones y sanciones".

## II. A la parte expositiva.

De acuerdo con las Directrices de técnica normativa antes mencionadas, las disposiciones de carácter general contarán con una parte expositiva que cumplirá con la función de describir su contenido, indicando su objeto y finalidad, sus antecedentes y las competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta.

El Proyecto que ahora nos ocupa viene acompañado de un texto introductorio dando así cumplimiento formal al requisito establecido por dichas Directrices. No obstante, el estudio de su contenido evidencia las siguientes deficiencias que convendría subsanar:

1. En el ámbito de las competencias autonómicas que se ejercitan para regular el objeto de la norma proyectada, además de la referencia al artículo 10.Uno.18 EA, debería citarse también el artículo 10.Uno.29 del citado Estatuto, por el que se atribuye a la CARM competencia exclusiva sobre el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia.

2. Debería incluirse una mención al Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD de 25 de enero de 2010, en materia de órganos y procedimientos de valoración de la situación de dependencia, con especificación de la fecha de su publicación en el BOE, así como mencionar expresamente el ajuste de la norma proyectada a los criterios que se establecen en dicho Acuerdo.

3. Puesto que el redactor del Proyecto ha optado por recoger en la parte expositiva los concretos preceptos de la LD que proporcionan cobertura legal a la norma, se debe incluir una mención al artículo 30 de dicha Ley, mediante el que se prevé la revisión del grado o nivel de dependencia, así como de las prestaciones, contenido que es desarrollado por los artículos 13 y 18 del Proyecto.

4. Resultaría conveniente alterar el orden de los párrafos undécimo y duodécimo, reflejando en primera lugar el órgano competente para el reconocimiento del grado de dependencia y, en segundo lugar, el que lo es para concretar los servicios y prestaciones económicas, respetando así el orden cronológico de estas dos actuaciones.

## III. A la parte dispositiva.

### A) Al Capítulo I. Disposiciones generales.

- Artículo 3. Integración en el Sistema Público de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Este artículo debe suprimirse, debido a que ni es objeto del Decreto que se pretende aprobar, esto es, nada tiene que ver con el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a los servicios y prestaciones económicas del SAAD, ni el Proyecto tiene rango suficiente para efectuar la integración de las prestaciones del SAAD en el Sistema Público de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma, porque éste ya viene definido por una norma con rango legal, en concreto la Ley 3/2003, de 10 de abril, de Servicios Sociales de la Región de Murcia.

En este sentido resulta conveniente recordar lo que ya dijo este Consejo en su Dictamen 139/2010, sobre *“la necesidad de crear un modelo integrado de Servicios Sociales que, atendiendo a las exigencias que se desprenden de la implantación del SAAD, no menoscabe los derechos del resto de usuarios de la Red de Servicios Sociales”*, pero el Proyecto objeto del presente Dictamen no resulta el instrumento adecuado para ello.

- Artículo 4. Competencias

En este precepto se confunden las competencias que, en la materia objeto del Decreto, tienen las Administraciones Públicas (Comunidad Autónoma y Administración Local), y los órganos de la Comunidad Autónoma que resultan competentes para la tramitación y resolución de los procedimientos de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a los servicios y prestaciones del SAAD. Resultaría, por lo tanto, más adecuado desdoblar el artículo en dos, uno referido a las competencias y, otro, relativo a los órganos competentes.

- Artículo 5. Utilización de los medios telemáticos, informáticos y electrónicos.

Debe incluirse una referencia a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

B) Al Capítulo II. Procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a los servicios y prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Como hemos indicado en el apartado I de la Consideración Quinta, resulta más adecuado contemplar dos procedimientos diferenciados, uno cuyo objeto sea el reconocimiento de la

situación de dependencia de la persona solicitante, en el que se indicará el grado y nivel de dependencia que le corresponda y se determinarán los servicios o prestaciones que puedan corresponderle conforme al grado y nivel reconocido, y otro que tenga como fin la concreción de los servicios y prestaciones económicas que puedan corresponder a la persona que haya obtenido el anterior reconocimiento, lo que se llevará a cabo mediante la elaboración del PIA. Conforme a esta configuración procedimental procede regular cada uno de dichos procedimientos en dos Capítulos distintos.

a) Sección 1ª. Reconocimiento de la situación de dependencia.

- Artículo 7. Solicitud y documentación.

1. Como se señala en el apartado II de la Consideración Quinta del presente Dictamen, el Decreto 286/2010 ha suprimido la obligación de los interesados de aportar los documentos que se indican en el Capítulo II de dicho Decreto, y si bien es cierto que dicha previsión surtirá efectos en el plazo máximo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de la norma, lo que ocurrió el día 1 de diciembre de 2010, también lo es que el Proyecto que nos ocupa no puede sustraerse a la inminente obligación que la Administración Pública de la CARM va a tener en orden a no exigir la documentación prevista en el Capítulo II de dicho Decreto. Consecuentemente se debe sustituir en el Proyecto la presentación de tales documentos por la comprobación que deberá efectuar la Administración o, si así se estimase oportuno, excepcionar expresa y justificadamente la aplicación del Decreto 286/2010 al procedimiento cuya regulación se pretende aprobar.

2. Sin perjuicio de lo anterior se efectúan las siguientes observaciones al precepto:

2.1. En el apartado 1, letra a), se establece que los interesados acompañaran a su solicitud fotocopia del DNI o del NIE. Resultaría más correcto, en el último caso, hacer referencia a la tarjeta acreditativa de la condición de residente del solicitante en la que conste el NIE.

2.2. En la letra e) del apartado 1 se exige, entre la documentación a aportar por el solicitante, un informe de salud emitido por el facultativo correspondiente a su régimen de asistencia sanitaria, según modelo normalizado que, se afirma, consta como anexo II del decreto que se pretende aprobar. Varias son las cuestiones que suscita esta disposición, así:

a) En el borrador del Proyecto sometido a Dictamen de este Órgano Consultivo no se ha incorporado el anexo de referencia, aunque cabe pensar que el mismo se corresponde con el que

figura junto con el borrador que fue informado por el Servicio Jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería consultante.

b) Como quiera que con posterioridad a la emisión de dicho informe, el Consejo Territorial del SAAD adoptó el acuerdo de 25 de enero de 2010, por el que, entre otros, se establecen los criterios que han de regir en la elaboración del informe de salud y se propone un modelo que se recoge en el Anexo II de dicho Acuerdo, resulta necesario comprobar la adecuación de lo establecido en el Proyecto y en su anexo con las disposiciones del Acuerdo del Consejo Territorial.

2.3. En el apartado 3 se establece que el cumplimiento de los requisitos exigidos podrá acreditarse mediante declaración responsable, de conformidad con el artículo 71.bis LPAC, siempre que la Administración Regional cuente con los medios necesarios para la comprobación del cumplimiento de los mismos. La imprescindible seguridad jurídica que toda norma ha de proporcionar a sus destinatarios demanda un mayor detalle en el precepto, de manera que se concreten cuales sean esos requisitos que pueden acreditarse mediante declaración responsable.

- Artículo 8. Lugar de presentación de las solicitudes.

Este precepto establece imperativamente la presentación de solicitudes en los registros correspondientes al Instituto Murciano de Acción Social y a la Consejería competente en materia de política social. Esta disposición no resulta ilegal porque dicha imposición se configura sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38.4 LPAC, no obstante el Consejo considera que el tenor del precepto puede generar confusión de manera que se menoscabe el derecho que los ciudadanos a elegir la presentación en cualquiera de los registros y oficinas a las que se refiere el citado artículo 38.4, por lo que se sugiere al redactor de la norma, la sustitución de la expresión “se presentarán” por la de “se podrán presentar”, de manera que se despeje cualquier duda sobre el carácter opcional que tiene la utilización de los dos registros que se concretan en el artículo que ahora se comenta.

- Artículo 9. Subsanción.

Debería concretarse que los documentos preceptivos son aquellos a los que se refiere el artículo 7 del Proyecto.

- Artículo 10. Instrucción.

1. El apartado 2 de este precepto establece lo siguiente: *“El órgano instructor tendrá en todo momento la facultad de verificar los datos aportados por los interesados. La ocultación o falsedad de datos e informaciones que deban figurar en la solicitud o en los documentos que la acompañan, podrá ser considerada causa suficiente para denegar el reconocimiento de la situación de dependencia”*. El análisis de esta disposición suscita dos cuestiones:

1.1. La primera parte del apartado resulta superflua por constituir una reiteración de lo establecido en el apartado anterior del mismo artículo.

1.2. La falsedad u ocultación de datos puede dar lugar a una infracción de las contempladas en la LD (art. 43,c) o, incluso, a un ilícito penal, con la imposición de las sanciones administrativas (art. 45 LD) o de las penas que correspondan, por lo que resulta innecesaria e inadecuada la previsión contenida en el Proyecto.

Por lo anterior, se debería suprimir este apartado.

2. En relación con el apartado 3 cabe reiterar la observación que se contiene en el apartado III de la Consideración Quinta, sobre la necesidad de clarificar el *iter* a seguir en el proceso de valoración de la situación de dependencia desde que se aplica el BVD o EVE hasta el momento de emisión del dictamen al que hace referencia el artículo 27.1 LD, reuniendo en un solo precepto todas las actuaciones que se deban llevar a cabo.

De acogerse esta sugerencia en el apartado que ahora se analiza sólo se conservaría el último apartado de la letra a), es decir, el relativo a la caducidad del procedimiento por causa imputable al interesado, que pasaría a constituir el apartado 2 por supresión del contenido que recoge en el Proyecto en su actual redacción, según lo indicado en el presente Dictamen.

- Artículo 11. Valoración de la dependencia.

1. En este precepto se mezclan disposiciones referidas a la composición y funciones del órgano de valoración (equipo en el que se integrarán los profesionales que se señalan), con otras relativas a la elaboración, por este equipo, del dictamen al que se refiere el artículo 27.1 LD. Lo anterior resulta no sólo confuso, sino también asistemático. Resultaría más adecuado regular el citado órgano de valoración y sus funciones en el precepto que resulte del desdoblamiento que se propone del artículo 4 del Proyecto, en concreto, en aquel que tenga por objeto la regulación de los órganos a intervenir en la tramitación y resolución del reconocimiento de la situación de dependencia y el reconocimiento del derecho a los servicios y prestaciones económicas del SAAD,

reservando al artículo que ahora nos ocupa la concreta actuación de este equipo en la elaboración del dictamen antes mencionado.

2. Sin perjuicio de lo anterior cabe formular las siguientes observaciones a la actual redacción del precepto:

2.1. No se alcanza a vislumbrar la razón por la cual la dimensión psicosocial de los miembros del equipo de valoración no se exige con carácter general.

2.2. Conforme al artículo 1 del Proyecto constituye objeto de la norma que se pretende aprobar, entre otros, el de determinar la composición de los órganos de valoración, sin que la actual redacción cumpla con la finalidad anunciada, pues no puede entenderse que la simple previsión sobre el carácter sanitario y psicosocial de sus miembros cumpla esa vocación de desarrollo atribuible al futuro Decreto, sin que la posterior determinación acerca de la definición de dicho personal en las relaciones de puesto de trabajo contribuya a reducir la falta de concreción sobre esta composición.

2.3. En la letra b) del apartado 2 debe suprimirse, por superflua, la referencia a la “Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”, ya que definido el ámbito de aplicación del Decreto en su artículo 1.2, ha de entenderse que todas las actuaciones que en el mismo se recogen se ciñen a dicho ámbito.

2.4. En la letra e) del mismo apartado se debe concretar que el órgano al que se elevará la propuesta será el competente para resolver en materia de dependencia.

2.5. Según el tenor del apartado quinto *in fine* del Acuerdo del Consejo Territorial de SAAD de 22 de enero de 2007, el órgano de valoración competente, establecerá en su dictamen propuesta, cuando así proceda en función de las circunstancias concurrentes, el plazo máximo en que deba efectuarse la primera revisión del grado y nivel que se declare. En este sentido debe revisarse el contenido de la letra g) eliminando el carácter general que se atribuye a dicho contenido de la propuesta, lo que se podría conseguir intercalando la expresión “en su caso” entre “proponer” y “el plazo”.

- Artículo 12. Resolución de reconocimiento de la situación de dependencia.

1. En el apartado 1, al fijar el contenido de la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia, debería incluirse la fijación, en su caso, del plazo máximo en que debe efectuarse la primera revisión del grado y nivel que se declare.

2. Al haber optado la CARM por un procedimiento dual para el reconocimiento de la situación de dependencia y para la elaboración del PIA, la efectividad del acceso a los servicios o prestaciones económicas del SAAD al que da derecho el reconocimiento de la situación de dependencia, queda demorado hasta la aprobación del PIA. Circunstancia que debería concretarse en este precepto, en los términos que se indican en el párrafo primero del apartado 3 de la disposición final primera LD, según redacción dada por el Real Decreto-ley 8/2010.

3. El apartado 4, b) del Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD, de 25 de enero de 2010, se indica que *“con el fin de que las personas interesadas puedan acreditar la situación de discapacidad del hijo o menor, a los efectos de la ampliación del permiso de maternidad o paternidad y, en su caso, de los correspondientes subsidios, las Administraciones competentes establecerán que, en dichos supuestos, la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia de los menores de tres años a través de la aplicación del EVE, se dicte en el plazo máximo de 30 días naturales, desde la fecha de entrada de la correspondiente solicitud en el registro del Órgano competente”*. El Proyecto, para ser respetuoso con el carácter vinculante de los acuerdos del citado Consejo Territorial, en los términos que fueron profusamente expuestos en nuestro Dictamen 100/2010, debe incorporar en el apartado 2 del artículo que ahora mismo se analiza, una disposición que recoja este menor plazo para resolver los procedimientos de reconocimiento de la situación de dependencia de los menores de 3 años.

4. La expresión “a partir de la fecha” contenida en el apartado 2 de este artículo se debe sustituir por la más precisa, que además es la utilizada por la LPAC, de “desde la fecha”.

5. Al establecerse dos plazos distintos para resolver los procedimientos de reconocimiento de la situación de dependencia (tres meses con carácter general y 30 días naturales en el supuesto de menores de tres años), resulta necesario modificar las referencias que se contienen “al plazo” por otras que atiendan la realidad plural de los mismos.

6. El apartado 5 dispone que *“las resoluciones de reconocimiento de la situación de dependencia no agotan la vía administrativa, y podrán ser recurridas en alzada ante el superior jerárquico del órgano que las dictó”*. La imprescindible seguridad jurídica demanda un mayor detalle en el precepto, lo que se lograría indicando expresamente tanto el órgano que resuelve como aquél

ante el que se puede interponer el recurso de alzada. Se propone una redacción como la siguiente o similar:

*“La resolución dictada por el titular de la Dirección General de Pensiones, Valoración y Programas de Inclusión no agota la vía administrativa, siendo susceptible de recurso de alzada ante el titular del Departamento competente en materia de Servicios Sociales”.*

- Artículo 13. Revisión del grado y nivel de dependencia.

1. Los períodos de carencia de dos años para la primera revisión y de un año para las posteriores, carecen de cobertura legal, sin que la previsión contenida en el apartado 2 *in fine* relativa a la no aplicación de los mismos cuando se acredite suficientemente la variación de la situación del dependiente, por agravamiento o mejoría de los factores personales o de su entorno, tenga eficacia para enervar dicha tacha de ilegalidad. Es más, esta última disposición ataca frontalmente el principio de seguridad jurídica que debe regir el proceso de producción normativa, pues no se concreta cuándo se entenderá acreditada “suficientemente” la variación de los factores a que hace referencia, para no aplicar el principio general de no efectuar revisión hasta transcurridos los plazos que se indican en la primera parte del precepto.

El contenido de esta disposición es un trasunto de lo que se establece en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, pero el supuesto de hecho sobre el que recae es diferente al que ahora nos ocupa, siendo también distintos los regímenes jurídicos aplicables, por lo que este Real Decreto resulta inadecuado para dotar de cobertura a la previsión que se contiene en el Proyecto.

Consecuentemente con todo lo anterior, este párrafo debe suprimirse.

2. El apartado 4 de este precepto establece que *“en el caso de no concurrir ninguna de las causas de la revisión, se procederá a la inadmisión de la solicitud de conformidad con lo previsto en el artículo 89.4 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.*

La obligación de resolver de forma expresa los procedimientos viene a ser una plasmación del principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 CE, en la medida que viene a proteger la confianza de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración. En consonancia con esta obligación el párrafo cuarto del artículo 89 LPAC impide de manera rotunda que la Administración

pueda abstenerse de resolver un procedimiento bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso. Se trata de una traslación al ámbito administrativo de la prohibición del *non liquet* que rige en los procesos judiciales en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.7 del Código Civil. Sólo en aquellos supuestos en los que los ciudadanos presenten solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, la Administración queda legalmente habilitada para resolver su inadmisión, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución para el ejercicio del derecho de petición.

El criterio antiformalista vigente en todo tipo de procedimientos, tendente a asegurar la aplicación del principio *pro actione* de forma que siempre quede garantizada la mayor viabilidad de la pretensión deducida, en orden a obtener una resolución que aborde todas las cuestiones planteadas, lleva a una aplicación muy restrictiva de esta posibilidad legal, que debe quedar ceñida a hipótesis de reclamaciones no ajustadas a los términos del artículo 70 LPAC y, para el supuesto que nos ocupa, del artículo 7 del Proyecto, es decir, reclamaciones defectuosas en su planteamiento, que impidan la continuación del procedimiento de no ser debidamente subsanados los requisitos omitidos, e incluso en estos supuestos, resulta procedimentalmente más correcto actuar conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de dicho texto legal.

Presentada una solicitud de revisión del grado y nivel de dependencia, que constituye un derecho reconocido en el Ordenamiento Jurídico (art. 30 LD) y, por lo tanto, no concurre el primer supuesto del artículo 89.4 LPAC, sólo cabría inadmitirla por el segundo, es decir, por carecer manifiestamente de fundamento, lo que exigiría entrar en el fondo de asunto con el fin de no prejuzgar los elementos de juicio que pueden aportarse en el procedimiento, por lo que consideramos inapropiado este precepto.

3. En el apartado 5 se efectúa una remisión, para el procedimiento de revisión, al que se regula en el Proyecto con carácter general para el reconocimiento de la situación de dependencia. Esta posibilidad resulta adecuada para los supuestos de revisión contemplados en las letras a) y c) del apartado 1 de este mismo artículo, sin embargo surgen dudas sobre su idoneidad cuando el supuesto de revisión es el de la letra b), es decir, cuando la revisión se produce por un error de diagnóstico o en la aplicación del baremo, pues en este último caso no se trataría de producir una nueva resolución (la de revisión) que desplazaría a otra anterior (la del reconocimiento del grado y nivel de dependencia), al haber variado las circunstancias personales o sociales del beneficiario o haberse cumplido el plazo que establecía para la revisión, sino que se trata de una verdadera revisión de actos administrativos, que puede consistir en una rectificación de un error material, de hecho o aritmético, en una declaración de nulidad o en una declaración de lesividad, supuestos

para los que la LPAC prevé procedimientos específicos. De ahí que resulte más adecuado, para este supuesto de revisión de la situación de dependencia, remitir a los procedimientos que el Título VII de la LPAC prevé para la revisión de los actos en vía administrativa.

4. Finalmente, cuando el procedimiento se haya iniciado de oficio, con el fin de garantizar el principio de contradicción procesal, se ha de incluir una disposición que establezca que, con carácter previo a la resolución de revisión se dará audiencia al interesado o a su representante legal.

b) Sección 2ª. Reconocimiento del derecho a los servicios y prestaciones económicas del sistema para la autonomía y atención a la dependencia.

Sin perjuicio de la sugerencia que se efectúa en el apartado A) de la presente consideración, en orden a regular como procedimientos distintos y en Capítulos diferenciados, las actuaciones que ahora mismo se reflejan como compresivas de dos fases de un solo procedimiento, el título del futuro Capítulo o, en su defecto, de la actual Sección, debe modificarse de manera que refleje sin equívocos que el procedimiento al que se refiere es aquel tendente a fijar el Programa Individual de Atención.

Por otro lado, no resulta correcto desde la perspectiva de una correcta sistemática del Proyecto incluir en esta Sección los artículos 19, 20, 21 y 22, en los que se regulan la extinción y suspensión del derecho a los servicios y prestaciones económicas del SAAD; la efectividad de las revisiones y extinciones; las obligaciones de los beneficiarios de los servicios y prestaciones económicas; y el seguimiento de las prestaciones. Este Órgano Consultivo considera más acertado que los mismos se ubicaran en un Capítulo aparte, que podría denominarse “Extinción, seguimiento y control” o similar.

- Artículo 15. Programa Individual de Atención.

1. A tenor de lo previsto en el artículo 14 en relación con el apartado 10 del presente artículo, el procedimiento para el reconocimiento del PIA se inicia de oficio en la fecha de la resolución del reconocimiento de la situación de dependencia. Atendiendo a esta circunstancia la referencia que se contiene en el apartado 2 a “la fecha de entrada en el Registro del órgano competente para su tramitación”, se debería efectuar a “la fecha de la resolución del reconocimiento de la situación de dependencia”.

2. En el apartado 3 se establece que *“cuando la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia emitida se refiera a un grado y nivel no implantado, de acuerdo con el calendario del apartado 1 de la disposición final primera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, la elaboración del Programa Individual de Atención se iniciará con posterioridad al primer día del año en el que proceda la implantación del grado y nivel de dependencia que le haya sido reconocido”*. Conocidos el grado y nivel de dependencia del interesado y el día de inicio de la efectividad de su declaración, parece más adecuado que el PIA se elaborara en los tres meses anteriores al inicio de su año de implantación. Si no se atiende esta sugerencia y se mantiene la opción de elaborar el PIA al comienzo del año de implantación del grado y nivel reconocidos, debe concretarse la fecha exacta de inicio de tal operación que, a juicio de este Consejo, debe coincidir con el primer día de dicho año.

3. En el apartado 4 se establece un plazo de tres meses para que los Servicios Sociales de Atención Primaria del municipio de residencia del interesado remitan el informe social sobre la situación social, familiar y del entorno de aquél, a los efectos de elaborar el correspondiente PIA. Ahora bien, como en el apartado 10 se establece ese mismo plazo para resolver y notificar el PIA, se debe reducir el primer plazo con el fin de posibilitar el cumplimiento del segundo.

4. Se debe concretar el órgano instructor que ha de formular la propuesta de resolución del PIA (apartado 6).

5. El apartado 7 establece que la elección entre las alternativas propuestas por el órgano instructor se llevará a cabo por *“el beneficiario o su familia”*. La comparación de este precepto con el artículo 29.1 LD revela que la intervención de la familia o de la entidad tutelar que represente al beneficiario no se presenta con carácter alternativo como lo hace el Proyecto. Con el fin de conseguir una mayor uniformidad entre la regulación legal y la reglamentaria que se dictamina, se deberá respetar la dicción del citado artículo de la LD.

6. En el apartado 10, con el fin de observar la debida coherencia terminológica con el resto del precepto, debe sustituirse la expresión *“de reconocimiento del derecho a los servicios y prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”* por la de *“aprobación del Programa Individual de Atención”*.

7. También en este apartado 10, si se conserva la redacción actual del apartado 3, debe incluirse, para los supuestos en los que el reconocimiento de la situación de dependencia se refiera a un grado y nivel no implantado, como *dies a quo* el primero del año de implantación de dichos grado y nivel.

8. Respecto al apartado 13 resultan trasladables las consideraciones que se hacían en relación con el apartado 5 del artículo 12.

- Artículo 16. Composición y funcionamiento de la Comisión para la elaboración del Programa Individual de Atención.

Cabe dar aquí por reproducidas las consideraciones que se hacen en este Dictamen en relación con el artículo 11, de forma que resultaría más sistemático trasladar su contenido al artículo del Proyecto destinado a regular los órganos con competencia para intervenir en los procedimientos de reconocimiento de la situación de dependencia y de reconocimiento del derecho a los servicios y prestaciones económicas del SAAD.

Por otro lado, con independencia de cual sea la ubicación final del precepto, convendría dotar a la Comisión de una denominación, a fin de evitar, cada vez que se haga mención a ella, reproducir su función para poder así identificarla.

- Artículo 17. Efectividad del derecho a los servicios y prestaciones económicas.

A tenor de la nueva redacción dada por el Real Decreto-Ley 8/2010 a la disposición final primera LD, a partir del 1 de junio de 2010 el plazo para resolver las solicitudes sobre el reconocimiento de la situación de dependencia y la prestación que corresponda recibir a la persona beneficiaria, será de seis meses a contar desde la fecha de la solicitud, independientemente de que la administración competente hubiera regulado uno o dos procedimientos diferenciados.

En consecuencia, el derecho de acceso a las prestaciones correspondientes se generará a partir de la resolución en la que se reconozca la concreta prestación a percibir por la persona beneficiaria. No obstante, el derecho a percibir la prestación económica de dependencia que, en su caso, fuera reconocida, se generará desde el día siguiente al del cumplimiento del plazo máximo de seis meses indicado sin que se hubiera notificado resolución expresa de reconocimiento de la prestación que corresponda percibir a la persona beneficiaria.

El contenido del artículo que ahora se analiza debe adecuarse a esta previsión legal, lo que conlleva:

a) Modificar el contenido del apartado 3, ciñendo la retroactividad que en él se prevé sólo a las prestaciones económicas.

b) Eliminar el apartado 4, pues introduce requisitos para que surta efecto dicha retroactividad que no se contemplan en la LD.

c) Eliminar el apartado 5, puesto que si el beneficiario estuviese recibiendo ya el servicio, parece ser que lo sería en otro concepto distinto al de la dependencia y, por lo tanto, no parece adecuado relacionar ambas situaciones, debido al distinto régimen jurídico a que puedan encontrarse sometidas.

- Artículo 18. Revisión del Programa Individual de Atención.

1. La referencia que se contiene en el epígrafe a) del apartado 1, al órgano competente en materia de dependencia resulta muy imprecisa. Se debe concretar qué órgano es el competente para iniciar de oficio la revisión del PIA.

2. La redacción del apartado 3 es poco clara, lo que dificulta su inteligibilidad. Se sugiere la siguiente redacción alternativa o similar: “Serán de aplicación al procedimiento de la revisión, las disposiciones contenidas en el presente decreto para la aprobación del Programa Individual de Atención”.

- Artículo 19. Extinción y suspensión del derecho a los servicios y prestaciones económicas del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia.

1. Se debe garantizar que la extinción o suspensión del derecho a los servicios y prestaciones económicas del SAAD se hará mediante un procedimiento en el que se dará audiencia al interesado o a su representante legal.

2. La enumeración de normas que se contiene en el epígrafe g) del apartado 1, debe encabezarse con la cita a la LD.

3. En el apartado 3 se establece que *“el titular de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales no perderá el derecho a dicha prestación debido a su estancia temporal en un servicio de atención residencial, motivada por un período de enfermedad, o por descanso o formación del cuidador no profesional, siempre que dicho período no sea superior a un mes al año”*. Esta compatibilidad aparece regulada en el artículo 18 del Decreto 306/2010. En aras de la imprescindible seguridad exigible a toda norma jurídica, así como la coherencia que ha de regir en su correspondiente integración en el Ordenamiento Jurídico, se debe

eliminar este apartado o, en su defecto, remitir a la regulación del citado artículo 18 del Decreto 306/2010.

4. El apartado 4 tiene como finalidad establecer el derecho de quien esté legitimado para ello de recibir las prestaciones devengadas y no percibidas por el beneficiario fallecido, bien sea porque opere la retroactividad prevista en el apartado 3 de la disposición final primera LD y en el artículo 17 de Proyecto, bien porque se produzca el fallecimiento antes de la fecha de percepción de la prestación correspondiente al mes del óbito. A juicio de este Consejo Jurídico la finalidad del precepto quedaría más fielmente reflejada y sistemáticamente mejor ubicada, si tal circunstancia se hiciera constar en el epígrafe j) del apartado 1, y con una redacción similar a la que se contempla en el artículo 22 del Decreto de Castilla-La Mancha núm. 176/2009, de 17 de noviembre, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, y de la composición y funciones de los órganos de valoración: *“En el caso de que hubiese prestaciones devengadas y no percibidas se abonarán a instancia de parte legítima. El abono procederá hasta el último día del mes del fallecimiento”*.

- Artículo 20. Efectividad de las revisiones y extinciones.

La redacción de este precepto resulta confusa. Sería conveniente establecer una diferencia entre la efectividad de las modificaciones y extinciones cuando las mismas vengán referidas a servicios o a prestaciones económicas, del modo que lo hace el artículo 23 del Decreto 176/2009, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, al que se hace referencia anteriormente.

- Artículo 21. Obligaciones de los beneficiarios de los servicios y prestaciones económicas.

El reintegro de las subvenciones viene regulado en el Título II de la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, a cuyas previsiones debe remitirse el apartado 2 del presente artículo.

- Artículo 24. Competencias

Se echa en falta en este precepto la determinación del órgano competente para la instrucción del procedimiento sancionador.

C) A las disposiciones finales

- Disposición transitoria única

1. La expresión "...el procedimiento que aquí se establece" que se contiene al final del primer párrafo de esta disposición, debería sustituirse por la siguiente o similar "...las disposiciones contenidas en el mismo", que resulta más adecuada desde la perspectiva de una correcta utilización del lenguaje jurídico.

2. Sería conveniente plantearse la posibilidad de incluir una disposición por la que se conservara la validez de los trámites ya realizados conforme a la normativa anterior, aplicándose el procedimiento regulado por el Proyecto a los actos posteriores.

3. En relación con el segundo párrafo de esta disposición resulta trasladable lo que se dice en el apartado V de la Consideración Quinta del presente Dictamen, respecto a la técnica denominada *les repetita*, pues el contenido que se refleja en el Proyecto es reproducción de lo establecido en la disposición transitoria tercera del Real Decreto-Ley 8/2010. Procede, por lo tanto, o bien suprimir este párrafo por innecesario, o bien dejar constancia del precepto legal que se reproduce.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para aprobar la norma sometida a consulta, correspondiendo hacerlo al Consejo de Gobierno, mediante Decreto.

**SEGUNDA.**- En aplicación de lo establecido en el artículo 61.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, se consideran de carácter esencial las siguientes observaciones:

- La que se indica sobre la obligatoriedad de acompañar una tabla sobre las disposiciones cuya vigencia resulte afectada por la futura norma, así como la de incluir en el Proyecto una disposición derogatoria de aquéllas cuyo contenido contradiga lo establecido en el Decreto que se pretende aprobar, en los términos que se indican en la Consideración Cuarta, I, c) del presente Dictamen.

- La que se contiene sobre la necesidad de señalar el origen de los preceptos del Proyecto que constituyen una reproducción de las de la LD (Consideración Quinta, V).

- La realizada sobre la necesidad de suprimir el artículo 3, debido a la falta de rango de la norma proyectada para efectuar la integración de los servicios y prestaciones del SAAD en el Sistema Público de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Consideración Sexta).

- La que se señala en relación con el artículo 7 en orden a suprimir la obligación de los interesados de aportar los documentos que se indican en el Capítulo II del Decreto 286/2010 o, si así se estimase oportuno, excepcionar de forma expresa y justificadamente la aplicación de dicho Decreto al procedimiento cuya regulación se pretende aprobar (Consideración Sexta).

- La que se indica sobre la necesidad de establecer, en el artículo 12, un plazo de 30 días para la resolución de los procedimientos de reconocimiento de la situación de dependencia de los menores de 3 años, en los términos que se establecen en el apartado 4, b) del Acuerdo del Consejo Territorial de SAAD, de 25 de enero de 2010 (Consideración Sexta).

- La que se contiene en el análisis del artículo 13 sobre la falta de cobertura para establecer un período de carencia para instar por el interesado las revisiones del grado y nivel de dependencia reconocidos (Consideración Sexta).

- La que se efectúa sobre la necesidad de introducir en el procedimiento de revisión del grado y nivel de dependencia reconocidos con anterioridad, cuando haya sido iniciado de oficio (artículo 13), una disposición que establezca que, con carácter previo a la resolución, se dará audiencia al interesado o a su representante legal (Consideración Sexta).

- La que se realiza sobre la necesidad de modificar el contenido del artículo 17 en los términos que se indican en el comentario que sobre el mismo se realiza en la Consideración Sexta, de modo que se adecue a lo que establece la disposición final primera LD, según redacción dada por el Real Decreto-Ley 8/2010.

- La que se indica sobre la necesidad de garantizar que la extinción o suspensión del derecho a los servicios y prestaciones económicas del SAAD, se hará mediante un procedimiento en el que se dará audiencia al interesado o a su representante legal (comentario al artículo 19 que se contiene en el Consideración Sexta).

- La que se contiene en el comentario al artículo 21 sobre la procedencia de remitir la regulación del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas a lo que, al respecto, se establece en el Ley 7/2005 (Consideración Sexta).

- La realizada sobre la supresión del segundo párrafo de la Disposición transitoria del Proyecto o, en su defecto, citar el precepto legal del que es trasunto (Consideración Sexta).

**TERCERA**.- El resto de observaciones, de acogerse, podrían contribuir a la mejora del texto.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 63-2011**

<b>Asunto</b>	Modificación del contrato de gestión de servicios públicos para la "Reserva y ocupación de 100 plazas en centro de día destinadas a personas con discapacidad intelectual en el municipio de Cartagena".
<b>Consultante</b>	Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración (2007)
<b>Fecha</b>	30/03/2011

**Extracto doctrina**

Expresa el Consejo de Estado en su Memoria de 1990 que en la aplicación del régimen de las modificaciones contractuales es preferible huir del rigorismo exagerado y obrar con cierto grado de ductilidad, aunque no se puede olvidar que el "ius variandi" es una facultad reglada que sólo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público (Dictamen número 41.914, de 24 de mayo de 1979, citado en el Dictamen 168/2007, de 24 de enero). En igual sentido la STS, Sala 3ª, de 16 de abril de 1984.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Por resolución de 6 de julio de 2010 de la Directora Gerente del Instituto Murciano de Acción Social se adjudicó a la -- (x), por un importe de 1.063.392 euros, el contrato de gestión de servicios públicos para la reserva y ocupación de 100 plazas en centro de día, destinadas a personas con discapacidad intelectual en el municipio de Cartagena. El plazo de ejecución es desde el 16 de julio de 2010 al 15 de julio de 2011. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares recoge la potestad del órgano de contratación para modificar el contrato por razones de interés público, dentro de los límites y con sujeción a lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), artículos 194 y 195.

**SEGUNDO.-** Mediante otra resolución de la Directora Gerente del Instituto Murciano de Acción Social de 25 de octubre de 2010 se modificó por primera vez el contrato incrementando en 16 el número de plazas previstas, con un coste total de 126.860, 20 euros, motivando ello en que, según informa la Dirección General de Personas con Discapacidad de dicho Instituto, a través de la Sección de Otros Colectivos (el 23 de septiembre de 2010), existe una demanda de 116 plazas para el centro de día que gestiona la -- (x) en Cartagena, dentro de los servicios regulados por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, careciendo la Administración de plazas propias en dicha localidad. Fue formalizada la modificación el 29 de octubre de 2010.

**TERCERO.-** Por resolución de la misma Directora Gerente se inicia un segundo procedimiento de modificación contractual el 10 de diciembre de 2010, a propuesta de la mencionada Dirección General de Personas con Discapacidad de dicho Instituto, a través de la Sección de Otros Colectivos. Tal propuesta, fechada también el 10 de diciembre de 2010, informa de 52 nuevas demandas para el centro de día citado, que cumplen los requisitos legales, para las que el Instituto carece de plazas propias, cifrando en 139.776,97 el nuevo coste para la Administración, con efectos desde el 15 de abril de 2011.

La modificación fue aceptada el 4 de febrero de 2011 por el representante de la --, informada favorablemente por el Servicio Jurídico del Instituto Murciano de Acción Social el 23 de febrero de igual año, propuesta formalmente por una técnico responsable del Servicio de Contratación del IMAS el 4 de marzo de 2011, y fiscalizada favorablemente por la Intervención General el 17 de marzo de 2011.

En tal estado, la consulta fue formulada, teniendo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 2 de marzo, y siendo completada el 22 de iguales mes y año cumplimentando así el Acuerdo 3/2011 emitido por este Consejo Jurídico.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.8 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

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

A la vista de lo que dispone la LCSP, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, y las demás disposiciones aplicables, no se observan carencias procedimentales de relevancia, si bien cabe observar que la titular del IMAS habrá de plantearse si la propuesta de resolución que se dictamina debe ser suscrita por una técnico responsable.

#### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. La regulación general de la modificación de los contratos administrativos se contiene en los artículos 194, 195 y 202 de la citada LCSP, con previsiones específicas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 258. El primer párrafo del artículo 202.1 establece que *“una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato”*. El párrafo 2 de ese mismo artículo establece, a su vez, que *“la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual”*, previsión que se cumple en el caso dictaminado, según resulta de lo que reseñado en el Antecedente Primero.

El ejercicio del *“ius variandi”* de la Administración no permite alterar sustancialmente ni el objeto ni las condiciones esenciales del contrato; esa restricción, que resulta lógica, es fundamentalmente una garantía para el contratista, tratando de evitar la imposición unilateral por la Administración de unas condiciones absolutamente distintas a las que regían las condiciones de licitación al tiempo de la adjudicación. En este caso no existe tal imposición, pues la contratista ha manifestado su aceptación a la propuesta que se dictamina.

Por otro lado, otra pauta a la que se debe sujetar la Administración en el ejercicio del *“ius variandi”* es la exigencia de objetividad en su actuación, concretada en los principios de publicidad y concurrencia, para evitar el fraude al principio licitatorio. En este sentido, la modificación que se plantea no parece constituir una alteración de ningún elemento esencial del contrato, teniendo en cuenta su objeto y naturaleza.

II. El artículo 202 LCSP, ya citado, establece como finalidad de la modificación el *“interés público”*, y como presupuesto habilitante que sea debida a *“causas imprevistas”*. La modificación propuesta tiene por finalidad el interés público, pero la invocación y prueba del éste, siendo un elemento imprescindible de toda acción administrativa y de ésta en particular, opera como una guía finalista de la misma que no puede borrar los restantes elementos del régimen jurídico al que ha de ajustarse. No pueden extrapolarse afirmaciones generales sobre el interés público a cada supuesto concreto de modificación, dado que se correría el riesgo de desnaturalizar la institución desencajándola de sus límites legales, debiendo observarse tales afirmaciones en conexión con los avatares del concreto contrato que se pretende modificar (Dictamen 131/2008 de este Consejo Jurídico). La finalidad de interés público, por tanto, no basta por sí misma para justificar la modificación del contrato, porque es necesario que, además, concurren los presupuestos

habilitantes señalados por el precepto legal, es decir, que la modificación sea debida a “*causas imprevistas*”.

Expresa el Consejo de Estado en su Memoria de 1990 que en la aplicación del régimen de las modificaciones contractuales es preferible huir del rigorismo exagerado y obrar con cierto grado de ductilidad, aunque no se puede olvidar que el “*ius variandi*” es una facultad reglada que sólo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público (Dictamen número 41.914, de 24 de mayo de 1979, citado en el Dictamen 168/2007, de 24 de enero). En igual sentido la STS, Sala 3ª, de 16 de abril de 1984.

III. En el expediente remitido es de reseñar, en primer término, que la posible necesidad de la modificación consta en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que contempla como tal el aumento de la demanda, y, en segundo lugar, que se cumple el presupuesto habilitante consignado en el artículo 202, antes citado, si bien la afirmación del técnico informante sobre la existencia de una mayor demanda podría haberse acompañado de la certificación del órgano que instruye tales solicitudes. Finalmente, las consecuencias económicas permiten mantener el equilibrio de las prestaciones (art. 258 LCSP).

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la segunda modificación del contrato de gestión del servicio público de reserva y ocupación de 100 plazas en centro de día gestionado por x, destinadas a personas con discapacidad intelectual en el municipio de Cartagena, con un nuevo coste para la Administración de 139.776,97 euros.

No obstante, V.E. resolverá



**DICTAMEN 64-2011**

**Asunto** Resolución de contrato de gestión del servicio público de residencia de ancianos y centro de día de Calasparra.

**Consultante** Ayuntamiento de Calasparra

**Fecha** 30/03/2011

**Extracto doctrina**

El Consejo Jurídico, en su Dictamen 151/2010, entre muchos otros, ha afirmado que no es admisible que cualquier incumplimiento del contratista pueda ser considerado suficiente para que la Administración resuelva, por tal causa, el vínculo contractual de que se trate.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 16 de febrero de 2004, el Ayuntamiento de Calasparra y la mercantil --, formalizan contrato de gestión del servicio público de Geriátrico y Centro de Día de Calasparra.

De dicho contrato se destaca, por lo que ahora interesa, lo expresado en las siguientes cláusulas:

Cláusula 6. Objeto del contrato

Se establece como tal la gestión del servicio de Residencia Geriátrica y Centro de Día de atención a personas mayores y otros servicios compatibles o complementarios, que previamente deberán ser acordados por el Ayuntamiento, de conformidad con la normativa vigente y previa autorización de las correspondientes licencias o permisos.

Cláusula 7. Plazo del contrato

Se fija en 25 años, a contar desde el comienzo de vigencia del mismo.

Cláusula 12. Resolución del contrato

Recoge, entre otras, el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales.

Cláusula 15. Canon de contraprestación por la gestión del servicio.

Establece que el canon fijado será pagado al Ayuntamiento por parte del contratista mensualmente, dentro de los diez primeros días de cada mes, incurriendo en demora en caso contrario.

Cláusula 17. Funcionamiento del servicio.

Se establecerá un órgano de participación y control del servicio, bajo la denominación de Consejo Consultivo, entre cuyas funciones figura la consulta, control y seguimiento respecto de los asuntos de interés relacionados con el servicio.

Cláusula 19. Personal afecto a la explotación del servicio.

Indica que el personal que el adjudicatario adscriba al servicio será exclusivamente de su responsabilidad. Señala, asimismo, que todo el personal afecto a la explotación deberá estar dado de alta en la Seguridad Social con arreglo a las normas vigentes, debiendo cumplir como mínimo el contenido del Convenio Colectivo de aplicación a este Sector, así como la normativa laboral vigente en cada momento. El incumplimiento de estas obligaciones por parte del adjudicatario tendrá la consideración de incumplimiento contractual grave.

Cláusula 21. Mejoras a realizar en la Residencia.

Entre las que se recogen, se destacan las siguientes:

A) Mejora en rehabilitación, alimentación y aseo.

- Creación de un gimnasio de rehabilitación.
- Creación de una sala de hidroterapia.
- Comida a la carta para todos los residentes, a elegir entre tres primeros, tres segundos y tres postres. Esta opción se ofrecerá tanto en la comida como en la cena. Se efectuarán cuadrantes de menús mensuales, modificables trimestralmente, con sus variaciones de dietas hipo-sódicas, diabéticos...
- Apertura de la cafetería y restaurante para no residentes, previa obtención de los permisos y licencias establecidos en la legislación vigente.

B) Mejoras en instalaciones.

- Incluir en la sala de usos múltiples, anexa al comedor, cuatro salas: dos salas de actividades de válidos y asistidos, y dos salones, uno para válidos y otro para asistidos.
- Inclusión de una morgue.
- Realización de un almacén.
- En un plazo no superior a cinco años se iniciará la construcción de una nueva residencia, con más zonas ajardinadas y que complementa los servicios prestados por la actual. Esta nueva residencia se financiará con capital privado, pasando a propiedad municipal transcurridos 50 años. Todo lo anterior siempre que se tenga la viabilidad de la zona garantizada.
- Sala de informática e Internet para los residentes.

- Instalación de un ascensor camillero.

C) Mejoras y anexos a los servicios a prestar.

- Instalación de solarium en la terraza.
- Acondicionamiento del patio interior como zona de recreo al aire libre
- Acondicionamiento de la calle salón en la parte trasera de la Residencia.

D) Otras mejoras.

- Creación de una Guardería para el personal, que podrá ampliarse para el pueblo en general, tal como se establece en el objeto.
- Instalación de un sistema de emergencia.
- Instalación del sistema de vigilancia y control de residentes.
- Otras mejoras especificadas en la oferta que se unen al contrato.

**SEGUNDO.-** El 11 de junio de 2010, el Secretario del Ayuntamiento de Calasparra emite informe acerca del contrato, en cuyo apartado C) recoge los siguientes extremos:

*“Constan los siguientes documentos:*

- *Oficio de alcaldía de 27 de abril de 2007 (nº de salida 2697. Fecha de salida 27-4-2007). Se requiere a la mercantil el pago de cantidades adeudadas, bajo apercibimiento de resolución del contrato.*
- *Documento de inspección a la residencia de ancianos de fecha 14 de junio de 2007 (nº registro de entrada 4164. Fecha de entrada 16-6-2007). Manifiesta diversas deficiencias.*
- *Escrito de alcaldía de 11 de julio de 2007 (nº de registro de salida 4638. Fecha de salida 10-7-2007). Se comunica a la mercantil que se va a proceder a resolver el contrato ante el reiterado incumplimiento de obligaciones: obligaciones económicas; obligación de presentar mensualmente relación de los trabajadores contratados; obligación de comunicar al Ayuntamiento altas y bajas de residentes.*
- *Escrito de alcaldía de 28 de septiembre de 2007 (Nº de registro de salida 5711. Fecha de salida 28-9-2007). Se comunica a la mercantil la existencia de una deuda de 59.697,47 euros. Se le informa de que se van a adoptar las medidas tendentes a la resolución del contrato.*
- *Informe de la Oficina Técnica de 20 de agosto de 2008. Se indican deficiencias en cuanto a los contratos de mantenimiento relativos a la prestación de la actividad.*
- *Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de sesión de 16 de noviembre de 2009. Se concede a la mercantil un plazo de 10 días para subsanar deficiencias en una chimenea instalada incumpliendo la normativa.*

- *Informe del Arquitecto Municipal de fecha 3 de junio de 2010 sobre el cumplimiento de las mejoras del contrato. Se desprende el incumplimiento de diversas mejoras a las que la mercantil se comprometió contractualmente”.*

**TERCERO.-** Además de la documentación que se menciona en el informe del Secretario General, aparece incorporada al expediente la que se hace constar a continuación, por considerar que su contenido ha servido de sustento al acuerdo de resolución contractual:

- a) Informe del Jefe de la Policía Local, obrante al folio 79, en el que se indica lo siguiente:

*“Existen numerosas quejas verbales de familiares de residentes referidas al funcionamiento deficiente de la Residencia Virgen de la Esperanza, durante el período de referencia, si bien, dichas quejas no se han materializado en denuncia escrita, según los propios requirentes, por temor a posibles represalias para con sus familiares residentes.*

*Las citadas quejas se concretan básicamente en deficiencias respecto al funcionamiento del Centro, con hechos tales como la falta de control exhaustivo de los accesos, lo que ha conllevado retrasos injustificados a la hora de detectar la falta de algún interno que se haya podido "perder" en la localidad; así como la falta de personal de enfermería durante el turno de noche, disponiendo únicamente en este turno para la atención de todos los residentes, de dos auxiliares de clínica, hecho último éste constatado por esta Policía Local.*

*Del mismo modo, constan quejas por el mal funcionamiento del aire acondicionado y sistema de calefacción, aquejándose los residentes de pasar calor o frío en las diferentes estaciones del año, así como quejas de vecinos inmediatos al inmueble de la Residencia por el ruido generado por los motores de dicho sistema.*

*Asimismo, respecto al trato que reciben los residentes, existen quejas de familiares basadas fundamentalmente en el menú poco variado y tachado de, "escaso", así como de la utilización de material inadecuado, caso del empleo de bolsas de basura a modo de babero”.*

Al informe se unen diversos partes acreditativos de visitas realizadas por la Policía Local a la residencia, en las que se pudieron constatar alguna de las circunstancias que en aquél se indican.

- b) Informe de la responsable del Servicio de Consumo del Ayuntamiento de Calasparra, obrante al folio 132, del siguiente tenor:

*“Que en este Servicio de Consumo se han presentado bastantes personas, familiares directos de algunos residentes que habitan en la ‘Residencia de Ancianos Virgen de la Esperanza’, durante los años 2007, 2008, 2009 y 2010, para plantear sus quejas y denuncias y para solicitar información de los derechos que les asisten a sus familiares dentro de la Residencia y la Normativa de Régimen Interno aplicada.*

*La quejas y denuncias que han presentado ha sido mayoritariamente, por falta de personal, auxiliares de enfermería durante el día y la noche muy escasos, medico una vez a la semana, por mal funcionamiento de los aparatos de aire acondicionado y calefacción, diferencia de trato de unos residentes a otros en función de la aportación económica que depositan, pérdida de ropa de los residentes, falta de aseo personal, alimentación deficiente y no equilibrada, sin tener en cuenta las enfermedades del residente, menú único y poco variado, etc. Todas las denuncias recibidas se han remitido a la Dirección General de Personas Mayores (IMAS) y a la propia Residencia 3ª Edad Virgen de la Esperanza, y las quejas verbales se ha intentado mediar telefónicamente y por escrito, con la propia Residencia. Adjunto expedientes de denuncias”.*

A este informe se unen las copias de las denuncias, así como de los escritos de remisión a la Dirección de Personas Mayores del IMAS.

c) Certificado emitido por el Secretario de la Corporación Local, en el que se hace constar la visita girada a la Residencia para hacer entrega de la siguiente documentación firmada por algunos de los trabajadores de dicho centro:

- Solicitud de abono del salario correspondiente al mes de junio de 2010.
- Que se cumplan las ratios de personal según la normativa autonómica.
- Que se facilite uniforme y calzado para el trabajo.
- Recibo de Salarios según convenio.
- Recibir un adelanto del 100% del salario.
- Cubrir vacantes por descanso, libre disposición e incapacidad temporal.
- Licencias (4 días de libre disposición por trimestre).
- Percibir los atrasos del convenio de 2006.
- Facilitar el material suficiente para aseo del residente, menaje y lencería.

d) Informe sobre la inspección a la residencia llevada a cabo por tres técnicos municipales, acompañados de la Concejala de Servicios Sociales, que obra al folio 271 y siguientes, en el que se

hace constar una serie de deficiencias observadas en la fachada y entrada principal, en el patio, en el sótano, en las tres plantas, así como en la terraza. Al informe se une un reportaje fotográfico.

e) Requerimientos efectuados por el Alcalde a la mercantil contratista concediéndole un plazo para subsanar los defectos detectados (folios 318 y siguientes), así como contestación de la empresa y remisión de alguno de los documentos solicitados (folios 343 y siguientes).

**CUARTO.-** En sesión celebrada el 18 de noviembre de 2010 el Pleno del Ayuntamiento, a la vista de informes técnicos, denuncias y escritos que evidencian, a su juicio, incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones, acordó el inicio del expediente de resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato, que concreta del siguiente modo:

a) Deficiencias en la prestación del servicio puestas de manifiesto por quejas de familiares de residentes, así como por escrito presentado el día 1 de septiembre de 2010, por los propios trabajadores, mediante el que denuncian el recorte de productos para el aseo de los residentes y el mal funcionamiento del aire acondicionado y de la calefacción.

b) Falta de pago de las nóminas de los trabajadores que prestan servicio en la Residencia, que manifiestan, en el escrito que se indica anteriormente, que desde el mes de mayo de 2010 no reciben la liquidación mensual en su fecha correspondiente y que a primero de septiembre aún no se les ha abonado las liquidaciones de los meses de julio y agosto, ni los atrasos correspondientes al año 2006 en relación con parte de los trabajadores.

c) No ejecución de las obras y mejoras contenidas en la oferta que sirvió de base para la adjudicación del contrato y que se encuentran contenidas expresamente en él.

**QUINTO.-** Con posterioridad a la concesión del trámite de audiencia se incorporan al expediente una serie de documentos (los que figuran a los folios 547 y siguientes), que vienen a incidir sobre los extremos ya puestos de manifiesto con anterioridad. No obstante, cabe destacar entre ellos los siguientes:

a) Un oficio del Alcalde del Ayuntamiento de Calasparra dirigido a la Directora General del IMAS, mediante el que se le notifica la utilización por parte de la Residencia de radiadores portátiles, lo que considera no se adecua a la normativa aplicable y supone, además, un grave riesgo para los residentes

b) Informe emitido por el Ingeniero Técnico Municipal sobre la climatización en la Residencia, en el que se señala lo siguiente:

*“Se comprueba según consta en los archivos Municipales, los documentos acreditativos del perfecto funcionamiento de las instalaciones de climatización a la entrega de la misma, a la actual empresa concesionaria de la Residencia.*

*Tales documentos son:*

*Final de Obra de las instalaciones de climatización, firmado y visado por Técnico competente y visado por Colegio Oficial correspondiente.*

*Certificado de la empresa instaladora que llevó a cabo las instalaciones, siguiendo el Proyecto del Técnico anteriormente referenciado.*

*Puesta en Marcha o Inspección de las referidas instalaciones por la Dirección General de industria Energía y Minas.*

*Visita de inspección realizada por el Técnico que suscribe, con personal perteneciente a la empresa actualmente concesionaria, de comprobación de funcionamiento de las instalaciones existentes en la Residencia.*

*Asimismo, se constata, que aunque la empresa concesionaria ha debido pasar anualmente un informe de estado de las instalaciones, además de la copia de los contratos de mantenimiento que obligatoriamente ha de suscribir con empresas mantenedoras de las distintas instalaciones de la residencia, nunca o rara vez ha hecho este informe o a (sic) presentado la copia de los mencionados contratos de mantenimiento.*

*Es evidente, que la continuada falta de mantenimiento de las instalaciones de la residencia, concretamente de la instalación de climatización, ha derivado en que la avería existente en la actualidad en una de las máquinas de la instalación, sea de difícil y costosa reparación en el momento actual”.*

**SEXTO.-** Mediante escrito que tiene entrada en el registro del Ayuntamiento con fecha 9 de diciembre de 2011, la mercantil formula alegaciones que pueden resumirse así:

1º. Sobre los supuestos incumplimientos laborales en relación con los trabajadores de la empresa, indica que las imputaciones sólo se basan en un escrito de los trabajadores cuyo contenido no ha sido demostrado en ningún momento. Niega las imputaciones y afirma que la empresa ha cumplido todas sus obligaciones laborales.

2º. Sobre el incumplimiento de las mejoras ofertadas, las cuales se recogen en el contrato, las analiza una a una, admitiendo que algunas no se han llevado a cabo por propia indicación del Ayuntamiento, como la sala de hidroterapia; que otras no se han ejecutado por imposibilidad técnica de hacerlo, como el ascensor; y, por último, indica las que sí se han realizado, como el almacén.

3º. Sobre las supuestas reclamaciones a la oficina del consumidor, alega que el no haber culminado ninguna de ellas en la instrucción de un expediente sancionador evidencia que se trata de simples quejas, como las que cualquier servicio público recibe, dándose, además, el caso de que la mayoría de ellas hacen referencia al mal funcionamiento del aparato de climatización del centro, circunstancia que considera que resulta imputable al Ayuntamiento porque las deficiencias derivan de la mala instalación que se hizo al construir el edificio.

Finaliza manifestando que se está prestando una correcta asistencia a los residentes y que, por tanto, no existe causa de resolución del contrato, por lo que solicita el sobreseimiento del expediente o, en su defecto, que se reciba el procedimiento a prueba, con el fin de practicar las que a su derecho convenga.

**SÉPTIMO.-** Mediante resolución de la Alcaldía de 28 de diciembre de 2010 se accede a la petición del contratista, acordando la apertura del período de prueba por un plazo de 10 días para que pueda proponer la que estime conveniente.

La mercantil, mediante escrito presentado el día 10 de enero de 2011, solicita la práctica de las pruebas que se recogen a los folios 590, 591 y 592 del expediente, las cuales se admiten por el Ayuntamiento con excepción de las que a continuación se indican, por los motivos que también se señalan:

1. Certificación del Secretario en relación con el contrato suscrito entre el Ayuntamiento y la -- para la prestación del servicio de rehabilitación, con indicación de la minoración sufrida en la superficie del sótano de la residencia gestionada por el contratista, cuya práctica se deniega por considerar que se trata de una relación contractual ajena a la que ahora se pretende resolver.

2. Certificación del Secretario o Interventor delegado del Patronato sobre las cantidades retenidas por dicho Patronato a la mercantil "--" por orden judicial, indicando si ésta venía referida a créditos que tuviese el citado Patronato a favor de -- o, en su caso, certifique a quien se dirigió el Juzgado para retener dichos pagos. No se admite la prueba al considerar que los hechos sobre los que versa no guardan relación con el expediente de resolución que ahora se sustancia.

3. Que se libre oficio a la Consejería de Sanidad y Consumo para que informe sobre las sanciones que hubiera podido imponer a la mercantil --, por denuncias en materia de consumo y sanidad de la residencia o, en su caso, la inexistencia de las mismas. Tampoco se admite al estimar el Ayuntamiento que de haberse producido aquéllas la Corporación Local habría tenido conocimiento, pues, a pesar de tener el servicio contratado, ella sigue siendo su titular, por lo que se asume que no han existido sanciones.

La inadmisión de estas pruebas se notificó al contratista, que se aquietó ante la decisión municipal.

**OCTAVO.-** El Pleno de la Corporación Local, en su sesión del día 1 de febrero de 2011, a la vista de la complejidad de la prueba propuesta que ha de ser examinada e informada por los servicios técnicos municipales, acuerda, con amparo en lo previsto en el artículo 49.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ampliar el plazo para resolver y notificar el expediente en un mes y medio.

**NOVENO.-** Se incorpora al expediente un informe jurídico de una consultora privada en el que, tras analizar los antecedentes, realiza las siguientes consideraciones jurídicas sobre las alegaciones del contratista y las pruebas practicadas:

1º. Respecto del incumplimiento de las obligaciones laborales de la empresa contratista.

Del fichero de pagos aportado por la mercantil queda acreditado que las nóminas no se abonan dentro de los primeros cinco días del mes, sino diez días después. En cuanto al supuesto acuerdo de mediación con los trabajadores, se trata en realidad de un acuerdo puntual mediante el que la empresa se compromete a abonar las cantidades que adeudaba y ante ello los trabajadores desconvocan la huelga que tenían anunciada.

Se señala, asimismo, que las funciones de consulta, control y seguimiento de los asuntos de interés relacionados con el servicio contratado, se encomiendan, según la cláusula 17 del contrato,

al Consejo Consultivo de la Residencia, órgano ante el que, durante la vigencia del contrato, se han llevado en múltiples ocasiones las quejas de los trabajadores sobre retrasos en el pago de las nóminas, no cobertura de bajas y falta de suministros para atender a los residentes. Circunstancias que han vuelto a reiterarse mediante escrito fechado el 28 de enero de 2011, lo que evidencia que no se trata de un incumplimiento puntual y aislado, sino una inobservancia reiterada de una obligación esencial del contratista.

### 2º. Respecto del incumplimiento del contrato en la ejecución de las mejoras ofertadas.

En relación con las mejoras no realizadas con consentimiento del Ayuntamiento, se señala que ello no supone que el contratista quede relevado de su obligación de ejecutar otras en sustitución. *“Precisamente en este sentido, en sesión celebrada el 13 de mayo de 2008 por el Consejo consultivo de la Residencia de ancianos, el Alcalde-Presidente ya comunicó a la empresa que se estudiasen y presentasen otras mejoras en sustitución de las mejoras relativas a la sala de hidroterapia y la morgue, sin que hasta la fecha se hayan presentado o realizado otras alternativas”.*

Por otro lado, hace referencia a otro tipo de mejoras que no se han realizado, sin que la empresa haya formulado ninguna alegación al respecto, de donde se deduce que acepta su imputación. Esas mejoras consisten en la apertura de una cafetería para no residentes; dos salones, uno para asistidos y otro para válidos; y acondicionamiento de la calle salón en la parte trasera de la residencia.

### 3º. Respecto de las reclamaciones en la Oficina del Consumidor.

En relación con estas quejas las alegaciones de la mercantil se centran en dos aspectos: uno, que datan del año 2008 sin que se haya abierto expediente sancionador alguno y, otro, que la mayoría se refieren al funcionamiento del aire acondicionado cuyas deficiencias imputa al Ayuntamiento.

Según el informe la *“empresa como encargada de la gestión del servicio también lo es de la gestión del centro y, por tanto, está obligada a mantenerlo en perfectas condiciones de uso, siendo a su costa cuantas reparaciones sea preciso realizar al respecto. Téngase en cuenta que el contrato fue suscrito con fecha 23 de febrero de 2004, momento en el que el Ayuntamiento entrega la residencia en perfectas condiciones de uso a la empresa contratista, no habiéndose producido estos fallos en las instalaciones hasta 2008”.*

Respecto de las demás quejas vertidas por los familiares de los residentes, la mercantil no formula alegación alguna, por lo que deduce que las acepta.

Concluye el informe proponiendo la adopción de los siguientes acuerdos:

a) Desestimar las alegaciones del contratista.

b) Resolver el contrato con incautación de la garantía, sin perjuicio de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios producidos.

**DÉCIMO.-** El día 9 de de marzo de 2011 el Pleno de la Corporación, considerando que las alegaciones formuladas por la empresa contratista y la práctica de la prueba propuesta no desvirtuaban los incumplimientos que se le imputaban, adoptó los siguientes acuerdos:

*“Primero.- Desestimar las alegaciones formuladas por la mercantil “--” frente al acuerdo de Pleno de 18 de noviembre de 2010, por el que se acuerda incoar expediente de resolución del contrato de gestión del servicio público geriátrico y centro de día ‘Residencia de Ancianos Virgen de la Esperanza’.*

*Segundo.- Proponer la resolución del contrato suscrito, de fecha 16 de febrero de 2004, de gestión del servicio público geriátrico y centro de día ‘Residencia de Ancianos Virgen de la Esperanza’.*

*Tercero.- Incautar la garantía definitiva depositada por el contratista en el Ayuntamiento por importe de 4.320 euros, sin menoscabo de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios producidos como consecuencia del incumplimiento por el contratista de sus obligaciones contractuales.*

*Cuarto.- Dar traslado al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al haberse formulado oposición por parte del contratista, con el fin de que por dicho Órgano Consultivo, con carácter urgente, se emita dictamen y, a la vista del mismo, se resuelva lo que proceda.*

*Quinto.- Notificar la presente resolución al contratista, haciéndole saber que contra dicho acuerdo no cabe formular alegaciones.*

*Sexto.- Dar cuenta del acuerdo a Intervención y Tesorería, a los efectos pertinentes”.*

No consta acreditado en el expediente la notificación de este Acuerdo a la empresa contratista.

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 11 de marzo de 2011 tiene entrada en el Consejo Jurídico escrito del Alcalde-Presidente de la Corporación por el que solicita la emisión del preceptivo Dictamen de este Órgano Consultivo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en la resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con lo dispuesto en el artículo 195.3, a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

#### **SEGUNDA.- Competencia y régimen jurídico aplicable.**

##### I. Competencia.

Adjudicado el contrato que nos ocupa por el Pleno del Ayuntamiento (conforme a la atribución competencial que en esta materia efectuaba el artículo 22.2,m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, hoy recogida en los apartados 1 y 2 de la Disposición Adicional segunda LCSP), la resolución de aquél corresponde también al Pleno (artículo 207.1 LCSP y 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en lo sucesivo RCAP). La propuesta de resolución de contrato sometida a Dictamen de este Órgano Consultivo, adoptada por el Pleno de la Corporación Local, se ajusta a las normas competenciales citadas.

##### II. Régimen jurídico.

Como quiera que el contrato al que afecta el expediente de resolución fue adjudicado el 30 de octubre de 2003, su régimen jurídico queda conformado por las disposiciones contenidas en el

Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP) y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP).

Por otra parte, deben tenerse en cuenta las estipulaciones contenidas en el PCAP, que incluye los pactos y condiciones definidoras de los derechos y de las obligaciones que asumen las partes en el contrato, constituyendo por ello la ley del mismo y vinculando por igual a la Administración y al contratista, en cuanto no se opongan a lo dispuesto en la normativa mencionada.

En cambio, y de acuerdo con reiterada doctrina del Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 1767/2005, 2315/2004, 2314/2004, 2382/2003, 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 527/2000 y 3437/99), la determinación de la Ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato y a la competencia del órgano que debe acordarla se rige por criterios diferentes, distinguiendo a efectos de régimen transitorio entre aspectos materiales y procedimentales y aplicando a estos últimos la norma bajo cuya vigencia se inicia el procedimiento en cuestión. En particular, este procedimiento de resolución del contrato se incoó el 18 de noviembre de 2010, y por consiguiente está sometido en sus aspectos procedimentales y de competencia tanto a la LCSP como al vigente RCAP, en lo que no se oponga a la citada Ley.

El anterior sistema de fuentes nos sitúa en el ámbito normativo dentro del cual debe analizarse la procedencia o no de la resolución del contrato. Y dentro de ese marco se aprecia como premisa fundamental que, en cuanto el contrato a que se refiere la consulta tiene por objeto la gestión de un servicio público, la posición de las partes contratantes y el contenido de derechos y obligaciones correspondientes a cada una de ellas presentan especiales características, justificadas por la satisfacción de una necesidad de interés público subyacente en el contrato. Son, precisamente, la protección e inalterabilidad de ese fin de interés público las que explican las modulaciones del régimen de estos contratos respecto de las reglas comunes de la contratación en general, justificando en el seno de una relación bilateral la existencia de importantes potestades administrativas unilaterales de dirección y policía así como las prerrogativas administrativas para decidir por sí misma la resolución del contrato, del *ius interpretationis* y de la *potestas variandi* sobre el objeto del contrato, poderes que se integran en el llamado privilegio de la decisión ejecutoria, cuyo efecto para el contratista no es otro que la sujeción a dicha potestad y el correlativo desplazamiento de la carga impugnatoria frente a los acuerdos administrativos dictados en ejercicio de aquélla (artículo 59 TRLCAP y artículo 194 LCSP).

**TERCERA.- Cuestiones procedimentales.**

I. Sobre el procedimiento seguido con antelación a la adopción del Acuerdo del Pleno por el que se propone la resolución contractual.

El Consejo Jurídico entiende que el procedimiento administrativo de resolución contractual no se ha verificado con todas las exigencias legales, pues no se ha observado correctamente el trámite de audiencia al contratista. En efecto, el artículo 84 LPAC, dispone que dicho trámite ha de evacuarse instruidos los procedimientos e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución. La finalidad de esta disposición es, precisamente, evitar la indefensión del interesado, ofreciéndole la totalidad del expediente para que pueda examinarlo y alegar lo que a su derecho convenga. Por ello, cuando con posterioridad al trámite de audiencia se incorporen nuevos elementos con trascendencia fáctica que puedan ser relevantes para la resolución que se dicte, se ha de reiterar la audiencia al interesado. No se ha hecho así en el caso remitido en consulta, pues tras la audiencia se ha incorporado una serie de documentos entre los que figura, al folio 559, un informe técnico que hace referencia al perfecto funcionamiento de las instalaciones de climatización en la fecha de entrega de la Residencia a la empresa concesionaria, circunstancia que se negaba por el contratista en su escrito de alegaciones y sobre la que basaba parte de su defensa ante las imputaciones del órgano de contratación en este concreto aspecto. Una correcta aplicación del precepto antes citado hubiese llevado a dar audiencia al contratista de la nueva documentación incorporada y, en particular, del informe al que se hace referencia.

Por otro lado, se constata que la empresa contratista en su escrito de alegaciones solicita que se le emplace como interesada ante este Consejo Jurídico, al objeto de alegar en defensa de su tesis. Manifestada, pues, la voluntad de la mercantil de hacer uso del derecho que le asiste de ser oído ante este Órgano Consultivo (artículo 48 del Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril), el Ayuntamiento, con el fin de facilitar la efectividad de dicho derecho, debería haberle advertido que tal solicitud ha de deducirse directamente ante el Consejo Jurídico.

II. Sobre el procedimiento de resolución contractual.

El artículo 207 LCSP establece que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de la Ley se establezca. Al no haberse dictado dichas normas el *iter* procedimental a seguir será, con observancia de las reglas establecidas en el artículo 195 LCSP, el

previsto en el artículo 109 RGCAP que sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales.
- b) Audiencia del avalista o asegurador, si se propone la incautación de la fianza.
- c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los supuestos de resolución por falta de constitución de la garantía definitiva y por demora en la ejecución del contrato.
- d) Dictamen del Consejo de Estado u Órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Consta el acuerdo sobre la notificación a la mercantil y al avalista, - letras a) y b)- aunque dicha circunstancia no se encuentra documentada. Atendida la causa de resolución esgrimida en la propuesta sometida a consulta (incumplimiento de condiciones esenciales del contrato), resulta preceptivo el informe del Servicio Jurídico al que hace referencia el apartado c). En el supuesto que nos ocupa dicho informe ha sido emitido por una consultora privada, sin que conste el correspondiente visado del Secretario del Ayuntamiento o del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación, a los que corresponde la emisión de dicho informe a tenor de lo establecido en el apartado 8 de la Disposición Adicional Segunda de la LCSP, sobre normas específicas de contratación en las Entidades Locales. Por otra parte, la emisión del presente Dictamen persigue hacer efectivo el requisito de la letra d).

### III. Sobre la ampliación del plazo para resolver y notificar el expediente.

Como se ha recogido en los Antecedentes del presente Dictamen, el Pleno, mediante Acuerdo adoptado el 1 de febrero de 2011, procedió a ampliar el plazo para resolver y notificar el expediente de resolución contractual, basándose para ello en lo dispuesto en el artículo 49 LPAC, cuyo apartado 1 prevé que *“la Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero”*.

La LPAC trata de la ampliación de los plazos en dos sitios distintos: artículo 42 y artículo 49; y aunque ambos preceptos se refieran a prórroga de plazos, se trata de cuestiones distintas, pues en el 42.6 lo que se alarga es el tiempo total de duración del procedimiento, mientras en el 49.1 lo que se amplía es el plazo de un trámite determinado.

Según lo anterior resulta evidente que la ampliación que llevó a cabo el Ayuntamiento debió basarse en el artículo 42.6, cuyo tenor literal dispone lo siguiente:

*“Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo.*

*Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.*

*De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.*

*Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno”.*

En orden a los efectos de la ampliación adoptada, este Consejo se remite a la doctrina sentada en el Dictamen 151/2010, que abordó la pertinencia de acudir, en sede de un procedimiento contractual, a las previsiones contenidas en la LPAC en relación con el procedimiento administrativo común.

En el citado Dictamen se expone que:

*“Los plazos se establecen para ser cumplidos y esta regla resulta válida tanto para los interesados como para la Administración, de ahí que la LPAC configure un ejercicio excepcional de esta potestad que se justifica en la propia inalterabilidad de los plazos, cuyo fundamento último se encuentra en el principio de seguridad jurídica, cuyo sentido se ve reforzado si se trata de la ampliación del plazo de duración total del procedimiento. Ello explica que sólo se permita la ampliación cuando exista una imposibilidad material de resolver y notificar los procedimientos motivada por el elevado número de solicitudes formuladas o de personas afectadas, circunstancias que no concurren en el supuesto que nos ocupa.*

*Partiendo de que estos son los dos únicos casos contemplados por el legislador, la Administración no puede decidir de forma unilateral la ampliación de los plazos ante la concurrencia*

*de cualquiera de estos supuestos, es preciso, con carácter previo, haber agotado todos los medios personales y materiales disponibles y aun así esa ampliación no resultaría idónea en el seno de procedimientos sancionadores o en los que se ejercen potestades exorbitantes susceptibles de producir efectos gravosos para los interesados (categoría esta última en la que encaja el procedimiento de resolución contractual). En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 25 de enero de 2002 al afirmar que ‘la excepcional medida de ampliación del plazo máximo de resolución sólo está legalmente contemplada para procedimientos iniciados a instancia de parte o susceptibles de producir efectos favorables a los interesados y siempre que en ellos exista un gran número de solicitudes o resulte afectado un elevado número de personas. Por el contrario, en los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejerce potestades sancionadoras o susceptibles, en general, de producir efectos desfavorables o de gravamen, la norma específica del artículo 44 de la Ley 30/92, no sólo no contempla la posibilidad de aquella excepcional medida ampliatoria, sino que terminantemente ordena la caducidad y el archivo del expediente para el supuesto de haber vencido el plazo máximo establecido sin haberse dictado y notificado la resolución expresa procedente. Y no debe perderse de vista que la ampliación de oficio de los plazos legalmente establecidos, que autoriza con carácter general el artículo 49 de la propia Ley 30/92, tiene siempre como límite el que con tal medida no se perjudiquen derechos de tercero. Precepto que lleva a igual conclusión de que en los procedimientos sancionadores o susceptibles de efectos desfavorables o de gravamen no está autorizada la ampliación del plazo legal máximo de resolución’.*

*En definitiva, el presupuesto legal de referencia, dado su carácter de excepción obliga a interpretarlo en sentido estricto, no siendo susceptible de extensión analógica a casos no contemplados en la norma, pues como ha expresado el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de febrero de 1992 en la aplicación de excepciones no es lícito interpretaciones extensivas o analógicas (doctrina ínsita en el artículo 4.2 del Código civil), y excepcional es el supuesto de ampliación del plazo máximo de resolución de los procedimientos administrativos, como así lo llama la norma que lo autoriza; razón por lo que sólo cabrá esta medida, y en su caso, para los concretos presupuestos que la propia norma señala.*

*El TS ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de concretos expedientes en los que se había ampliado el plazo para resolver y notificar al amparo de lo dispuesto en el artículo 42.6. Así, en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 10 de julio de 2008, se afirma que la ampliación de plazo que se llevó a cabo en el expediente objeto del litigio resultaba justificada atendiendo ‘a la necesidad de contrastar una muy abundante información relativa a múltiples líneas telefónicas (‘correspondientes a más de cien denunciante’) y a la evidente complejidad del expediente. Y es que tanto la primera como la segunda resolución ampliatoria de los plazos están*

*sobradamente justificadas, sin que las razones para ello se deban limitar en este caso al 'número de solicitudes formuladas o del número de personas afectadas', motivos determinantes más bien de un incremento en la habilitación de medios personales y materiales para su despacho'. Asimismo, en Sentencia de la misma Sala de 18 de septiembre de 2009, al analizar el citado artículo 42.6, dice que 'la Ley prevé, en consecuencia, que ante la acumulación de un número excesivo de asuntos a resolver se habiliten los medios personales y materiales necesarios para resolver en plazo dichos asuntos. Y que, excepcionalmente, 'agotados todos los medios a disposición posibles' (...) en el caso de autos la razón para la aplicación de la ampliación del plazo está claramente determinada, el número de expedientes -cuantificándose incluso los del año, a los que había que sumar los de años anteriores todavía en tramitación-, y la necesidad de recabar informes externos, cuya mayor o menor rapidez de tramitación no depende directamente del órgano que ha de resolver. Y, en cuanto a la utilización de otros medios, es verdad que, como la Sala de instancia señala, la Orden no especifica si se pudo arbitrar o no algún otro medio extraordinario -tan sólo se afirma que "se consideran agotados todos los medios a disposición posibles"-, y solamente a posteriori se ha aducido la imposibilidad de trasladar personal a la unidad administrativa afectada. Sin embargo, tampoco la empresa solicitante de la licencia sugiere ninguna otra posibilidad de medios extraordinarios para el puntual cumplimiento del plazo ordinario para resolver. Por otra parte, debe también admitirse que si la Administración ha de hacer frente a una excesiva acumulación de expedientes de cualquier género tiene que enfocar el cumplimiento regular de los plazos de una manera global respecto a todos ellos, por encima de las incidencias de cada expediente en concreto, por lo que la ampliación del plazo se presenta como una respuesta extraordinaria razonable para el conjunto de tales expedientes".*

No existiendo una analogía clara entre los supuestos de hecho contemplados en estas sentencias (elevado número de personas afectadas -más de cien denunciante- en la primera, y excesiva acumulación de expedientes en la segunda) y las concretas circunstancias que según el Ayuntamiento concurren en el presente expediente, complejidad de la prueba propuesta que exige un minucioso análisis y posterior informe, se hace preciso valorar el riesgo jurídico de una eventual declaración judicial de caducidad lo que, a juicio de este Órgano Consultivo, aconseja plantearse, si se opta por continuar con la resolución contractual iniciada, la conveniencia de que dicha declaración se lleve a cabo en vía administrativa, iniciando un nuevo expediente, posibilidad que se ve avalada por el hecho de que no consten debidamente acreditadas en el expediente razones de urgencia para la resolución del contrato, pues el servicio, en lo esencial, se está prestando. De aceptarse esta sugerencia se ha de tener en cuenta que en aplicación del principio general de conservación de actos y trámites que consagra el artículo 66 LPAC, no será necesario que el nuevo expediente que se incoe con dicho objeto sea tramitado íntegramente, sino que se podrán dar por reproducidos todos los informes y propuestas de resolución ya emitidos con anterioridad, debiendo

practicarse, respecto del acuerdo del inicio del nuevo expediente, el trámite de audiencia al contratista y al avalista.

#### **CUARTA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. Entrando en el análisis del fondo del asunto, la Administración consultante fundamenta la pretensión de resolución del contrato en el incumplimiento de las obligaciones esenciales de éste por parte del contratista, con apoyo en el artículo 111, g) TRLCAP, conforme al cual es causa de resolución de los contratos administrativos el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.

Con carácter previo al análisis de todas y cada uno de los incumplimientos que la Corporación Local imputa a la mercantil, cabe recordar la doctrina de este Órgano Consultivo, tributaria de la del Consejo de Estado, en la que se afirma que en los supuestos de resolución contractual el interés público que ha de presidir la decisión administrativa exige que tal medida sea proporcionada al grado de incumplimiento detectado. El Consejo de Estado ha venido manifestando que *“la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo a los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aun mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida”* (entre otros Dictámenes de 1 de marzo de 1979, de 3 de noviembre de 2005 y de 11 de octubre de 2007).

En este mismo sentido el Consejo Jurídico, en su Dictamen 151/2010, entre muchos otros, ha afirmado que no es admisible que cualquier incumplimiento del contratista pueda ser considerado suficiente para que la Administración resuelva, por tal causa, el vínculo contractual de que se trate; habrá de estarse a las circunstancias del caso concreto para ponderar el carácter principal o accesorio de las obligaciones incumplidas por el contratista y el alcance obstativo o no de tales incumplimientos en relación con el objeto y fines del contrato. Y todo ello con respeto al principio de buena fe contractual y la necesidad de que el ejercicio de la potestad resolutoria guarde la debida proporcionalidad entre la tutela del interés público y los derechos de los particulares.

Resulta, pues, que salvo los supuestos en los que la resolución se impone *ex lege* a la Administración, la regla general es que no todo incumplimiento del contrato por parte del contratista puede servir de fundamento a su resolución. Se debe determinar cuáles son las notas que caracterizan los que podríamos calificar como incumplimientos con posible efecto o alcance

resolutorio, esto es, los que facultan a la Administración para romper el contrato si, ponderadas todas las circunstancias concurrentes en el caso, llega a la convicción de que ésta es la solución más satisfactoria para el interés general.

II. En el supuesto que nos ocupa la Administración se basa para proponer la resolución contractual en que la mercantil ha cometido múltiples incumplimientos de sus obligaciones contractuales, que concreta en tres apartados:

1.º Deficiencias en la prestación del servicio puestas de manifiesto tanto por familiares de residentes como por trabajadores de la residencia, haciendo especial hincapié en el mal funcionamiento del aire acondicionado y de la calefacción.

Las denuncias a las que se refiere el Ayuntamiento se encuentran documentadas en el expediente y se concretan en los siguiente hechos: falta de personal de enfermería; pérdida de ropa de los residentes; alimentación deficiente y no equilibrada; diferente trato a los residentes en función de su aportación económica; y mal funcionamiento de la calefacción y el aire acondicionado.

Ahora bien, también consta acreditado en el expediente que todas y cada una de las denuncias que se recibieron en la Oficina Municipal de información al Consumidor, fueron remitidas a la Administración sectorial competente en materia de servicios sociales, a la que, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 131/2005 de 25 de noviembre, por el que se regula el procedimiento sancionador de las infracciones en materia de servicios sociales, en relación con el artículo 3 de la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia, le corresponde las facultades de inspección y sanción de las actividades desplegadas por la totalidad de entidades, incluidas las de carácter privado, que presten servicios sociales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y tan sólo una de las irregularidades denunciadas fue objeto de investigación, en concreto la relativa al mal funcionamiento del climatizador de la residencia, sin que el resultado de la inspección efectuada diese lugar a incoación de expediente sancionador o, al menos, tal circunstancia no consta acreditada en el expediente. Es más, lo que sí aparece es la copia del acta levantada con ocasión de la visita realizada por los inspectores (folios 593 y siguientes), en la que se concluye que, aún constatadas deficiencias en el funcionamiento de las torres, la climatización en las dependencias comunes es adecuada (25 grados y ambiente confortable). Asimismo, se evidencia que no existe por parte de la empresa una actitud de pasividad negligente, pues se recoge la actividad desplegada en orden a solucionar este problema hasta el punto de haber presentado al Ayuntamiento un presupuesto para la instalación de la calefacción.

2.º Falta de pago de las nóminas de los trabajadores que prestan el Servicio contratado que declaran, mediante escrito presentado por 30 trabajadores, en fecha 1 de septiembre de 2010 en el Ayuntamiento, que desde mayo de ese año no reciben la liquidación mensual en su fecha correspondiente y que a dicha fecha se les adeuda la liquidación de los meses de julio y agosto de 2010, así como el impago de atrasos correspondientes al año 2006 a parte de los trabajadores.

La demora en el pago de los salarios de sus trabajadores se admite por parte de la empresa, aunque, con la salvedad hecha de los meses de julio y agosto de 2010, aquella sólo consistió en unos pocos días, y aunque ello supone, sin lugar a dudas, un incumplimiento del Convenio Colectivo que establece que dicho pago ha de realizarse en los primeros cinco días de cada mes, no se puede mantener, sin otras pruebas adicionales de menoscabo del servicio asistencial prestado por la contratista, que dichos incumplimientos puntuales hayan influido negativamente sobre la prestación principal del contrato. Por otro lado, aunque es cierto que el contratista no puede condicionar el cumplimiento del contrato a la percepción de las ayudas procedentes del IMAS, pues la ejecución del contrato lo es a su riesgo y ventura (art. 98 TRLCAP), tampoco puede obviarse tal circunstancia a la hora de modular la gravedad de la infracción cometida, que si bien no puede considerarse como leve (por su reiteración), carece, a juicio de este Órgano Consultivo, de la entidad suficiente para resolver el contrato si no se ha demostrado, con supuestos claros y concretos, su repercusión sobre la prestación esencial del contrato, sin que baste con la invocación genérica de tal hipótesis.

3º. No ejecución de las obras y mejoras contenidas en la oferta que sirvió de base para la adjudicación del contrato y que se encuentran contenidas expresamente en el mismo.

De los incumplimientos imputados a la empresa contratista éste constituye, en principio, el de más gravedad, pues las mejoras ofertadas por los licitadores constituyeron en su momento un elemento decisivo en la elección de la empresa adjudicataria (el 36% de la máxima puntuación que se podía obtener). Una eventual dejación culpable de las obligaciones impuestas al contratista por su propia oferta supondría una vulneración del contenido del contrato, a cuyo clausulado se incorporaron, pero también transgrediría los principios inspiradores del procedimiento de adjudicación que obligan a hacerlo a favor del licitador que presente la oferta más ventajosa y que, en el caso que nos ocupa, resultaba ser la mercantil "--", debido a la superioridad técnica del proyecto que presentó, pero, si en última instancia, las obligaciones asumidas no se cumplen se habrían defraudado las legítimas expectativas del resto de licitadores.

III. Procede ahora analizar los supuestos de incumplimiento que se imputan al contratista, ponderando, como afirma reiteradamente el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 20 de septiembre de 1983, el grado de infracción por éste de las condiciones estipuladas y su intención dolosa o meramente culposa o negligente. Se atribuye a la mercantil no haber cumplido las mejoras ofertadas y al hacerlo no se concretan cuáles, por lo que hay que estimar que se refiere a la totalidad de ellas, que vienen recogidas en la cláusula 21 del contrato, agrupándolas en cuatro apartados:

A) Mejoras en rehabilitación, alimentación y aseo.

En lo que se refiere a la construcción de un gimnasio para rehabilitación y una sala de hidroterapia, mejoras que merecen la consideración de esenciales en orden a obtener una más óptima prestación de la obligación principal, atención a los residentes, aparece documentado en el expediente (folio 767) que las mismas no resultan necesarias por haber sido asumidas por otra empresa con la que el Ayuntamiento contrató dichos servicios.

La oferta de un menú variado y el aseo integral para todos los residentes, sólo ha sido cuestionada por algunos familiares en las denuncias a las que antes se hacía referencia, pero en ningún caso han dado lugar a la incoación de expediente sancionador, aunque el contenido de las mismas se remitió a la Administración autonómica competente para ello. Se ha de entender que el Ayuntamiento, a quien corresponde su prueba, no ha acreditado indubitadamente el incumplimiento que atribuye al contratista en este sentido.

Sí que parece que se haya incumplido la mejora consistente en la apertura de la cafetería y restaurante para no residentes, previa obtención de los permisos y licencias establecidos en la legislación vigente, pero nada prueba el Ayuntamiento sobre la repercusión que este incumplimiento pueda tener sobre la prestación esencial del contrato, es decir, la atención a los residentes, sin que tampoco conste en ningún documento de los incorporados al expediente que se haya instado al contratista a dicha apertura o, en el supuesto de que no se considerase necesaria, su sustitución por otra mejora.

B) Mejora de las instalaciones.

De estas mejoras coinciden ambas partes en que no se han ejecutado las correspondientes a la construcción de una morgue, de una nueva residencia y la instalación de un ascensor camillero. En lo que se refiere a la primera obra, es decir, la morgue, en el acta correspondiente a la sesión del Consejo Consultivo de la Residencia (folio 767) el propio Alcalde indica que ya no

resulta necesaria por existir en el pueblo un tanatorio. En lo que respecta a la nueva residencia el contratista aduce que la Corporación Local no ha puesto a su disposición los terrenos para ello, en tanto que el Ayuntamiento aduce al respecto que la mercantil no ha aportado prueba alguna de dicha omisión. Finalmente, en relación con la imposibilidad de instalar el ascensor camillero no se ha acreditado documentalmente tal dificultad, si bien es cierto que al folio 770, en el acta de la reunión del citado Consejo Consultivo celebrada el 28 de octubre de 2008, se recoge la manifestación del Director Gerente de la contratista sobre la existencia de ese problema.

Tampoco aquí observa el Consejo Jurídico un incumplimiento tal que afecte a la prestación esencial del objeto del contrato, salvo está en lo que respecta a la construcción de la nueva residencia que, a la fecha de inicio de la resolución del expediente, debería estar ya finalizada y en funcionamiento, pero no cabe, como pretende la Corporación Local, hacer recaer la sobre la mercantil la prueba negativa (*probatio diabólica*) sobre la no puesta a su disposición de los terrenos para ello, cuando tan fácil sería para el Ayuntamiento demostrar que sí lo había hecho.

#### C) Mejoras y anexos a los servicios a prestar.

De estas mejoras se resalta por el Ayuntamiento la no instalación del solarium (sin embargo, su no construcción fue aceptada por el Consejo Consultivo -folio 767-); y el acondicionamiento de la calle salón en la parte trasera de la residencia (ante lo que el contratista guarda silencio y la Administración omite la trascendencia del incumplimiento).

#### D) Otras mejoras

Aquí se destaca la obligación de construir una guardería que la empresa alega no haber ejecutado al no contar con espacio para ello, por haberse destinado 600 metros cuadrados del sótano a la clínica de rehabilitación contratada con otra empresa. La razón esgrimida por la mercantil fue aceptada por la Corporación Local (folio 767), aunque se acordó que la mejora se sustituyese por “ayudas a los trabajadores”, cuya materialización ni se menciona ni se acredita en el expediente.

Tampoco existe un absoluto incumplimiento del apartado relativo a la instalación de los sistemas de llamadas de emergencias y de vigilancia y control, que el contratista entiende ejecutada, “*pues se hace a través de la centralita, basta descolgar el teléfono para que suene la alarma en la habitación y se realiza el control de presencia por este medio*”; aunque la Corporación Local indica que se ha de entender no ejecutada al no haberse facilitado, como se propuso, una

pulsera a cada residente y marcos de seguridad en las puertas de salida de la residencia todo ello informatizado.

IV. Lo anterior evidencia que el contrato no se está cumpliendo con estricta sujeción a su clausulado y que entre la Administración y la mercantil existen serias divergencias sobre la trascendencia de las omisiones imputables al contratista, pero del análisis de todas y cada una de las obligaciones dejadas de cumplir, así como de las circunstancias que las rodean, el Consejo Jurídico deduce que no estamos ante un incumplimiento de tal entidad que sea capaz de frustrar el fin del contrato, al contrario, el contratista ha mostrado su disposición de cumplirlo, de donde resultaría aplicable al presente caso la doctrina jurisprudencial surgida con ocasión de la interpretación del artículo 1.124 del Código Civil, según la cual, es presupuesto preciso para llegar a la sanción resolutoria contractual la realidad de una voluntad manifiesta de incumplir, constitutiva de un hecho obstativo que impida el cumplimiento (STS de 22 de abril de 1991).

Por lo tanto, este Órgano Consultivo considera que los incumplimientos a los que hace referencia la causa de resolución alegada no pueden ser considerados como incumplimientos de las obligaciones esenciales del contratista, sino de las accesorias y complementarias, pues no impiden alcanzar el fin del contrato, la prestación asistencial a los residentes, teniendo en cuenta, además, las circunstancias que se han ido analizando pormenorizadamente en la presente Consideración.

#### **QUINTA.- Consideraciones finales.**

I. La conclusión alcanzada en la anterior Consideración no obsta para que la Administración contratante despliegue una serie de actuaciones en relación con los incumplimientos detectados en la actuación de la contratista o, incluso, sobre otros que hayan podido producirse con posterioridad a la remisión del expediente a este Órgano Consultivo, estableciendo, en el seno del Consejo Asesor de la Residencia, de un modo claro y detallado, las concretas mejoras que la empresa ha de efectuar en sustitución de las que resulten de innecesaria o imposible ejecución, llevando a cabo la modificación contractual que corresponda con los reajustes económicos que procedan, en su caso. Si la mercantil persistiese en los incumplimientos detectados u otros de otra índole, se deberían adoptar medidas correctoras tales como multas coercitivas, y de no prosperar tal medida cabe la posibilidad de iniciar un nuevo expediente de resolución contractual en el que, a la vista de las vicisitudes acaecidas y en razón al interés público que rige la contratación administrativa, que se materializa en el presente caso en la prestación del servicio residencial objeto del mismo, el órgano de contratación habrá de sopesar si resulta más conveniente al interés público la resolución

contractual con la consiguiente liquidación y determinación de los daños y perjuicios, o la continuación de la prestación con el cumplimiento de las obligaciones recíprocas por ambas partes.

II. Por otro lado, ha de advertirse que de no seguirse la opinión del Consejo Jurídico, de modo que la Administración considere que ha de procederse a la resolución del contrato, ésta habrá de acordarse y notificarse antes de que finalice el plazo para ello que, computando la ampliación efectuada (con las reservas a las que se hace referencia en el apartado III de la Consideración Tercera), expira el próximo día 2 de abril de 2011.

III. Cabe advertir, por último, que, de incoarse un nuevo procedimiento de resolución, puede adoptarse, dentro del plazo, la suspensión por el tiempo que medie entre la petición de Dictamen sobre el fondo del asunto al Consejo Jurídico, y la recepción del mismo, en los términos previstos en el artículo 42.5,c) LPAC, decisión que debe comunicarse a los interesados.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución objeto de este Dictamen, al no quedar acreditado que concurra la causa de resolución invocada, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 65-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 30/03/2011

**Extracto doctrina**

Sólo para aquellos casos en los que la información hubiera sido verbal se produce la inversión de la carga de la prueba y compete a la Administración acreditar que el paciente tuvo conocimiento del tipo de intervención que le iba a practicar y de sus posibles consecuencias.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 27 de febrero de 2009, x, presenta ante el Servicio Murciano de Salud (SMS) una reclamación patrimonial por los daños derivados de la asistencia sanitaria recibida. Según la interesada, en fecha 28 de febrero de 2008 ingresó en el Hospital General Universitario Reina Sofía (HGURS), para la práctica, el siguiente día 29, de una intervención programada de otosclerosis de oído derecho, consistente en colocarle una prótesis para la mejora de la audición. Durante la realización de la intervención observó que la boca se le iba torciendo hacia la izquierda y tras la intervención se le diagnosticó una parálisis facial periférica derecha con imposibilidad para cerrar el ojo derecho (con fenómeno de Bell), desviación de la comisura bucal hacia la izquierda, borramiento de surco nasogeniano derecho, acúfenos en oído derecho y dificultad para masticar y tragar.

Los hallazgos electromiográficos a fecha 26 de marzo de 2008 fueron sugestivos de una axonotmesis parcial severa de nervio facial derecho, en estadio agudo de evolución.

Como consecuencia de lo anterior, continua relatando la reclamante, se vio obligada a permanecer en situación de incapacidad laboral transitoria hasta el 9 de febrero de 2009, aunque fue despedida en noviembre de 2008, circunstancia que achaca a la situación que estaba viviendo. También aduce que fue tratada por el servicio de salud mental de --.

Considera la interesada que los servicios médicos integrados en el SMS han incurrido en responsabilidad patrimonial al utilizar una técnica que dañó el nervio facial, y aunque esta

circunstancia viene recogida en el consentimiento informado que firmó, ello no supone una autorización para la realización del daño que hubiese sido evitable con una adecuada técnica quirúrgica; considera, por lo tanto, que no debe soportar el daño sufrido y por ello solicita una indemnización de 200.000 euros.

**SEGUNDO.-** Por Resolución de 11 de marzo de 2009 del Director Gerente del SMS, se admite a trámite la reclamación y se designa instructor del mismo al Servicio de Régimen Jurídico del citado Ente Público, que procede a:

a) Comunicar al Director General de Asistencia Sanitaria y a la Correduría de Seguros la reclamación, al efecto de que ésta a su vez lo ponga en conocimiento de la Compañía Aseguradora del SMS.

b) Notificar a la interesada la admisión de su reclamación y la designación de instructor. Asimismo se le informa acerca del plazo máximo establecido para la resolución del procedimiento y su notificación, considerando el efecto que pudiera producir el silencio administrativo, de denegación de la solicitud planteada, todo ello en cumplimiento del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

c) Requerir al HGURS y a --, copia de las historias clínicas de la paciente e informes de los profesionales que la atendieron.

**TERCERO.-** Mediante escrito de fecha 31 de marzo de 2009 la interesada envía diversa documentación relacionada con su proceso médico, que se incorpora al expediente.

**CUARTO.-** -- remite, mediante escrito de 22 de abril de 2009, la historia clínica de la paciente y los siguientes informes médicos:

1. Del Dr. x, del siguiente tenor literal:

*"Paciente de 45a, telefonista, en IT desde 28/02/2008 hasta 9/02/2009 por otosclerosis y seguida por mi desde el inicio de su IT hasta finales de agosto 2008, momento en que la Dra. x. pasa a ser su médico de control.*

*A.P.: No alergias medicamentosas. No antecedentes de patología gastroesofágica. No toma de medicación crónica. Exfumadora*

*E.A.: Paciente que cursó IT por cirugía programada de otosclerosis de OD con prótesis en HGU Reina Sofía presentando una complicación posterior de parálisis facial derecha. Se le realizó una primera EMG a primeros de abril que se informó como proceso de axonotmesis parcial severa en estadio agudo de evolución. Dos meses después se realizó una segunda EMG del nervio facial (11/06/2008): axonotmesis parcial de grado severísimo/neurotmesis de nervio facial derecho de tipo periférico en estadio subagudo de evolución. No hay signos sugestivos de reinervación actual.*

*Desde mediados de abril siguió ejercicios de recuperación bajo la supervisión de Fisioterapeuta de esta Mutua y tratamiento con complejo B1-B6-B12 con buena evolución. No obstante dado el impacto psicológico del caso aconsejé fuese valorada por Dra x, Psiquiatra de esta Mutua, quien diagnosticó trastorno adaptativo por lo que derivé para tratamiento y apoyo con x, Psicóloga Clínica de esta Mutua, quien ha seguido a la paciente hasta diciembre de 2008.*

*Por recomendación de Dr. x, Neurofisiólogo, se le repitió el EMG unos 3 meses después (15/10/2008), que transcribo y adjunto por su interés: 'axonotmesis parcial de grado severísimo de nervio facial derecho de tipo periférico en estadio crónico de evolución en la cual se aprecia signos de reinervación activa de los músculos explorados'.*

*Según me consta y aparece en su historia, posteriormente y bajo el control de la Dra. x. fue valorada por Neurólogo, Oftalmólogo, Cardiólogo (tuvo episodio de TPSV) y Médico Rehabilitador".*

2. Del Dr. x, neurólogo, en el siguiente sentido:

*"Intervenida de otosclerosis OD (prótesis) en febrero del año actual, con resultado de parálisis facial periférica derecha y acúfenos homolaterales residuales.*

*Aporta informes de estudios electrofisiológicos sucesivos, en el último de los cuales se describe la existencia de una axonotmesis severísima/neurotmesis. Meses después de aparecer la sintomatología comenzó a notar una leve y progresiva mejoría, sobre todo en el territorio dependiente de la rama inferior (boca, mejilla), y últimamente, en la rama superior, aunque muy leve. Ha seguido un programa de rehabilitación y estimulación eléctrica en la mutua.*

*En la exploración, se aprecia una paresia severa de los músculos dependientes de la rama superior del nervio facial derecho, muy evidente en los músculos frontal y orbicular de los párpados, con lagofthalmos y ectropión OD. En cambio, se ha producido una mejoría relevante en la musculatura dependiente de la rama inferior. No hay otras anomalías en el examen neurológico.*

*JUICIO CLÍNICO: Lesión severa del tronco del nervio facial derecho, sobre todo de la rama superior, territorio en el que es de esperar que las secuelas sean más evidentes.*

*TRATAMIENTO: Recomiendo continuar fisioterapia y estimulación eléctrica otros 3 meses.*

*Valorar blefaroplastia, si persiste el ectropión".*

3. De la Dra. x, en el que se pone de manifiesto lo siguiente:

*"Mujer de 46 años, telefonista, inicia baja el 28/02/2008 por otosclerosis de oído derecho realizándose estapedectomía, y se prolonga por complicación con parálisis periférica derecha.*

*Antecedentes personales: no alergias medicamentosas, exfumadora. Inicia control presencial en esta mutua el 15/04/08, así como rehabilitación por axonotmesis parcial severa del nervio facial derecho en estadio agudo de evolución. Dos meses después se realiza un segundo EMG que informa: axonotmesis parcial de grado severísimo/neurotmesis de nervio facial derecho de tipo periférico en estadio subagudo de evolución. Paralelamente es valorada por nuestra psiquiatra, Dra. x, el 24/06/08 quien concluye trastorno adaptativo y prescribe tratamiento médico. Asimismo recibe terapia psicológica hasta diciembre de 2008 con buena evolución. En septiembre de 2008 el Dr. x, neurólogo, recomienda continuar con fisioterapia y estimulación eléctrica así como blefaroplastia mientras que el Dr. x, oftalmólogo, en noviembre-08 prescribe lágrimas artificiales y oclusión nocturna. En noviembre de 2008 presenta episodio de taquicardia supraventricular precisando ingreso por posible ángor hemodinámico que no se confirma tras estudio por S.P.S ni tras estudio por el Dr. x, cardiólogo en ésta mutua.*

*Finalmente completa RHB en esta mutua hasta mediados de enero-09 con mejoría parcial, estabilizándose el proceso en octubre-08, persistiendo cierre palpebral incompleto y asimetría con la actividad muscular de frente y boca.*

*JC: Parálisis periférica derecha".*

**QUINTO.-** Asimismo el Director Gerente del HGURS envía la historia clínica de la reclamante, entre cuyos documentos figura el consentimiento informado firmado por aquella, en el que consta, entre los riesgos excepcionales de la intervención de timpanotomía exploradora, la de *"lesión del nervio facial, que ocasionaría grave alteración estética por imposibilidad de mover ese lado de la cara".*

A la historia clínica se une informe del Dr. x, del Servicio de Otorrinolaringología, fechado el en el que se indica lo siguiente:

*"Paciente de 45 años, diagnosticada en éste servicio en 2006 de Hipoacusia de oído derecho por Otosclerosis. El 29/02/2008 se le practicó intervención quirúrgica del oído derecho (Estapedectomía) sustituyéndole el estribo por una prótesis de teflón.*

*Tras la intervención, en el postoperatorio inmediato la paciente mejora su audición y presenta una parálisis facial periférica derecha, que, aunque poco frecuente, es una de las complicaciones que van implícitas a éste tipo de intervención. La parálisis mejora levemente en las primeras 48 horas. Cuando se le da el alta se le prescribe el correspondiente tratamiento para la parálisis facial (corticoterapia, lágrimas artificiales y pomada ocular epitelizante).*

*En las revisiones en Consultas Externas del 18/03/2008 y del 14/04/2008 se aprecia una leve mejoría de la parálisis. Se le realiza Electromiografía del nervio facial (26/03/2008) que informa de axonotmesis parcial severa derecha en estadio agudo de evolución.*

*Se revisa en Consultas Externas (14/07/2008) con nueva Electromiografía del nervio facial que indica que persiste una axonotmesis parcial en grado subagudo, con mejoría sintomatológica leve.*

*En la siguiente revisión (17/11/2008) la paciente refiere una mejoría leve de la parálisis facial. Se le realiza una audiometría donde se aprecia una clara mejoría de la hipoacusia que tenía antes de la intervención.*

*Actualmente esta, pendiente de una nueva revisión con Electromiografía actualizada".*

**SIXTO.-** La instructora envía copia del expediente a la compañía aseguradora, la cual envía dictamen médico elaborado por un facultativo especialista en otorrinolaringología, en el que se alcanzan las siguientes conclusiones:

*"1. La paciente padecía un cuadro de Otosclerosis en oído derecho desde hacía años.*

*2. Fue correctamente diagnosticada y se le propuso una intervención perfectamente indicada para tratar su proceso. El paciente (sic) voluntariamente, aceptó esta técnica.*

3. La paciente aceptó por escrito los riesgos que esta intervención conllevaba. Entre ellos figuraba explícitamente la parálisis facial.

4. La intervención quirúrgica fue llevada a cabo por un profesional capaz que realizó la técnica de forma adecuada.

5. En el postoperatorio surgió una parálisis facial que forma parte de los riesgos particulares de este procedimiento quirúrgico.

6. Es evidente que éste último no se debió a ninguna mala práctica quirúrgica, ya que ésta fue la adecuada a las circunstancias de la intervención.

7. Los cuidados que se impartieron en el postoperatorio fueron los que se exigen en este tipo de casos.

8. La paciente ha recuperado la movilidad de la cara hasta presentar una parálisis residual parcial con la movilidad de la cara muy recuperada

9. Toda la actuación médica fue la que define la *lex artis* en este tipo de situaciones".

**SÉPTIMO.-** Solicitado informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, se emite con fecha 23 de octubre de 2009, en el que se concluye del siguiente modo:

"1. La reclamante sufría una enfermedad crónica, hipoacusia progresiva, por la que se estaba siguiendo la evolución en el servicio de ORL del Hospital General Universitario Reina Sofía.

2. Cuando se dispuso de un diagnóstico de la causa de la hipoacusia, la otosclerosis, se le informó a la paciente recomendándole la intervención quirúrgica, esta es el único tratamiento curativo posible en la literatura especializada.

3. La intervención prevista, la estapedectomía es la indicada para esta patología.

4. La paciente fue valorada preoperatoriamente por el servicio de anestesia, se le informó y firmó el consentimiento informado para dicha intervención.

5. *En dicho consentimiento informado, esta descrito como posible, aunque excepcional, la complicación de lesión del nervio facial, que ocasionaría grave alteración estética por imposibilidad para mover ese lado de la cara.*

6. *La paciente conocía que dicho riesgo podría producirse, ya que puede ser inherente a la propia intervención incluso en condiciones adecuadas de aplicación de la técnica quirúrgica.*

7. *Asumió y aceptó el riesgo de sufrir dicha complicación.*

8. *La paciente obtuvo una gran mejoría de la hipoacusia, motivo de indicación de la intervención.*

9. *Una vez producida dicha complicación, la paciente fue tratada adecuadamente, con las interconsultas precisas y las pruebas complementarias que objetivan una buena evolución. Ha mejorado, recuperando la movilidad de la cara hasta presentar una parálisis residual parcial.*

10. *En el momento actual desconocemos la evolución última de la paciente, ya que en las últimas pruebas existían signos de reinervación activa que podría implicar una regeneración nerviosa y por tanto mejoría clínica.*

#### CONCLUSIÓN FINAL

*La actuación de los profesionales en la atención a la reclamante x. ha sido adecuada, diligente y ajustada a la evidencia científica. Las lesiones que plantea en su reclamación, son inherentes a la intervención quirúrgica que le practicaron y han sido tratadas adecuadamente".*

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, reclamante y aseguradora, esta última no comparece; sí lo hace la reclamante alegando que la lesión del nervio se produjo a consecuencia de un estiramiento excesivo de la cuerda del tímpano, causada por el cirujano durante la intervención. Asimismo manifiesta que el hecho de que en el consentimiento informado se recoja el riesgo de sufrir una lesión del nervio facial, no conlleva necesariamente que se elimine la responsabilidad del facultativo si esa lesión se produce, "pues se ha de probar que no se actuó con mala praxis". Aporta dos artículos científicos acerca de la monitorización intraoperatoria del nervio facial.

**NOVENO.-** Del escrito de alegaciones y de los documentos que lo acompañan se remite copia a la Inspección Médica con el objeto de que emita informe complementario, lo que se lleva a

cabo el 24 de febrero de 2010, rebatiendo las argumentaciones vertidas por la reclamante y concluyendo del siguiente modo: *"Por tanto, nos reiteramos en el informe inicial, ya que la paciente fue adecuadamente diagnosticada y tratada en un tiempo razonable. El acto quirúrgico fue el recomendado por la bibliografía y los especialistas actuales y presenta unos buenos resultados con relación al objetivo que se pretendía tratar, la hipoacusia. La lesión que presenta en el nervio facial, viene recogida en todos los consentimientos informados analizados, como una complicación inherente a la cirugía aunque con poco porcentaje de aparición. Firmó el consentimiento informado, asumiendo los riesgos que se le pudieran presentar de entre los explicados. Aun así, la paciente presentó dicha complicación tras varias horas de postoperatorio y todas las teorías consultadas aportan la posible causa de la lesión como intrínseca a la paciente y no relacionada con la actuación quirúrgica que fue adecuada"*.

**DÉCIMO.-** Conferido nuevo trámite de audiencia a las partes, ninguna de ellas hace uso del mismo al no comparecer ni formular alegación alguna.

Seguidamente la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no queda acreditado en el expediente la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño sufrido por la paciente.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 27 de mayo de 2010.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

#### **SEGUNDA.- Procedimiento, plazo para reclamar y legitimación.**

Analizada la tramitación del procedimiento, se advierte que se ha seguido en líneas generales lo establecido por el RRP para este tipo de reclamaciones.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año de producido el hecho lesivo que el artículo 142.5 de la LPAC fija para la prescripción del derecho a reclamar.

La x, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la atención sanitaria recibida en un centro sanitario dependiente del SMS, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

En lo que respecta a la legitimación pasiva tampoco suscita duda que la actuación a la que la reclamante imputa el daño que dice haber sufrido, acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional. La competencia orgánica para resolver el procedimiento corresponde al titular de la Consejería consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2,o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria.**

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es necesario acreditar daños que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, el particular no tenga el deber jurídico de soportar, habiendo precisado la jurisprudencia que, en materia sanitaria, la indicada relación de causalidad y antijuridicidad del daño se producen cuando se acredita que la actuación médica pública infringió la "*lex artis ad hoc*", pues lo contrario supondría convertir a la Administración en una aseguradora universal de los riesgos y daños que puedan acontecer, señaladamente los inevitables para la salud, bien por naturaleza, bien por no poder ser remediados en el estado actual de la ciencia y la técnica sanitarias; finalidad ésta de aseguramiento a todo riesgo que no contempla la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa tal y como viene configurada por el artículo 106.2 de la Constitución, la LPAC y el resto del ordenamiento jurídico. Y es que, tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados (por todos, nuestro Dictamen núm. 56/2005).

En cuanto a la existencia de relación de causalidad entre el daño invocado y el funcionamiento del servicio público, su acreditación corresponde, a tenor de lo establecido en los

artículos 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6 RRP, a quien reclama, y a la Administración la prueba de los hechos que excluyen dicha responsabilidad.

**CUARTA.- Falta de concurrencia de los requisitos para la exigencia de responsabilidad patrimonial.**

En el caso sometido a dictamen, el nexo causal es evidente, al menos respecto a algunas de las secuelas señaladas por la reclamante. Conforme a los informes médicos obrantes en el expediente la x. padece parálisis facial derecha, que se considera secundaria a estapedectomía, lo que hace entender que dicha parálisis es consecuencia directa de la intervención quirúrgica realizada. Sin embargo, tal constatación no permite afirmar, sin más, la existencia de responsabilidad patrimonial. Para llegar a tal conclusión es preciso proceder antes a examinar si concurre otro elemento del daño, el de la antijuridicidad.

Ésta implica la inexistencia por parte del interesado de un deber de soportar el daño. En este sentido, el órgano instructor estima que las secuelas alegadas son complicaciones inherentes al tipo de intervención, teniendo la paciente el deber de soportarlas como riesgo indisociable de la actividad sanitaria, máxime cuando consta su consentimiento informado.

La propuesta de resolución resultaría correcta si se constata que la actuación médica fue ajustada a *lex artis*, de modo que las secuelas sean de necesaria o probable producción tras la intervención, y si la paciente fue debidamente informada de ese riesgo y lo aceptó libremente.

I. Respecto al primer aspecto apuntado, actuación ajustada a *lex artis* y secuelas de necesaria o probable producción en este tipo de intervenciones, deben considerarse los siguientes datos y cuestiones constatadas en el expediente:

1. La reclamante, según aparece en su historia clínica fue intervenida en el HGURS por presentar una otosclerosis (enfermedad degenerativa de la cápsula ósea del oído interno), practicándosele una timpanotomía exploradora, es decir, acceder al oído medio a través del conducto auditivo externo y tras abrir la membrana timpánica comprobar la existencia o no de una otosclerosis y en caso de que así fuese practicar una estapedectomía: extracción del estribo y colocación de prótesis artificial en su lugar.

2. De los informes emitidos por la Inspección Médica y por el perito de la aseguradora, se infiere la necesidad de la operación que se practicó a la reclamante. Así, la Inspectora Médica afirma al folio 108 que la estapedectomía es la intervención indicada para la patología sufrida por la

paciente, es decir, la otosclerosis; es más, manifiesta que constituye *"el único tratamiento posible en la literatura especializada"*.

3. La intervención se realizó por un especialista del Servicio de Otorrinolaringología del HGURS con experiencia en esta patología, y, según los datos de la historia clínica, transcurrió dentro de los cauces normales en este tipo intervenciones.

4. En las intervenciones de estapedectomía existe, entre otros, el riesgo de lesión del nervio facial, que aunque excepcional constituye un riesgo que puede presentarse aunque la actuación médica se haya ajustado a normopraxis. En el presente caso, la Inspección Médica señala al folio 109 que *"la actuación de los profesionales en la atención a la reclamante x. ha sido adecuada, diligente y ajustada a la evidencia científica. Las lesiones que plantea en su reclamación, son inherentes a la intervención quirúrgica que le practicaron..."*. Por su parte el informe de la aseguradora indica que *"en ocasiones la manipulación normal durante este tipo de intervenciones puede producir una lesión inflamatoria en el nervio que a este nivel puede estar fuera de su funda ósea. Este tipo de lesiones ocurren en un porcentaje de las estapedectomías y ocurren sin que medie ningún tipo de mala praxis médica. Se considera como un riesgo particular en este tipo de intervenciones y así viene recogido en el consentimiento informado"*.

5. Por otro lado, también cabe afirmar que una vez aparecida la incidencia postoperatoria, es decir, la parálisis facial, la actuación de los profesionales fue también ajustada a la *lex artis*: se realizaron pruebas electrofisiológicas para valorar la progresión y el pronóstico de la parálisis; se programaron varias visitas de seguimiento y consultas oftalmológicas para monitorizar la evolución clínica, etc. Según indica la Inspectora Médica en su informe, la paciente recuperó la audición del oído del que fue intervenida y, en lo que respecta a la parálisis facial, *"la paciente presenta una evolución lenta, pero favorable (tanto en la sintomatología como en la prueba de EMG: signos de reinervación activa, lo que implica que se está regenerando el nervio dañado y existe posibilidad de recuperación total)"*.

La intervención que se practicó a la reclamante puede situarse en lo que se conoce como cirugía asistencial, es decir, aquella que persigue la curación del enfermo. En este tipo de cirugías la diligencia del médico supone emplear los medios adecuados y precisos para lograr el objetivo propuesto que no es otro que preservar la salud del paciente o conseguir su mejoría. En estos casos, como viene afirmando el TS, entre otras, en su sentencia de 6 de febrero de 2007, Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (citada por la instructora en su propuesta), *"...aún aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado de saber, siendo también correctamente resuelta"*

*la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste".*

Concorre, pues, el primer requisito al que antes aludíamos para estimar la inexistencia de antijuridicidad.

II. En relación con la existencia de consentimiento informado, es decir, si la paciente conocía los riesgos existentes y si los aceptó voluntariamente, debe concluirse en sentido positivo, pues en la historia clínica aparece, al folio 60, una hoja de autorización firmada por la paciente y por el Dr. que la informó, por la que la reclamante manifiesta haber sido debidamente informada de los beneficios, riesgos y alternativas de la intervención a la que iba a someterse.

Respecto al consentimiento que aparece en el expediente cabe destacar que ha sido prestado mediante la firma de un formulario más o menos genérico. En relación con esta cuestión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es variada. En alguna ocasión el Alto Tribunal ha manifestado que es a la Administración a quien corresponde probar la existencia de información y que la firma por el paciente de un papel-formulario genérico aceptando someterse a una intervención quirúrgica no basta (entre otras, Sentencia de 28 de junio de 1999, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sin embargo, en otras sentencias posteriores ha venido a declarar que *“es cierto que la fórmula que figura en el impreso -‘una vez informado de los métodos, etc.’- es genérica, pero el contenido específico a que se refiere -su concreción en el caso de que se trata- ha sido implícitamente asumido por el paciente, lo que, jurídicamente, significa que la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado o que ésta es insuficiente, se desplaza al firmante...No puede descargarse toda la responsabilidad de una actuación jurídica -para el caso la explicitación de una autorización para acto médico que debe darse al paciente- sobre los servicios sanitarios. Es el paciente -o, en su caso, el familiar o allegado que lo asiste o sustituye- quien puede y debe solicitar -si lo considera necesario- que se le dé una información más elocuente y que, siempre con la necesaria precisión técnica, se haga constar esa información detallada por escrito”* (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 27 de noviembre de 2000). En esta misma línea argumentativa el Tribunal Supremo en Sentencias de la misma Sala de fechas 4 de abril y 3 de octubre de 2000, manifiesta que no se puede pretender una información excesiva al paciente que dificultaría el propio ejercicio de la función médica; sólo para aquellos casos en los que la información hubiera sido verbal se produce la inversión de la carga de la prueba y compete a la Administración acreditar que el paciente tuvo conocimiento del tipo de intervención que le iba a practicar y de sus posibles consecuencias.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido asumida por este Consejo Jurídico en Dictámenes 28/2006 y 50/2006, si bien con la matización, en ambos casos, de que la historia clínica mostrara indicios de que se había desarrollado de manera efectiva la relación dialogística entre médico y paciente, lo que ofrece un cierto sustento fáctico a su declaración formal de que se le había dado información acerca de su enfermedad, intervención a practicar o tratamiento a instaurar. En otros supuestos, sin embargo, como el contemplado en el Dictamen 191/2006, ha considerado que no resultaba de aplicación porque de la documentación incorporada al expediente no se desprendía que tal información se hubiese facilitado.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, es la propia paciente la que manifiesta tanto en el escrito de reclamación como en el de alegaciones, haber sido debidamente informada, aunque considera que si el riesgo era excepcional sólo se pudo producir por una mala praxis de los cirujanos que le practicaron la intervención quirúrgica. Sin embargo, al respecto señala la Inspección Médica que *"el hecho de que la posibilidad de dicho riesgo (la parálisis facial) sea excepcional, no implica que no se produzca o que se produzca por una mala praxis, sino que el porcentaje de aparición es pequeño, pero existe"*.

Todo lo anterior nos permite afirmar que, aun admitiendo que han concurrido los requisitos de una actividad administrativa que generó un perjuicio, el daño padecido debe ser soportado por la reclamante ya que la prestación sanitaria fue adecuada y el daño se debió a un riesgo inherente al tipo de intervención quirúrgica a la que fue sometida la paciente, de lo que fue debidamente informada y a la que prestó su consentimiento.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 66-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por una caída en vía pública.
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)
<b>Fecha</b>	30/03/2011

**Extracto doctrina**

En relación con las caídas en vías o recintos públicos, hay que distinguir los supuestos que impliquen una manifiesta infracción de los deberes de cuidado que recaen sobre el titular de la vía o del edificio (grandes socavones, ausencia de señalizaciones, instalaciones inadecuadas, etc.), de aquellos otros desperfectos o instalaciones que dadas sus características deben ser soportados por los ciudadanos.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 2 de febrero de 2007 tiene entrada en la Consejería consultante un escrito formulado por x, en virtud del cual interpone reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración Pública regional, solicitando el reconocimiento del derecho a percibir una indemnización de 2.426 euros, en concepto de resarcimiento de los daños sufridos al sufrir una caída en la intersección de las calles Juan Carlos I y Salvador Allende de la localidad de Fortuna. Según la reclamante, el día 20 de diciembre de 2005, a las 9:15 horas, cuando comenzó a cruzar la calle por un paso regulado por semáforo, percibió *“como un automóvil procedente de la Avenida Juan Carlos I se disponía a tomar la vía de Salvador Allende y sabedora de que el semáforo se encontraban en ámbar di un paso hacia atrás para dejar pasar el coche momento en que el pie derecho se me introdujo en la canaleta existente a lo largo de toda la vía de Salvador Allende entre la calzada y la acera provocando mi caída”*.

Manifiesta que por los mismos hechos inició actuaciones ante el Ayuntamiento de Fortuna, que le ha notificado resolución de 27 de marzo de 2006, desestimatoria de su pretensión al ser la vía en la que se produjo el accidente de titularidad autonómica.

Acompaña a su solicitud la siguiente documentación:

a) Informe médico de la asistencia recibida en el servicio de urgencias del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

b) Partes de baja y alta acreditativos de que, como consecuencia de la caída sufrida, estuvo cuarenta y cinco días incapacitada para sus ocupaciones habituales.

c) Diversas fotografías del lugar del accidente.

d) Copia de la Resolución del Ayuntamiento de Fortuna desestimando su reclamación.

**SEGUNDO.-** Requerido informe a la Dirección General de Carreteras es emitido, en el sentido de confirmar la titularidad regional de la vía en la que se produjo el presunto accidente, y realizando las siguientes precisiones:

*“1. Desconocemos la realidad y certeza del acontecimiento lesivo hasta el momento de esta reclamación.*

*2. Con los datos obrantes en el expediente no queda acreditado por los documentos aportados que el siniestro se produjese en esa vía y en el día y hora reseñados.*

*3. Habida cuenta de lo anterior no procede aceptar la presente reclamación”.*

**TERCERO.-** En fecha 25 de abril de 2007, la instructora del procedimiento envía un escrito a la interesada, a los efectos de comunicarle la información prevista en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y requerirle para que mejore la solicitud aportando determinada documentación.

El requerimiento es atendido por la x. que envía la documentación que se le solicita y propone como medios de prueba la declaración testifical de su madre, x, que la acompañaba en el momento del accidente, así como informe de la Policía Local que aportará cuando se le remita desde el Ayuntamiento de Fortuna a quien se le ha reclamado.

**CUARTO.-** Admitida la prueba se señala día y hora para la práctica de la testifical de la x, con el siguiente resultado:

PREGUNTAS:

*“1ª. El día que sucedió el accidente ¿usted acompañaba a su hija?*

R) Sí

2ª. *¿De dónde venía?*

R) *Veníamos de haber dejado a las niñas en el Colegio.*

3ª. *Viendo las fotografías aportadas ¿reconoce que fue este el lugar del accidente?*

R) *Sí, fue al pasar el paso de cebra; al inicio de éste.*

4. *¿Cómo estaba el semáforo?*

*Estaba en verde, cuando oí gritar a mi hija y es que se había caído. Entre las dos cruzamos el paso de cebra y llamamos a su padre para llevarla al Centro de Salud. Luego la mandaron a Murcia. Se le había hinchado el pie”.*

#### REPREGUNTAS

1ª. *Actualmente, ¿está de la misma manera la acera?*

R. *Ahora se ha arreglado, ya no hay ese desnivel. Hubo varias reclamaciones”*

**QUINTO.-** Mediante escrito de 29 de octubre de 2009 la reclamante envía informe de la Policía Local de Fortuna, en el que se indica lo siguiente:

*“A las 11:30 horas se persona en estas dependencias la vecina de esta localidad, x, informando de que acababa de sufrir una caída cuando cruzaba el paso de peatones de la Avenida Salvador Allende a la altura de la Academia x. y que se dirigía al Hospital Morales Meseguer de Murcia porque tenía un fuerte dolor e inflamación en el tobillo derecho, añadiendo que en el día de mañana traería el informe médico”.*

**SEXTO.-** Conferido trámite de audiencia a la interesada ésta no hace uso del mismo al no comparecer ni formular alegación alguna.

Seguidamente por el órgano instructor se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por no existir nexo de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y el daño alegado.

En tal estado de tramitación, V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 15 de junio de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter de Dictamen.**

El presente Dictamen tiene carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial que debe resolver la Administración regional, concurriendo, pues, el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

La reclamante ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 del Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, al ser la carretera donde se produce el accidente de titularidad regional.

La reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP, ya que, si bien es cierto que los hechos se produjeron el 20 de diciembre de 2005, la interesada no fue dada de alta médica hasta el día 2 de febrero de 2006, por lo tanto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 *in fine* LPAC, el plazo finalizaría el día 2 de febrero de 2007, fecha en la que se formuló la acción, que ha de entenderse deducida en plazo.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC (Título X, Capítulo I) y del RRP, salvo en el plazo que ha excedido mucho del previsto legalmente. Además, hubiese resultado conveniente que el informe emitido por la Dirección General de Carreteras se hubiese pronunciado sobre las características de la canaleta existente en la calzada donde se produjo la caída, así como sobre la necesidad de su presencia para facilitar la evacuación de las aguas de lluvia, circunstancia esta última que sólo aparece apuntada en la propuesta de resolución.

**TERCERA.- Sobre la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento de los servicios públicos regionales.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.

3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.

4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

5) Ausencia de fuerza mayor.

Veamos la aplicación de estos principios al supuesto cuyo análisis nos ocupa:

En lo que se refiere a la existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, este Órgano Consultivo considera que ha quedado acreditado que la reclamante sufrió el día 20 de diciembre de 2005 “un esguince de tobillo derecho”. Sin embargo, de la realidad de tal hecho no puede colegirse automáticamente que la lesión traiga causa directa de un funcionamiento, normal o anormal, imputable a la Administración.

En efecto, aunque consolidada doctrina jurisprudencial viene manteniendo que no son admisibles concepciones restrictivas del nexo causal que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, ello no significa que la reclamante no deba aportar prueba suficiente que permita afirmar que el daño sufrido es imputable a una actuación administrativa. En este sentido el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de junio de 1988, señala que “...*toda reclamación de daños y consiguiente indemnización de perjuicios que se pudiera causar por aquellos daños, requiere como elemento indispensable y necesario, el acreditar la realidad de ambos y la necesaria relación de causa a efecto entre el acto o actividad de que se trate y el resultado dañoso, incumbiendo la prueba de todo ello al que reclama*”. Añadiendo en su sentencia de 11 de

septiembre de 1995 que *“esa responsabilidad se configura por la efectividad de un daño evaluado económicamente e individualizado, la relación directa, inmediata y exclusiva de causalidad entre el daño y el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, y la inexistencia de fuerza mayor. La prueba de las dos primeras condiciones corresponde al actor, mientras que la de la última, excluyente de esa responsabilidad, corresponde a la Administración”*.

Abunda en esta línea el Consejo de Estado, cuya doctrina en relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial pone de manifiesto que *“la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos “necessitas probandi incumbit ei qui agit” y “onus probandi incumbit actori” y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”* (entre otros muchos se pueden citar los Dictámenes números 908/2001, 87/2002 y 98/2002). También este Consejo Jurídico ha venido destacando la carga probatoria que incumbe a los reclamantes en la acreditación de estas circunstancias (entre otros, Dictámenes números 107/2003 y 28/2004).

En relación con las caídas en vías o recintos públicos, hay que distinguir los supuestos que impliquen una manifiesta infracción de los deberes de cuidado que recaen sobre el titular de la vía o del edificio (grandes socavones, ausencia de señalizaciones, instalaciones inadecuadas, etc.), de aquellos otros desperfectos o instalaciones que dadas sus características deben ser soportados por los ciudadanos. Obviamente deslindar cuándo nos encontramos ante un supuesto en el que la Administración no ha observado debidamente su deber de cuidado y vigilancia y cuándo, por el contrario, estamos ante un hecho en el que el ciudadano no ha desplegado una especial diligencia ni ha cumplido con unos mínimos deberes de cuidado, obliga a valorar las concretas circunstancias que concurren en cada supuesto de hecho que se plantee.

Aplicado todo lo anterior al caso que nos ocupa, se ha de entender, como ya adelantábamos, acreditada la realidad del evento dañoso alegado. Asimismo ha quedado probado en el expediente la existencia de la canaleta en la que la reclamante introdujo el pie. Resta, pues, determinar si concurre o no una relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño producido, es decir, si la caída y posteriores daños sufridos son atribuibles a la responsabilidad de la administración regional por la existencia de dicha canaleta o si, por el contrario, como alega la Administración, el hecho no le puede ser imputado, dada la necesidad de su existencia, a lo que, además, cabría añadir una posible distracción por parte de la interesada.

La necesidad de la canaleta, afirmada por el órgano instructor, resulta razonablemente aceptable, sin que la x, a quien corresponde la carga de la prueba a tenor de lo establecido en el citado artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haya acreditado que sus características y ubicación fuesen inadecuadas, de lo que se puede colegir que una mínima diligencia por parte de

la interesada hubiese evitado la caída, diligencia que no observó, ya que el accidente se produjo, fundamentalmente, como consecuencia de que la reclamante caminó hacia atrás, lo que no le permitió percatarse del desnivel en cuestión.

Si a todo ello se suman las circunstancias concurrentes de una duda más que razonable sobre si la reclamante al cruzar la calle lo hizo sin que el semáforo se encontrara en fase verde para el paso de peatones (al folio 11 del expediente afirma que *“sabedora de que el semáforo se encontraba en ámbar”*), lo que abundaría en su conducta negligente; así como la valoración que puede realizarse a la luz de las fotografías obrantes en el expediente, que evidencian que la canaleta, por su ubicación y características, carece por sí misma de relevancia suficiente para provocar una caída, este Consejo considera que no se dan los elementos precisos para considerar acreditado el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, por lo que no es necesario pronunciarse sobre la valoración del daño causado, cuantía y modo de indemnización que solicita la interesada.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** La propuesta de resolución desestimatoria objeto de Dictamen se dictamina favorablemente, al no acreditarse relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 67-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 30/03/2011

**Extracto doctrina**

No puede considerarse acreditado que la causa del accidente, de producirse éste, fuera la alegada gravilla, pues todos los elementos de hecho del caso son meramente afirmados por el interesado

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 17 de mayo de 2007, x, en su propio nombre y en representación de su hijo, presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio solicitando indemnización por los daños sufridos por su hijo y el ciclomotor en el que éste circulaba el 22 de agosto de 2006, a las 23.40 horas, por la carretera MU-414, a la altura de la rotonda existente a la salida de la cantera de “x”, en Santomera, donde sufrió un accidente de circulación debido a la existencia de gravilla en la calzada, sin señalizar, existiendo así una omisión por parte de dicha Consejería de sus obligaciones de conservación de carreteras de su titularidad. Alega que como consecuencia del accidente su hijo sufrió lesiones de las que tardó en curar 7 días, y el ciclomotor y el casco sufrieron daños, cuantificando la indemnización solicitada en un total de 1.518,59 euros.

A su escrito adjunta copia de diversos documentos, de los que se destaca una denuncia realizada el día siguiente ante la Guardia Civil de Santomera, fotografías del lugar, partes de consulta médica y facturas de reparación y compra relativas al ciclomotor y casco mencionados.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y requerida al interesado la subsanación y mejora de la misma, el 19 de septiembre de 2007 éste presenta documentación al efecto.

**TERCERO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, fue emitido el 4 de marzo de 2008, en el que, en síntesis, expresa que con la documentación remitida no queda acreditada la ocurrencia del accidente en el lugar y por la causa alegada, y que en las fotografías aportadas se aprecia gravilla en el arcén de la carretera regional de referencia.

**CUARTO.-** Otorgado trámite de audiencia con fecha de 29 de mayo de 2008, el 10 de junio de 2008 presentó escrito en el que se ratifica en sus alegaciones iniciales.

**QUINTO.-** Solicitado informe del Parque de Maquinaria de la citada Dirección General, fue emitido el 22 de junio de 2009.

**SEXTO.-** Otorgado nuevo trámite de audiencia mediante oficio de 22 de diciembre, no consta la presentación de alegaciones.

**SÉPTIMO.-** El 25 de junio de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar no acreditada la realidad de los hechos.

**OCTAVO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al interesado, en su nombre en cuanto a los daños materiales sufridos en el ciclomotor de su propiedad, y en representación legal de su hijo menor de edad por los daños físicos sufridos por éste. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en principio ha de considerarse formulada en plazo, si se parte de la alegada fecha de ocurrencia del accidente y la de la presentación de la reclamación.

III. En cuanto al procedimiento, cabe señalar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

Sin perjuicio de lo anterior, se advierte que se ha incumplido el plazo para resolver, y más si se tiene en cuenta su escasa complejidad.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. En el presente caso, el reclamante imputa a los servicios públicos regionales de conservación de carreteras una omisión de sus deberes en la materia, debido a la presencia de gravilla en la calzada de una vía de titularidad regional, gravilla que considera que fue la causa del

accidente por el que reclama. Sin embargo, no puede considerarse acreditado que la causa del accidente, de producirse éste, fuera la alegada gravilla, pues todos los elementos de hecho del caso son meramente afirmados por el interesado en su posterior denuncia ante la Guardia Civil, sin que en ningún momento acudiera agente de la autoridad al lugar de los hechos para dar su parecer sobre lo afirmado por aquél (a cuyo efecto podía haberse avisado entonces a los mismos, dada la facilidad de comunicaciones hoy existente), ni hay testigos que puedan ratificar la versión del reclamante sobre la causa del accidente. Ello al margen de que el informe de la Dirección General de Carreteras indica que la gravilla que se advierte en las fotos aportadas por el reclamante (que no tienen la necesaria fehaciencia) está en el arcén de la calzada.

En estas circunstancias, no puede admitirse la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que procede desestimar la reclamación presentada.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No pueden considerarse acreditados los hechos que fundan la reclamación de referencia, conforme con lo expresado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución dictaminada, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 68-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 04/04/2011

**Extracto doctrina**

La presencia incontrolada de animales en carreteras -dice el Consejo de Estado- no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, ya que su acceso a la vía puede resultar inevitable, atendiendo a las diferentes formas en que pueden irrumpir en la calzada”.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes el 16 de noviembre de 2007, x. solicita indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, por los daños sufridos el 3 de diciembre de 2006 en el vehículo de su propiedad Audi 80, matrícula “—”, cuando circulaba por la Autovía del Noroeste, C-415, a la altura de la Venta del Pedrusco, y un perro irrumpió en la autovía interponiéndose en su trayectoria, sin poder evitar colisionar con él, lo que ocasionó al vehículo que conducía daños de tal entidad que hubo que avisar a una grúa para poder retirar el automóvil. Añade que del accidente fueron testigos x, que viajaba de acompañante en el vehículo siniestrado, y x, conductor del vehículo que circulaba detrás del automóvil del reclamante. Acompaña, a efectos probatorios, declaraciones originales de ambos.

Asimismo une a su reclamación permiso de circulación, fotografías del lugar del accidente en las que puede observarse al animal muerto, fotografías del estado en el que quedó el vehículo, y facturas de las reparaciones efectuadas por un importe total de 2.106,66 euros.

Finaliza el reclamante solicitando una indemnización coincidente con el importe antes citado, al considerar que los hechos traen causa de una conducta omisiva de la Administración Regional, al no mantener la autovía de su titularidad en las debidas condiciones de seguridad para sus usuarios.

**SEGUNDO.-** Mediante escrito de 17 de diciembre de 2007, la instructora requiere al reclamante el envío de determinada documentación, lo que se cumplimenta por el interesado mediante escrito fechado el 2 de enero de 2008, al que une la documentación que se le había solicitado y propone los siguientes medios de prueba:

1. Documental, consistente en los documentos que se acompañaron al escrito de iniciación del expediente, así como los que ahora se une a este nuevo escrito.

2. Testifical, consistente en que sean citados, al objeto de que presten declaración acerca de la forma de ocurrir los hechos, las siguientes personas, de las que hace constar documentos nacionales de identidad, domicilios y números de teléfono:

- x.
- y.
- Legal representante del Taller "--".
- Legal representante de Talleres y Grúas "--".

**TERCERO.-** Con fecha 17 de diciembre de 2007, la instructora solicita el preceptivo informe a la Dirección General de Carreteras para que se pronuncie sobre los siguientes extremos:

*“-Titularidad de la carretera en la que tuvieron lugar los hechos.*

*- En el caso de pertenecer a la Red de Carreteras de la Región de Murcia:*

- a) Realidad y certeza del evento lesivo.*
- b) Existencia de fuerza mayor o actuación inadecuada del perjudicado o de un tercero.*
- c) Presunta relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*
- d) Imputabilidad a la Administración y responsabilidad atribuible a otras Administraciones.*
- e) Actuaciones llevadas a cabo hasta la fecha.*
- f) Indicar si la carretera se halla con señalización (limitación de velocidad, obras, peligro...etc) u otra consideración que estime pertinente significar.*
- g) Valoración de los daños alegados.*
- h) Aspectos técnicos en la producción del daño.*
- i) Cualquier otra cuestión que se estime de interés”.*

**CUARTO.-** Mediante comunicación interior de 25 de enero de 2008, el Director General de Carreteras remite a la instructora un informe fechado el día 16 del mismo mes y año, emitido por x, empresa concesionaria de la autovía del Noroeste, que expresa lo siguiente:

*“La actual Autovía del Noroeste-Río Mula (C-415) pertenece a la Red de Carreteras de la Región de Murcia, siendo por lo tanto de titularidad autonómica.*

*A) En la fecha y lugar indicados por el reclamante, 3 de diciembre de 2006 y en el P.K. 3 (Vta. Pedrusco), no hay constancia del suceso que se menciona, al no recibirse aviso alguno sobre el mismo ni ser atendido por el equipo de vigilancia permanente, según los partes y registros de los que dispone esta empresa concesionaria.*

*Igualmente, en la citada fecha y posterior, no se produjo retirada alguna de animales en el supuesto punto de colisión.*

*B) y resto. Al no tener constancia del suceso en cuestión, esta empresa concesionaria no puede emitir informe sobre los aspectos solicitados.*

*Debe destacarse, en la fecha indicada, la ausencia de comunicación alguna por parte de los servicios de emergencia (sala 112, guardia civil de tráfico, etc.) que habitualmente notifican este tipo de incidentes a nuestro centro de control permanente.*

*Igualmente, el servicio de vigilancia permanente que presta esta empresa concesionaria, no detectó ni éste ni otro suceso similar en la fecha indicada a lo largo de la autovía y sus accesos durante las rondas de vigilancia efectuadas”.*

**QUINTO.-** Mediante escrito de 12 de febrero de 2008 se otorgó el preceptivo trámite de audiencia al interesado, sin que hiciese uso de él al no comparecer ni presentar alegación alguna.

**SEXTO.-** El 7 de julio de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por entender que no ha quedado probada en el expediente la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños alegados.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 19 de julio de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

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

I. El reclamante acredita la titularidad del vehículo en el que se alega haber sufrido daños, gozando, por tanto, de la condición de interesado a efectos de ejercer la presente acción que, a tenor de la fecha de producción de los hechos (3 de diciembre de 2006), ha sido ejercitada dentro del plazo de un año legalmente establecido al efecto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

II. Si bien se ha procurado respetar las previsiones del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP), tal objetivo no se ha conseguido plenamente, puesto que se observa la deficiente realización de los siguientes trámites esenciales:

a) En primer lugar es preciso destacar que se ha omitido el preceptivo informe del servicio público (Dirección General de Carreteras) a cuyo funcionamiento se imputa la presunta lesión indemnizable (art. 10.1 segundo párrafo RRP). Este informe no sólo es preceptivo sino, además, determinante, debido a la índole técnica de la causa que se señala como originadora de los daños (deficiente conservación, mantenimiento y vigilancia de la vía). El parecer técnico, que en este punto debe suministrar el órgano administrativo competente, no puede sustituirse por el de la empresa concesionaria, y ello porque, como ya tuvo ocasión de manifestar este Órgano Consultivo en diversos Dictámenes, entre ellos, el 16/2007, dicha mercantil ocupa una posición jurídica, respecto de la reclamante, de distinto alcance que la Administración titular de la autovía y, en potencia, ambas pueden promover intereses que entren en conflicto. Por ello, resulta procedente que se emitan ambos informes: el del órgano administrativo (exigido por el citado artículo 10.1 segundo párrafo RRP) y el de la empresa concesionaria (artículos 1.3 RRP y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), ya que el Centro directivo correspondiente no puede abdicar de sus competencias (art. 12.1 LPAC).

b) Por otro lado, como venimos indicando, al menos desde nuestro Dictamen 56/2001, *“debemos recordar la conveniencia de introducir la práctica administrativa de exigir un informe adicional de los servicios técnicos del Parque Móvil, como se ha hecho en algunas ocasiones, pues ello asegura la necesaria correspondencia entre el accidente y los daños cuya indemnización se reclama”*. Trámite que tampoco se ha cumplimentado en el supuesto que nos ocupa.

A pesar de las irregularidades procedimentales puestas de manifiesto, en el presente caso, atendiendo a los principios de eficacia, economía procedimental y salvaguarda de los derechos de los interesados, entre ellos el de recibir en un tiempo razonable una resolución expresa y motivada, principio que en el presente caso ya se ha visto suficientemente conculcado con una demora en la tramitación del expediente que rebasa los tres años, y considerando, además, que la Dirección General de Carreteras al remitir el informe de la empresa concesionaria sin salvedad ni matización alguna, lo está implícitamente ratificando, el Consejo considera oportuno, como ya ha hecho en otros Dictámenes emitidos en supuestos similares al que nos ocupa (el 171/2009, entre otros), examinar el fondo de la reclamación.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.

3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.

4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

5) Ausencia de fuerza mayor.

En relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial, la doctrina del Consejo de Estado pone de manifiesto que la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante, de

acuerdo con los viejos aforismos *necessitas probandi incumbit ei qui agit* y *onus probandi incumbit actori* y con el art. 217 de la LEC (entre otros muchos, se pueden citar los Dictámenes números 968/2002, 62/2003 y 2396/2003).

También este Consejo Jurídico ha venido destacando que la carga probatoria incumbe a los reclamantes respecto a la acreditación de tales circunstancias (entre otros, Dictámenes números 107/2003, 28/2004 y 85/2004).

En el supuesto que nos ocupa, tal como se indica en la propuesta de resolución, el hecho ha de entenderse probado por las declaraciones de los testigos y por las fotografías aportadas por el reclamante, pero ello no implica, sin más, que pueda entenderse acreditada la concurrencia del nexo causal

Conviene aquí señalar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), que el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada, no obliga, sin embargo, en supuestos como el que es objeto de Dictamen, en el que el nexo causal entre el daño alegado y la actuación administrativa acusa una interferencia concretada en la irrupción en la calzada de un animal: *“La presencia incontrolada de animales en carreteras - dice el alto Órgano Consultivo- no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, ya que su acceso a la vía puede resultar inevitable, atendiendo a las diferentes formas en que pueden irrumpir en la calzada”*.

Si bien la Administración Regional, en su condición de titular de la carretera, debe mantenerla en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación, según reza el artículo 57 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en el expediente objeto de Dictamen no se ha acreditado que los elementos constitutivos de la vía se encontraran en condiciones inadecuadas. De otra parte, como recoge la propuesta de resolución, el deber de vigilancia inherente al servicio público de mantenimiento no puede exceder de lo razonablemente exigible, lo que lógicamente no puede ser una vigilancia intensa y puntual que, sin mediar lapso de tiempo, cuide de que el tráfico en la calzada sea libre y expedito en todo momento.

Por tanto, si bien se ha acreditado la realidad del suceso a través de las pruebas antes indicadas, sin embargo no se ha probado por la parte reclamante, a quien incumbe, el nexo de

causalidad entre la obligación de conservación de la misma y la irrupción de un animal en la calzada, llevando al Consejo Jurídico a compartir el criterio del órgano instructor y estimar que no puede apreciarse la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 139 LPAC para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial. La misma conclusión alcanzó el Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 40/2005, 8/2006 y 136/2008 acerca de la irrupción de animales en las autovías, tal como ha expuesto también el Consejo de Estado, entre otros, en el Dictamen de 30 de octubre de 2003 (expediente 3.184/2003), cuya doctrina es aplicable al asunto aquí consultado:

*“En el caso examinado, no cabe duda de que la lesión se ha producido a consecuencia de la utilización por el reclamante de un servicio público. La Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada. Excede, sin embargo, ese límite un caso como el sometido a consulta. Y es que el Consejo de Estado ha señalado ya en numerosas ocasiones que la presencia incontrolada de animales en las carreteras no genera la obligación de indemnizar, habida cuenta que no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, si se tiene presente que su acceso a las vías públicas puede resultar inevitable. Tal doctrina, generalmente aplicada con relación a colisiones con animales ocurridas en autopistas, resulta con mayor motivo de aplicación al caso de que ahora se trata, en que no tratándose de autopista, sino de autovía, no es obligada la privación, sino la mera limitación, de accesos a las propiedades colindantes”.*

Además, en el presente caso, como en los analizados en los Dictámenes antes indicados, sostener la atribución de la responsabilidad del accidente a la Administración entrañaría una interpretación exageradamente providencialista, al convertirla en una suerte de aseguradora universal (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de noviembre de 2007).

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos que determinan su existencia.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 69-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)
<b>Fecha</b>	04/04/2011

**Extracto doctrina**

La parte reclamante ha aportado elementos de prueba suficientes en orden a dejar acreditada tanto la existencia de los daños sufridos como la causa de los mismos, según se desprende del atestado instruido por la Guardia Civil de Tráfico

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 28 de enero de 2005 tiene entrada en el Registro de la Administración regional una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por x, por los daños y perjuicios sufridos en el vehículo de su propiedad, marca Rover 220 D3P, matrícula “—”, así como lesiones en una de las ocupantes del mismo, con motivo del accidente de tráfico sufrido el día 6 de diciembre de 2004, en la intersección de la carretera C-3211 con el camino denominado “Vereda de Enmedio”, de la Diputación del Campillo, término municipal de Lorca.

Manifiesta el reclamante que el siniestro, según consta en el atestado instruido por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil de Lorca, que se personó en el lugar de los hechos tras el acaecimiento de los mismos, *“se produjo de noche, con mal tiempo, en tramo asfaltado y vía suficientemente iluminada, concretamente en la confluencia o intersección de la carretera C-3211 (Caravaca-Águilas), en el citado Camino de En medio, frente a la ubicación de la Estación de Servicio ‘x’. El desarrollo de los hechos tuvo lugar mientras circulaba, conduciendo mi vehículo por la carretera C-3211, sentido de marcha Águilas, cuando al llegar a la intersección con el camino asfaltado denominado ‘De en medio’, que afluye por la derecha, me incorporé a dicho camino, para introducirme en el recinto de la E.S. ‘x’. Al rodar o circular mi vehículo por el lado derecho de la calzada, donde existe una boca de alcantarillado para desagüe, se hundió la rueda anterior derecha del turismo, quedando introducida la misma en dicha alcantarilla, por encontrarse, en ese momento, la tapa colocada fuera de su base de hormigón, sin que esta circunstancia pudiera ser advertida y evitada ni por mí, ni por el mejor y más prudente de los conductores, dada la poca visibilidad y condiciones atmosféricas existentes en la zona el día de los hechos”*.

Alega el interesado que como consecuencia del siniestro su vehículo sufrió daños cuya reparación asciende, según factura que adjunta, a 751,24 euros. Asimismo señala que la ocupante del automóvil, X, resultó con lesiones de las que fue atendida en el Hospital Rafael Méndez, de Lorca, estando aún pendiente de sanación, por lo que formulará su correspondiente reclamación a *posteriori*.

Acompaña a su escrito copia del atestado instruido por la Guardia Civil de Tráfico, permiso de circulación y la factura antes mencionada.

Del atestado destaca, a los efectos que aquí interesan, la diligencia que aparece al folio 9 y que, textualmente, dice:

*“El vehículo turismo Rover 220 matrícula “—“ circulaba por la carretera C-3211 sentido de marcha Águilas. Su conductor al llegar a la intersección con el camino asfaltado denominado ‘En medio’ que afluye por la derecha, se incorporó a dicho camino y se disponía a introducirse en el recinto de la estación de servicio ‘X’. Al rodar por el borde derecho donde existe la tapa metálica sobre una alcantarilla para desagüe se hundió la rueda anterior derecha del turismo quedando introducida en dicha alcantarilla, posiblemente por encontrarse la tapa colocada fuera de su base de hormigón en el momento de rodar el vehículo”.*

**SEGUNDO.-** Mediante escrito de 24 de febrero de 2005, la instructora requiere al reclamante el envío de determinada documentación, lo que se cumplimenta por el interesado mediante escrito fechado el siguiente día 22 de marzo de 2005, al que une la documentación que se la había solicitado e indica los datos de cuatro personas que presenciaron los hechos y que podrían, en su caso, testificar sobre los mismos.

**TERCERO.-** También el día 24 de febrero de 2005, la instructora solicita el preceptivo informe a la Dirección General de Carreteras para que se pronuncie sobre los extremos que aparecen recogidos en los folios 11 y 12 del expediente.

El requerimiento es cumplimentado mediante informe emitido por el Jefe de Sección de Conservación de dicho Órgano directivo, del siguiente tenor:

*“1º. La carretera C-3211 es una carretera competencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. El accidente acaece en el camino "Vereda de Enmedio" (que no es una vía pública dependiente de la Comunidad Autónoma) pero en la zona de su intersección con la carretera C-3211, construida y conservada por la Dirección General de Carreteras.*

2°. *En relación con la realidad y certeza del evento lesivo, disponemos, además de los datos que aporta el demandante, del atestado instruido por la Guardia Civil. De ellos se infiere la realidad y certeza del mismo.*

3°. *No aprecio existencia de fuerza mayor o de actuación inadecuada del perjudicado o de un tercero.*

4°. *La rejilla donde se produce el accidente estaba rota y fue reparada por el servicio de conservación con posterioridad al accidente.*

5°. *La brigada de conservación de la zona no tuvo conocimiento de la rotura de la rejilla hasta después de ocurrido el accidente. También es difícil observar la deficiencia porque se encuentra en la parte final de una intersección, dentro de un camino que no es competencia de la Dirección General de Carreteras. Sin embargo el hecho cierto es que estaba rota la rejilla en el momento del accidente.*

6°. *La carretera estaba perfectamente señalizada y existe iluminación artificial suficiente.*

7°. *Los daños de los desperfectos del vehículo quedan reflejados en el atestado de la Guardia Civil, y su importe en la factura de --. y que ascienden a un importe total de 751,24 euros.*

8°. *No aprecio más aspectos técnicos o cuestión que estime pueda ser de interés”.*

**CUARTO.-** Con la misma fecha la instructora se dirige a la Comandancia de la Guardia Civil, Agrupación de Tráfico, Destacamento de Lorca, solicitando aclaración sobre los siguientes extremos contenidos en su atestado:

*“- Si la tapa de alcantarillado se hallaba correctamente colocada o se encontraba fuera de su base de hormigón, ya que en la inspección ocular se indica que las tapas están colocadas sobre sus bases de hormigón, pero en la diligencia de informe se apunta la posibilidad de que el vehículo se introdujera en la misma al encontrarse la tapa colocada fuera de su base de hormigón en el momento de rodar el vehículo.*

*- Velocidad de la vía y velocidad aproximada a la que circulaba el vehículo en el momento del accidente.*

- *Existencia de señalización e iluminación en dicha vía,*

- *Entidad de la lluvia que caía en el momento en que ocurrió el accidente a efectos de determinar si pudo influir en la percepción del peligro por el conductor”.*

En contestación a lo requerido, el Alférez Jefe del Destacamento de la Guardia Civil en Lorca, indica que el atestado fue remitido, en su día, al Juzgado de Instrucción núm. 3 de los de Lorca, ante el que deberán, en su caso, cursar la solicitud de información.

**QUINTO.-** La instructora se dirige de nuevo a la Dirección General de Carreteras solicitando se aclare si el mantenimiento de la rejilla en la que se introdujo la rueda del vehículo del reclamante, es competencia o no de la Comunidad Autónoma, dado que en su primer informe se indicaba *“que fue reparada por el Servicio de Conservación con posterioridad al accidente, y que es difícil observar la deficiencia porque se encuentra en la parte final de una intersección, dentro de un camino que no es competencia de la Dirección General de Carreteras”.*

En contestación a tal requerimiento el Ingeniero Técnico de Obras Públicas de la citada Dirección General, indica que *“la rejilla que ha provocado el siniestro objeto de esta Reclamación Patrimonial, la conserva y es competencia de esta Dirección General de Carreteras”.*

**SEXTO.-** El Ingeniero Técnico Jefe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, previa solicitud por parte del órgano instructor, informa en fecha 17 de octubre de 2006 que, en relación al valor venal del vehículo, es de aproximadamente 4.520 euros en la fecha en que ocurre el accidente. En relación con el valor de los daños sufridos por el vehículo, que se consideran acordes con el tipo de accidente sufrido. En cuanto a la factura se estima que los conceptos de mano de obra correspondientes a la revisión de los 130.000 kms. y la sustitución de una bombilla trasera, no son partidas que debieran incluirse entre las propias motivadas por el siniestro. El resto de la factura sí se encuentra ajustada a las reparaciones motivadas por el siniestro.

**SÉPTIMO.-** Acordada la apertura del preceptivo trámite de audiencia, con fecha 4 de mayo de 2010, el reclamante presenta, el siguiente día 25 del mismo mes y año, alegaciones por las que se ratifica en el contenido de su escrito inicial.

**OCTAVO.-** El 6 de julio de 2010 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al estimar probada la concurrencia del nexo causal entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y los daños sufridos en el vehículo del interesado, si bien la

indemnización solicitada ha de minorarse en el sentido que señala el Parque de Maquinaria, de tal modo que la misma queda fijada en 724,69 euros.

**NOVENO.-** El 19 de julio de 2010 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Consejero competente solicitando la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

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

El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración autonómica el mantenimiento la carretera que se señala como origen de los daños, ya que así se desprende de la documentación incorporada al procedimiento. Siendo órgano competente para resolver el procedimiento el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Asimismo la acción indemnizatoria se ha ejercitado por el reclamante dentro del plazo de un año desde que se produjeron los daños, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado se ha ajustado, en términos generales, a lo dispuesto en los artículos 6 y siguientes del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP). No obstante, se ha de señalar que se ha superado

ampliamente el plazo máximo de resolución y notificación que el artículo 13.3 RRP establece en seis meses, habiéndose empleado para ello más de cinco años.

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

El artículo 139.1 LPAC establece, con carácter general, que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Por tanto, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 21 de abril y de 20 de mayo de 1998), los siguientes: que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o en el padecimiento del daño, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.

En el supuesto que nos ocupa se ha acreditado en el expediente la existencia de un daño efectivo, individualizado y económicamente evaluable que, *prima facie*, el interesado no tenía el deber jurídico de soportar.

Por otro lado, la parte interesada imputa el daño a una mala conservación de la carretera C-3211, en la que se encontraba una rejilla con la tapa mal colocada, de modo que la rueda delantera del vehículo del reclamante se introdujo en la alcantarilla, produciéndose los daños que constan acreditados en el expediente.

En cuanto a la necesaria relación causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño causado, hemos de reiterar que tal extremo de la reclamación debe ser acreditado por el interesado, de acuerdo con el principio general sobre la carga de la prueba que rige en nuestro ordenamiento jurídico, por aplicación de los artículos 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6 RRP.

En este supuesto, la verificación de este elemento nuclear de la responsabilidad patrimonial no plantea mayor problema, ya que, partiendo de la regla descrita, puede afirmarse que la parte reclamante ha aportado elementos de prueba suficientes en orden a dejar acreditada tanto la existencia de los daños sufridos como la causa de los mismos, según se desprende del atestado instruido por la Guardia Civil de Tráfico. Además, la propia Administración, en el informe técnico emitido por el Jefe de Sección de Conservación de la Dirección General de Carreteras, pone de relieve la realidad de la deficiente colocación de la tapa de la rejilla, así como que, en fechas inmediatamente posteriores a la del siniestro, se procedió a su reparación.

Lo anterior evidencia que la Administración regional, en su condición de titular de la vía donde se produjo el accidente, ha incumplido con su deber de mantener la carretera en las mejores condiciones posibles para la seguridad de la circulación, conforme a los artículos 57 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, y el 2 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia, entonces aplicable.

#### **CUARTA.- El quantum indemnizatorio.**

Sentada la conclusión de que existe el indispensable nexo causal, sólo resta que este Consejo Jurídico se pronuncie sobre la valoración del daño causado, cuantía y modo de indemnización que corresponde percibir al perjudicado.

El reclamante ha concretado la cuantía indemnizatoria de los daños producidos en la cantidad de 751,24 euros, según factura que se encuentra incorporada al expediente, pero el Parque de Maquinaria en su informe considera que algunos conceptos de la misma no se corresponden con los daños sufridos como consecuencia del accidente objeto de la reclamación. Restadas las partidas que según dicho servicio técnico no corresponde abonar, el importe de la indemnización queda fijado en 724,69 euros, que deben hacerse efectivo al interesado.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución estimatoria, al haberse acreditado la concurrencia de los requisitos previstos en los artículos 139.1 y 141.1 LPAC, fijándose una cuantía indemnizatoria de 724,69 euros, que deberá actualizarse conforme determina el artículo 141.3 LPAC.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 70-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	04/04/2011

**Extracto doctrina**

Para que se determine la responsabilidad patrimonial de la Administración debe existir una adecuada relación de causalidad, en términos jurídicos, entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama indemnización.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 1 de junio de 2009, x, y presentaron un escrito, dirigido a la Consejería de Educación, Formación y Empleo, en el que reclaman una indemnización de 10.000 euros por los daños materiales y morales que les había causado la denegación de diversos apoyos educativos especiales para su hija x (alumna del C.E.I.P. “*Santa María de Gracia*”, de Murcia), que padece el síndrome de “*Cat-eye*”. En concreto, reclaman por la indebida retirada por dicha Consejería, desde el curso académico 2006/2007 y hasta el presente, del apoyo especial de un profesor de Pedagogía Terapéutica, y por no haberseles reconocido el derecho a apoyo domiciliario de profesorado del centro, a pesar de haberlo solicitado.

En síntesis, en su escrito expresan que en el dictamen de escolarización realizado en junio de 2000 por el Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica (en adelante, EOEP) “*Murcia 1*” para el ingreso de la niña en el citado centro escolar, se consideró procedente, entre otras medidas educativas especiales, la de un apoyo especial en el centro de un profesor de Pedagogía Terapéutica (a lo que en diversos documentos del expediente, como en el referido dictamen, se alude como “*apoyo PT*”), debido a las prolongadas ausencias escolares de la alumna, justificadas por el tratamiento de su enfermedad; dicho apoyo especial debía ser prestado por un profesor del propio centro. Señalan que la alumna recibió este apoyo hasta el curso 2006/2007, en que ya no lo recibió, sin que se les hubiese comunicado nada previamente, retirándosele dicha medida sin procedimiento alguno, lo que resulta nulo de pleno Derecho. También señalan que cuando han solicitado el servicio de apoyo domiciliario de profesorado se les ha denegado. Por ello, tuvieron que sustituir dicho apoyo (se deduce que tanto el prestado en el centro por el indicado profesor especialista como el denegado apoyo domiciliario) con su esfuerzo personal y contratando una

profesora particular, por lo que solicitan 10.000 euros, así como 2.500 euros más por cada año en que la Administración no restablezca dicha medida.

Junto con la referida pretensión indemnizatoria, conviene señalar que el escrito contiene varias pretensiones, también dirigidas a la Consejería, tendentes al reconocimiento del derecho a obtener determinados servicios y prestaciones educativas en favor de su hija, fundadas en diversa normativa sobre apoyo a alumnos con necesidades educativas especiales. Dichas pretensiones, que los interesados manifiestan haber sido denegadas indebidamente en ocasiones anteriores, se refieren a la obtención de material educativo de unas características especiales (por las dificultades de lectura de la niña) y a la prestación de servicios de logopedia. Estas pretensiones, por no tener carácter resarcitorio, quedan al margen del presente procedimiento en lo que se refiere a su resolución, habiendo sido abordadas por ello ya en la Orden de 13 de abril de 2010, que se referirá más adelante.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, mediante oficio de 12 de noviembre de 2009 se requiere a los reclamantes para que aporten copia compulsada del Libro de Familia y acreditación del coste de las clases impartidas por la profesora de apoyo a la que se refieren en su escrito, lo que es cumplimentado por aquéllos mediante escrito presentado el 30 de diciembre de 2009, adjuntando declaraciones juradas de dos profesoras sobre las horas de clase dadas a la hija de los reclamantes en el período de los cursos académicos 2006 a 2009, por importe total de 7.644 euros (3.000 y 4.644 euros respectivamente).

**TERCERO.-** El 23 de febrero de 2010, la Vicesecretaria de la Consejería solicita a la Dirección General de Promoción, Ordenación e Innovación Educativa un informe sobre la reclamación indemnizatoria presentada, así como sobre el resto de pretensiones deducidas en el escrito de los interesados.

**CUARTO.-** El 3 de marzo de 2010, la citada Dirección emite informe en el que relata las actuaciones llevadas a cabo por el centro escolar, los EOEP y la propia Dirección General respecto del proceso educativo de la alumna, desde que fue escolarizada en el citado centro público en el curso 2002-2003 hasta el presente.

Por lo que se refiere específicamente a lo que funda la reclamación de responsabilidad patrimonial, el informe concluye que la alumna *“ha tenido durante su escolaridad los apoyos ordinarios y específicos necesarios para una adecuada respuesta educativa, según las necesidades educativas previamente valoradas por los Equipos de Orientación y lo establecido en*

*la normativa vigente, por lo que no ha existido en ningún momento retirada indebida o falta de prestación de los diversos apoyos ordinarios o específicos”.*

Junto con dicho informe, se adjunta una relación de documentos relativos al proceso educativo de la alumna y que versan esencialmente sobre actuaciones de los EOEP y de la citada Dirección General, de los que se destacan los siguientes:

1º. Dictamen de escolarización del EOEP “Murcia-1” de 29 de junio de 2000, en el que, entre otras cuestiones, se indica la procedencia de prestar a la alumna apoyo personal de Pedagogía Terapéutica, además de indicar la adaptación curricular en determinadas áreas motrices y de lenguaje escrito. Se añade que *“la necesidad de P.T. también se justifica porque a la niña, debido a su deficiencia, se le tienen que practicar operaciones con frecuencia, lo que le hace pasar algunos períodos de tiempo hospitalizada, lo que repercute en su rendimiento académico”.*

2º. Informe de revisión psicopedagógica del EOEP “Murcia-2” de 6 de mayo de 2004 en el que, entre otras consideraciones, expresa que *“si bien la alumna en sentido estricto no presenta necesidades educativas especiales, no obstante su afectación emocional unido a las ausencias justificadas del centro en razón de las intervenciones quirúrgicas y otras circunstancias relacionadas, aconsejan la permanencia provisional, en principio durante el próximo curso 2004-05, atendiéndose preferentemente por Profesor(a) de Pedagogía Terapéutica, acogida al programa de integración y debiéndose evaluar dicha opción con vistas a conseguir el proceso escolar normalizado lo más pronto posible, si ello es viable como apuntan todos los indicios”.*

3º. Escrito presentado por los padres el 18 de diciembre de 2006, dirigido a la Consejería consultante, en el que, en síntesis, expresan que desde el curso 2005/2006 su hija no ha recibido el apoyo de Pedagogía Terapéutica y que no fueron informados de la retirada de dicha medida, cuando la Orden de 14 de febrero de 1996, por la que se regula el procedimiento para la realización de la evaluación psicopedagógica y el dictamen de escolarización y se establecen los criterios para la escolarización de los alumnos con necesidades educativas especiales, establece que los padres serán oídos antes de adoptar la resolución de escolarización, habiendo sido revisadas las condiciones de escolarización sin conocimiento del interesado, lo que es nulo de pleno Derecho, solicitando que sea inmediatamente restablecido el apoyo escolar de Pedagogía Terapéutica.

4º. Informe del orientador del EOEP “Murcia-2” de fecha 11 de enero de 2007, en el que expresa lo siguiente:

*“La alumna x. fue escolarizada en el centro durante el curso 2002-03, procedente del colegio concertado x.*

*Según dictamen de escolarización emitido por el EOEP Murcia-1, aunque se trata de una alumna con un desarrollo cognitivo dentro de la normalidad (C.I:109) y un nivel curricular acorde con el nivel educativo que cursaba, a excepción de ciertas dificultades en motricidad gruesa y fina, se propuso apoyo especializado de Pedagogía Terapéutica debido a las ausencias justificadas del centro, originadas por los períodos de hospitalización derivados de varias intervenciones quirúrgicas secundarias a problemas originados por el síndrome de Cat-Eye que padece.*

*Durante dos cursos académicos, 2002-2003 y 2003-2004, la alumna ha recibido apoyo de los especialistas en Pedagogía Terapéutica, presentando una evolución positiva en su escolarización. A final del citado curso 2003-2004, coincidiendo también con el final del primer ciclo de Educación Primaria, se efectuó una revisión de su evaluación psicopedagógica por parte del EOEP Murcia-2. En el informe, se constata que la alumna presenta un desarrollo cognitivo dentro de la normalidad (C.I. 100) y que su desarrollo académico prácticamente se encuentra en la media del grupo de referencia. No obstante se aconseja, debido a las frecuentes ausencias al centro por motivos de salud, que durante el siguiente curso 2004-2005 continúe recibiendo apoyo de la especialista en Pedagogía terapéutica de forma provisional y que esta situación sea revisada posteriormente.*

*Durante el curso 2005-06, tras la petición de la familia y por decisión del Centro, previa consulta al Servicio de Inspección Educativa, la alumna ha participado de las actividades programadas para el Nivel de 3º de Enseñanza Primaria.*

*A partir del citado curso 2005-06, la alumna ha recibido y continúa recibiendo apoyo ordinario prioritario, dado que es una niña que no presenta discapacidad psíquica y que dicho apoyo prioritario se considera adecuado para favorecer una evolución positiva a nivel curricular.*

*En reunión entre su orientador escolar y la tutora de x celebrada el 28-9-2006, se constata que, en opinión de ésta, la alumna había alcanzado los objetivos mínimos propuestos para el nivel anterior, aunque con ciertas dificultades, especialmente en el área de lengua castellana y literatura y seguía siendo muy lenta para trabajar en clase.*

*No obstante, se indica también que aunque era más capaz de trabajar sola y terminaba antes las tareas con respecto al curso anterior, su autonomía en el trabajo debería seguir mejorando. Se constata igualmente que existen ciertas dificultades de relación con los demás y se*

*acuerda con la tutora prestar especial atención a este aspecto. En la misma reunión se pone de manifiesto que el esfuerzo realizado por la familia, la colaboración del centro y los apoyos que se le ofrecen, están influyendo positivamente en el proceso de aprendizaje de la niña.*

*Por todo lo mencionado anteriormente, se propone al Jefe de Estudios que se mantenga durante el presente curso 2006-07 el apoyo ordinario preferente para x.*

*En reunión mantenida con la madre de la alumna el día 19-10-06, el orientador le informó sobre todo lo explicado anteriormente. En dicha reunión, la madre de x indicó que las limitaciones visuales de la niña podrían dificultar la realización de determinadas tareas escolares, ante lo que se le pidió que solicitara al oftalmólogo un informe que constatará el alcance de dichas limitaciones y las consecuencias que se podrían derivar de cara al trabajo en el aula. En el momento actual aun no disponemos del citado informe.”*

5º. Escrito de 13 de abril de 2007, del Director General de Enseñanzas Escolares, dirigido a los padres, en el que expresa lo siguiente:

*“En relación con el escrito presentado en la Dirección General de Enseñanzas Escolares sobre el tipo de apoyos recibidos por su hija, x, escolarizada en el C.E.I.P. Santa María de Gracia, les comunico que, visto el citado escrito, desde el Servicio de Atención a la Diversidad se han realizado distintas actuaciones encaminadas a realizar un seguimiento del proceso de enseñanza-aprendizaje de la alumna.*

*Según la Orden de 14 de febrero de 1996, por la que se regula el procedimiento para la realización de la evaluación psicopedagógica, es una medida de carácter general para aquellos alumnos que disponen de informe psicopedagógico la revisión del mismo. En este caso, dicha revisión no ha tenido como finalidad el cambio de la modalidad de escolarización, sino la determinación de los apoyos necesarios. Según información remitida por el Centro, los padres han sido debidamente informados de este proceso.*

*La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en su Título II, establece los alumnos que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria (sic) y el Pacto Social por la Educación en la Región de Murcia establece las proporciones de profesorado especialista en Pedagogía Terapéutica en los centros, según los alumnos con adaptaciones curriculares significativas. Por tanto, vista la documentación aportada por el centro y tras diversas reuniones mantenidas con la tutora y otros servicios de apoyo implicados, considero adecuado el sistema de apoyos ordinarios con carácter preferente que está recibiendo la alumna, dado que sus*

*necesidades educativas no están asociadas a condiciones de discapacidad psíquica, por tanto, no necesariamente deben ser atendidas por un especialista en pedagogía terapéutica.*

*La concreción del plan de trabajo individualizado que se lleva a cabo en el centro será puesta en conocimiento de la familia a través de la tutora, con el fin de llevar un programa de intervención conjunto y coordinado, encaminado a compensar las posibles dificultades de aprendizaje de la alumna”.*

6º. Informe-resumen, de 10 de diciembre de 2007, realizado por el tutor de la alumna sobre la entrevista tenida con la madre de aquella el día anterior, que expresa lo siguiente:

*“La entrevista fue solicitada por la madre al tutor después de haber tenido otra reunión a raíz del post-operatorio de x y con motivo de exponer las siguientes cuestiones:*

*- Considerar que las clases de apoyo no estaban resultando tan eficaces como al principio se creía, debido a que x se perdía con algunos conceptos dados en clase.*

*- Que los deberes mandados por el tutor no eran debidamente controlados por la alumna, perdiendo parte del trabajo que en clase se mandaba.*

*- Posibilidad de cesar momentáneamente con las clases de apoyo para comprobar si x se integra mejor en las materias dadas por el tutor.*

*- Dejar la puerta abierta a volver a dichas clases cuando el tutor lo considere oportuno.*

*Como resultado de esta entrevista hemos llegado al acuerdo de suspender de momento las clases de apoyo hasta nuevo aviso.”*

Junto a dichas actuaciones, deben señalarse otras de interés que constan en el expediente:

7º. Informe de 23 de febrero de 2009 del EOEP “Murcia-2” en el que, además de hacer referencia a actuaciones anteriores, se reseña la favorable evolución académica de la alumna y que las únicas peticiones de los padres en relación con las necesidades educativas especiales de su hija se refieren a una evaluación psicopedagógica del EOEP Específico de Deficiencias Visuales, debido a las limitaciones de la niña en este sentido, señalando el informe que la familia no había aportado el informe oftalmológico requerido en 2006, no obstante lo cual se realizaría dicha evaluación por el referido Equipo Específico.

8º. Informe de evaluación psicopedagógica específico de deficiencia visual, de 17 de marzo de 2009, emitido por el mencionado Equipo Específico, con consideraciones y determinaciones propias de su especial objeto sobre la necesidad de realizar para la alumna unas determinadas adaptaciones de diverso material escolar.

9º. Recurso de alzada interpuesto el 30 de noviembre de 2009 por los padres contra la denegación presunta de las pretensiones realizadas en el escrito presentado el 1 de junio de 2009 (Antecedente Primero). Con relación a la pretensión de reclamación de responsabilidad patrimonial, no se realiza alegación directa alguna, si bien se alude al derecho de atención domiciliaria de profesorado regulado en el artículo 7.6.g) del Decreto regional 359/2009, de 30 de octubre, para fundar su pretensión de que se le reconozca tal servicio (pero no acredita que previamente lo hubiera solicitado y se le hubiera denegado, como sin embargo indicaba en su escrito inicial).

**QUINTO.-** Obra en el expediente la Orden de 13 de abril de 2010, del Consejero consultante, desestimando el citado recurso. Por lo que interesa a la reclamación que nos ocupa, dispone, en relación con el alegado derecho de atención domiciliaria de profesorado (asistencia de docentes al domicilio del alumno durante el tiempo en que, por determinadas contingencias sanitarias, éste no puede asistir a clase), que, conforme con el artículo 22 del citado Decreto 359/2009, debe ser solicitado por los interesados, lo que no consta que hayan efectuado hasta el momento, reconociendo su derecho a la tramitación de tal solicitud cuando sea presentada. Aparte, y en lo que se refiere propiamente a la reclamación de responsabilidad patrimonial, la Orden acuerda *“reiterar la prosecución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por Resolución de esta Secretaría General de fecha 12 de diciembre de 2009 (...) hasta la terminación del mismo.”*

**SEXTO.-** Otorgado trámite de audiencia a los reclamantes, y tras comparecer y tomar vista del expediente, el 29 de abril de 2010 presentan escrito de alegaciones en el que, en síntesis, reiteran lo expresado en el inicial en el sentido de que en septiembre de 2006 el centro escolar retiró el apoyo del profesor de Pedagogía Terapéutica, por la vía de hecho, teniendo que sustituirlo ellos con profesoras particulares, con los gastos ya acreditados (nada se dice ya expresamente sobre la atención domiciliaria de profesorado), y que, junto a la pasividad de la Administración en lo que se refiere a las necesidades educativas especiales de su hija, todo ello les ha ocasionado angustia y frustración, por lo que solicitan una indemnización de 5.000 euros por daños morales, siendo el total reclamado a 11.644 euros.

**SÉPTIMO.-** El 9 de julio de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar, conforme con el informe reseñado en el Antecedente Cuarto y la documentación adjunta al mismo, que la alumna en cuestión *“ha tenido durante su escolaridad los apoyos ordinarios y específicos necesarios para una adecuada respuesta educativa, según las necesidades educativas previamente valoradas por los Equipos de Orientación y lo establecido en la normativa vigente, por lo que no ha existido en ningún momento retirada indebida o falta de prestación de los diversos apoyos ordinarios específicos”*.

**OCTAVO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. Los reclamantes están legitimados para reclamar por los daños económicos que alegan haber sufrido por los gastos realizados en la contratación de profesorado de apoyo a su hija, así como por los daños morales que dicen haber experimentado por la actuación pasiva de la Administración regional en relación con el proceso educativo de su hija.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Consejería de Educación, Formación y Empleo es competente para resolver el presente procedimiento, al dirigirse reclamación contra ella y tratarse de unos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación, en el que se integra el centro docente donde estaba escolarizada la alumna en cuestión.

II. Por lo que se refiere al plazo anual de ejercicio de la acción resarcitoria, previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no cabe oponer objeciones, si se considera que se reclaman daños continuados en forma de gastos por contratación de profesores particulares desde el curso académico de 2006/2007 hasta el 2008/2009; finalizando éste en junio de 2009, la presentación de la reclamación el 1 de junio de tal año ha de considerarse temporánea.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales.

**TERCERA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Inexistencia.**

I. Según el artículo 139 LPAC, cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, aquéllos tienen el derecho a que la Administración les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. Por tanto, para que se determine la responsabilidad patrimonial de la Administración debe existir una adecuada relación de causalidad, en términos jurídicos, entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama indemnización.

Los reclamantes imputan a la Administración educativa la retirada, a partir de septiembre de 2006, del apoyo específico para su hija (aquejada del síndrome de “Cat-eye” y escolarizada en el centro docente regional de referencia) de un profesor de Pedagogía Terapéutica (apoyo que se había indicado como procedente en el Dictamen de escolarización emitido en el año 2000, previo a la adopción de la preceptiva resolución administrativa de escolarización); retirada que estiman indebida porque se realizó por la vía de hecho y sin comunicárselo; ante la retirada de dicho apoyo, señalan que tuvieron que contratar profesoras particulares para los cursos académicos 2006/2007 a 2008/2009. También estiman que, por lo anterior y por otras actuaciones omisivas de la Administración regional en relación con las necesidades educativas especiales de su hija (atención domiciliaria de profesorado, adaptación de material escolar a sus limitaciones visuales y prestación de servicios de logopedia), se les ha producido una angustia y frustración generadoras de un daño

moral. Por los referidos gastos de las profesoras particulares y por dicho daño moral, reclaman un total de 11.644 euros.

II. Sin embargo, a la vista del expediente remitido, no puede aceptarse la pretensión indemnizatoria de que se trata.

Por lo que se refiere a las actuaciones omisivas imputadas a la Administración en relación con la atención domiciliaria de profesorado, adaptación de material escolar a las limitaciones visuales de la alumna y a la prestación de servicios de logopedia, omisiones por las que alegan que se les ha producido una angustia y frustración generadoras de un daño moral, cabe remitirse a lo resuelto en la Orden desestimatoria del recurso de alzada reseñada en el Antecedente Quinto, que determina la ausencia de antijuridicidad en las conductas imputadas a la Administración en los aspectos allí abordados. Especialmente, debe destacarse que la Orden viene a establecer que no se ha producido ninguna denegación de servicio domiciliario de profesorado (entre otras razones, porque no consta la previa solicitud, al margen de que la alegada norma que lo establece es de 2009, posterior a la fecha de los gastos por los que se reclama), por lo que los gastos de profesoras particulares realizados por los reclamantes no son imputables a la Administración, aquí en lo atinente a los servicios docentes de carácter ordinario (no especializado) que tales profesoras hubieran prestado a la niña.

Por ello, sólo cabe abordar ahora lo relativo a la alegación relativa a la retirada del apoyo específico de un profesor de Pedagogía Terapéutica a la alumna, que venía siendo prestado en el centro público de referencia desde su ingreso en el mismo hasta septiembre de 2006. A este respecto, cabría oponer de entrada que los reclamantes no acreditan que ninguna de las profesoras contratadas por ellos hubiera prestado a la alumna los servicios que el especialista docente público en tal materia prestaba a la alumna, pues no acreditan que ninguna de tales profesoras tengan la especialidad de Pedagogía Terapéutica. Con ello cabría ya desestimar la pretensión indemnizatoria de que se trata.

No obstante lo anterior, y ante la hipótesis de que tales profesoras pudieran haber sustituido en alguna medida, aun sin reunir la indicada cualificación, la función del referido especialista, debe abordarse si la retirada del apoyo de éste por parte del centro fue una actuación contraria a Derecho y generadora de responsabilidad patrimonial. En este sentido, puede avanzarse ya que de las actuaciones obrantes en el expediente remitido se desprende que la retirada del apoyo de tal especialista no fue realizada por la vía de hecho y sin conocimiento de los interesados y, además, que tal medida estuvo adecuadamente fundada en la evolución docente de la alumna, según expresaron los oportunos informes.

El Decreto regional 111/2002, de 13 de septiembre, por el que se establece el currículo de la Educación Primaria en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de aplicación en las fechas del caso, establece en su artículo 13.2, relativo a la *“atención a la diversidad”*, que, *“en el contexto del proceso de evaluación continua, cuando el progreso de un alumno no responda globalmente a los objetivos programados, el maestro tutor, conjuntamente con el equipo de maestros del grupo, establecerá, dentro del horario escolar, medidas organizativas y recursos pedagógicos para la atención a las necesidades educativas del mismo.”* Y el artículo 14.2 establece que *“el maestro tutor será el encargado de informar periódicamente a las familias del progreso de los alumnos”*. Para colaborar en la atención a la diversidad en la función educativa y prestar el oportuno asesoramiento técnico a los centros escolares, se establecen los EOEP, hoy regulados específicamente en la Orden de 24 de noviembre de 2006, de la Consejería de Educación y Cultura.

A partir de lo anterior, el informe del EOEP de revisión psicopedagógica de la alumna de mayo de 2004 (distinto del de 2000, realizado éste previamente al dictado de la preceptiva resolución administrativa de escolarización, que no consta que fuera modificada por resolución posterior, como pretenden los reclamantes), indicó que *“si bien la alumna en sentido estricto no presenta necesidades educativas especiales, no obstante su afectación emocional unido a las ausencias justificadas del centro en razón de las intervenciones quirúrgicas y otras circunstancias relacionadas, aconsejan la permanencia provisional, en principio durante el próximo curso 2004-05, atendándose preferentemente por Profesor(a) de Pedagogía Terapéutica, acogida al programa de integración y debiéndose evaluar dicha opción con vistas a conseguir el proceso escolar normalizado lo más pronto posible, si ello es viable como apuntan todos los indicios”*.

Aceptando, en hipótesis, lo alegado por los reclamantes de que el apoyo de un profesor especializado en Pedagogía Terapéutica fue retirado (por el tutor encargado de la alumna) a partir de septiembre de 2006, tal decisión tuvo que ser comunicada a los padres por parte del tutor en alguna de las reuniones periódicas que se mantienen a efectos de comunicación de la evolución docente de los alumnos, porque de otra forma no se explica que 3 meses después de la fecha antes indicada, los padres presentaran un escrito (Antecedente Cuarto, documento 3º), en el que solicitaban que se restableciese inmediatamente dicho apoyo específico. A partir de esta solicitud formal de los padres, el orientador del EOEP emitió un informe (vid. Antecedente Cuarto, documento 4º) en el que expresa que había comunicado a la madre de la alumna, en reunión mantenida el 19 de octubre de 2006, las medidas de apoyo que, a la vista de la evolución académica y personal de la alumna, debían aplicarse, y que eran de apoyo ordinario preferente (no

ya de apoyo específico de un profesor de la especialidad antes indicada), apoyo del que ya disfrutaba desde el curso 2005/2006.

Posteriormente, y en respuesta a la referida solicitud formal de los padres, en abril de 2007 el Director General de Enseñanzas Escolares les dirige el escrito reseñado en el Antecedente Cuarto, documento 5º, del que se desprende la confirmación de la medida de apoyo ordinario prioritario y, en consecuencia, la desestimación de la solicitud de aquéllos sobre el apoyo específico. Y resulta significativo que los reclamantes, que han conocido la existencia de tales actuaciones con motivo de su comparecencia y vista del expediente, en su escrito final de alegaciones no nieguen la realidad de lo informado por el orientador del EOEP sobre la entrevista mantenida en 2006 con la madre de la alumna, ni el hecho de que el mencionado Director les dirigiera el escrito de referencia, frente al que no interpusieron recurso alguno, ni cuestionan las razones aducidas por el orientador del EOEP para modificar en su momento la modalidad de apoyo a la niña. Todo ello impide aceptar su alegación de que la retirada del apoyo de profesor de Pedagogía Terapéutica fuese realizada por la vía de hecho y sin su conocimiento, además de que no se cuestiona tampoco la corrección técnico-docente de la retirada del apoyo en cuestión.

Por otra parte, debe añadirse que las alegaciones de los reclamantes resultan contradictorias con el hecho de que posteriormente, en diciembre de 2007, el tutor de la alumna, de acuerdo con la madre, dispone incluso suspender las clases de apoyo preferente que se le estaban dando (Antecedente Cuarto, documento 6º).

De todo ello se concluye, pues, que los reclamantes sí tuvieron conocimiento de la retirada del apoyo específico de que se trata, y que ello se fundó en la apreciación del centro, asesorado por el orientador del EOEP correspondiente, de las cambiantes necesidades educativas de la alumna, sin que, como se dijo al comienzo, tampoco pueda aceptarse que hubiera una denegación de profesorado de apoyo domiciliario, por lo que la decisión de contratar profesoras particulares obedeció exclusivamente a la voluntad de los reclamantes y en nada es imputable a la actuación de la Administración educativa.

En consecuencia, no existe la adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, por lo que procede desestimar la reclamación de referencia.

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

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No existe la relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios educativos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, que es jurídicamente adecuada y necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación de referencia, se informa favorablemente. No obstante, en lo que se refiere a su parte no dispositiva, sus antecedentes deberán completarse con una más completa reseña de las actuaciones mencionadas en el Antecedente Cuarto de este Dictamen, así como incluir en su fundamentación, siquiera en síntesis, lo expresado en la mencionada Consideración Tercera.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 71-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

**Fecha** 04/04/2011

**Extracto doctrina**

No hay duda de que el accidente, cuya realidad confirman los informes del centro docente, se debió a un defectuoso mantenimiento de una de las tiras antideslizantes colocadas en los escalones de la escalera por la que bajaba la alumna.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 4 de febrero de 2010, x, como representante legal de su hija x, presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido a la Consejería de Educación y Cultura en el que, en síntesis, expresa que el 15 de diciembre de 2008, al bajar su hija por una de las escaleras del Instituto “*Francisco Salzillo*”, de Alcantarilla, resbaló en uno de los escalones, cuyo material antideslizante se encontraba en un estado deteriorado, de modo tal que, al encontrarse levantado de la superficie del escalón, provocó la caída, haciéndola rodar por las escaleras hasta que impactó bruscamente con el suelo, produciéndose un esguince cervical, traumatismo en rodilla izquierda y rotura de un diente. Considera que existió un anormal funcionamiento del servicio público, por inadecuado mantenimiento de las cintas anti-deslizamiento colocadas en los escalones que dieron lugar al acontecimiento lesivo. Reclama una indemnización de 11.821,37 euros, desglosados en los conceptos de incapacidad temporal y secuelas (9.649,37 euros) y gastos médicos (2.172 euros).

Solicita la práctica de prueba testifical y aporta diversos documentos, referidos a su hija:

- Informe de 15 de diciembre de 2008, de alta en el Servicio de Urgencias del hospital “*Virgen de la Arrixaca*”.

- Informe de 15 de abril de 2009 del Dr. x, sobre valoración del proceso sanitario y secuelas de la accidentada, de posterior comentario.

- Factura emitida el 29 de junio de 2009 por dicho facultativo, en concepto de asistencias médicas, por valor de 420 euros.

- Factura de 6 de mayo de 2009, por importe de 60 euros, emitida por "--", por consulta de traumatología.

- Factura de 17 de abril de 2009, expedida por un fisioterapeuta, en concepto de 50 sesiones de fisioterapia, por importe de 1.250 euros.

- Factura de 27 de febrero de 2009, de la Clínica "--", de Molina de Segura, por importe de 275 euros, por realización de una resonancia magnética de la rodilla izquierda.

- Presupuesto de la clínica "--", de 18 de diciembre de 2008, por colocación de una carilla de composite en pieza dental nº 11, por importe de 137 euros.

**SEGUNDO.-** Obra en el expediente un informe de accidente escolar, emitido por el director del citado instituto el 18 de diciembre de 2008, en el que se refiere al accidente de la citada alumna, que estaba en el tercer curso de la Enseñanza Secundaria Obligatoria (ESO), expresando lo siguiente: *"Bajando las escaleras le quedó el pie bloqueado en la tira negra del peldaño y cayó dando vueltas por la escalera"*. Señala como daños producidos *"esguince cervical, diente partido, contusiones"* y que precisó asistencia médica.

**TERCERO.-** Solicitado al instituto informe sobre los hechos, fue emitido el 11 de marzo de 2010 por su Director, expresando lo siguiente:

*"El accidente se produjo en la escalera de la primera planta cuando la alumna bajaba por ellas tras finalizar el segundo período lectivo, para acceder al patio, durante el primer recreo. Por lo visto, su zapato quedó enganchado en una de las tiras antideslizantes de los escalones, como así consta en el informe de accidente laboral cumplimentado el 18 de diciembre de 2008 y con registro de salida 19 de diciembre del mismo año. En general esos antideslizantes estaban en buenas condiciones. Después del mencionado accidente, se revisó y reparó la tira antideslizante que provocó el percance. (...)"*

**CUARTO.-** Otorgado a la interesada un trámite de audiencia mediante oficio de 6 de mayo de 2010, el 14 siguiente presentó escrito solicitando la práctica de prueba testifical de dos personas. En oficio de 3 de junio posterior, la instructora le comunica, entre otros extremos, que dicha prueba se considera innecesaria en cuanto queda probada la realidad del accidente; que se

ha solicitado informe al instituto sobre la fecha de reincorporación de la alumna a las clases y sobre la posible incidencia del accidente en su rendimiento escolar. Además, se le requiere para que indique la razón por la que no acudió al sistema público sanitario y no se acogió al programa de salud buco-dental de la Consejería de Sanidad.

**QUINTO.-** Solicitado al Instituto el informe aludido en el párrafo anterior, fue emitido el 11 de junio de 2010, del que se destaca lo siguiente:

*“El hecho que ha propiciado el expediente de responsabilidad patrimonial de la mencionada alumna no repercutió ni tuvo incidencia en el resultado de esta primera evaluación. (...) La alumna se incorporó después de las vacaciones de Navidad a clase, por lo que no se realizó ningún tipo de seguimiento en casa por parte del centro (...).”*

A su informe adjuntó las calificaciones de la alumna del curso en cuestión.

**SEXTO.-** Con fecha 11 de junio se acordó conceder nuevo trámite de audiencia, sin que conste la presentación de alegaciones.

**SÉPTIMO.-** Solicitada a la Dirección Provincial de Murcia del Instituto Nacional de la Seguridad Social un informe sobre si la alumna afectada había solicitado y obtenido la cobertura del mismo por los hechos en cuestión y si dicho seguro le era de suscripción obligatoria, el 2 de julio de 2010 el Subdirector Provincial de dicha entidad gestora informa que la alumna no ha sido beneficiaria de prestación, no teniendo expediente alguno; añade que la cotización a dicho seguro es obligatoria para todos los estudiantes a partir de 3º de la ESO, siendo la Tesorería General de la Seguridad Social el organismo competente para su recaudación.

**OCTAVO.-** El 2 de julio de 2010 se formula propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación. En síntesis, considera que existió una inadecuada conservación del elemento antideslizante colocado en el escalón de la escalera en la que se produjo el tropiezo y la caída de la alumna. En cuanto a los daños resarcibles, indica que sólo pueden considerarse acreditados los correspondientes a los 8 días improductivos que se deducen del informe de alta en el servicio de urgencias, pues respecto del resto del tiempo de alegada incapacidad (impeditiva o no), no se ha acreditado que la alumna sufriera limitaciones o molestias con relevancia para su indemnización; en cuanto a las secuelas, se indica que no se aporta un informe médico actualizado al respecto, ni tampoco los de los especialistas a que se refiere el facultativo privado en el informe de valoración de los daños que fue presentado. Por lo que se refiere a los gastos en la sanidad privada, expresa que no justifica por qué no acudió a la sanidad pública, a la que la alumna tenía derecho por estar

cubiertas por el sistema sanitario público las asistencias motivadas por accidentes escolares, a virtud del seguro escolar obligatorio, entre otras consideraciones.

**NOVENO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. En lo que se refiere a la reclamación de indemnización por daños físicos sufridos por la alumna menor de edad, la pretensión ha sido formulada por su madre, persona que ostenta su representación legal. En lo que atañe a los gastos por la asistencia de la primera en la sanidad privada, cabe deducir que han sido soportados por la unidad familiar. Por ello, no ha de formularse reparo desde la perspectiva de la legitimación activa.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Consejería de Educación, Formación y Empleo es competente para resolver el presente procedimiento, al dirigirse reclamación contra ella y tratarse de unos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación, en el que se integra el centro docente donde ocurrió el accidente.

II. A tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no cabe oponer, en principio, objeciones a la temporaneidad del ejercicio de la acción

resarcitoria, si se considera la fecha de presentación de la reclamación y la de la finalización del proceso sanitario de los daños que se alegan sufridos por la alumna accidentada (15 de abril de 2009, según el informe de tal fecha reseñado en el Antecedente Primero).

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales.

#### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Según el artículo 139 LPAC, cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, aquéllos tienen el derecho a que la Administración les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley.

Ahora bien, el Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter marcadamente objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999). El Consejo de Estado, en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene también que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que *“deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”*.

En el presente caso, no hay duda de que el accidente, cuya realidad confirman los informes del centro docente, se debió a un defectuoso mantenimiento de una de las tiras antideslizantes colocadas en los escalones de la escalera por la que bajaba la alumna; tira que, al estar suelta, provocó que su pie se enganchara en la misma y cayera por la escalera, reparándose

posteriormente dicho elemento antideslizante. En consecuencia, existió un anormal funcionamiento del servicio público encargado de la vigilancia y conservación de la instalación docente.

**CUARTA.- La cuantía de la indemnización.**

La reclamante solicita indemnización por diversos conceptos: gastos por la asistencia dispensada en la sanidad privada, período de incapacidad temporal y secuelas de la alumna a consecuencia de la caída en cuestión.

En relación con los gastos devengados por la asistencia dispensada en la sanidad privada, reflejados en las facturas aportadas (aparte de un presupuesto de una clínica odontológica, que no acredita la realización del servicio), desde el Dictamen 157/2004, de 29 de diciembre, este Consejo Jurídico viene estableciendo lo siguiente:

*“El supuesto que nos ocupa, es decir, el de daños físicos producidos por el funcionamiento de servicios públicos para cuya curación el interesado acude a la sanidad privada, en vez de al sistema público de salud al que tenía derecho por estar bajo la cobertura del sistema de Seguridad Social (...), ha sido abordado en diferentes ocasiones por el Consejo de Estado. Así, en su Dictamen de 5 de diciembre de 2000 (exp. 3098/2000), dicho Órgano Consultivo indicó lo siguiente:*

*“No procede indemnizar a la reclamante por los gastos médicos que ha realizado, fundamentalmente, porque, en su condición de funcionaria, tenía cobertura sanitaria pública, de tal manera que su legítima decisión de acudir a la sanidad privada en modo alguno puede implicar que la Administración deba soportar los gastos por tal motivo sufragados por la interesada.*

*Por lo demás, no consta que haya mediado urgencia vital (en cuyo caso debería haberse articulado la reclamación como un supuesto de reintegro de gastos), ni negativa injustificada al tratamiento en la sanidad pública, razón por la que la interesada debe asumir las consecuencias derivadas de su legítima decisión de acudir a la sanidad privada, pues otra solución implicaría en este caso que, a través del instituto de la responsabilidad, se estuviera incumpliendo la regulación legal relativa a los supuestos en los que, tratándose de personas con cobertura de la sanidad pública, procede abonar los gastos en la sanidad privada”.*

*En esta línea, en el Dictamen de 27 de noviembre de 2003 (Exp. 3322/2003), recordó que “debe dilucidarse si los gastos realizados en la medicina privada son asumibles por la Administración sanitaria o deben ser soportados por el propio interesado. Únicamente procedería el abono de tales gastos, a título de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes de la*

*Ley 30/1992, en el caso de error de diagnóstico o inasistencia en la sanidad pública, y a título de reintegro de gastos, en el caso de que la atención en la sanidad privada traiga causa de una “urgencia vital”, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”. En el momento presente, el referido Real Decreto ha sido sustituido por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que en el artículo 4.3 establece que “en esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”.*

Además, y como igualmente señaló este Consejo Jurídico en el citado Dictamen 157/2004 y en el 50/2008 *“la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración causante de daños físicos no constituye título suficiente, ni existe base legal alguna que lo ampare, para que el lesionado tenga el derecho de elegir la medicina privada como instrumento para la curación de sus lesiones y se le resarza de los gastos ocasionados por ello, sino que debe acudir al sistema sanitario público, y sólo tras una denegación o retraso asistencial indebidos o un error de diagnóstico, procede el resarcimiento de los gastos devengados por acudir después a la medicina privada. Tal planteamiento es, por lo demás, plenamente coherente con la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa, pues si el deber de resarcimiento de los daños causados por la Administración a un concreto ciudadano es un mecanismo de solidaridad de ésta (es decir, de la Comunidad de ciudadanos a la que representa) con aquél, es lógico que el mecanismo de reparación de los daños físicos sea el sistema sanitario público, esto es, el de Seguridad Social, que se nutre esencialmente, como es sabido, de la participación financiera solidaria del conjunto de los ciudadanos. Lo contrario, es decir, si los lesionados por causa imputable a la Administración pública pudieran elegir el sistema, público o privado, de asistencia sanitaria, no sólo se eludiría el régimen jurídico aplicable en materia sanitaria (que no excepciona, desde luego, los supuestos en que la demanda asistencial tenga su origen en una presunta responsabilidad patrimonial administrativa), sino que las obligaciones financieras para las Administraciones Públicas reclamadas serían, en muchas ocasiones, inasumibles”.*

En el presente caso, tratándose de un accidente escolar en el nivel educativo que cursaba la alumna en cuestión, la cobertura sanitaria pública viene prevista, además, de un modo específico, por las disposiciones reguladoras del seguro escolar obligatorio, conforme con la vigente Ley de 17 de julio de 1953, por la que se establece dicho seguro, y el Real Decreto 2064/1995, aprobatorio del Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (art. 60), así como resoluciones concordantes, como la Resolución de 12 de

abril de 2007 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (BOE de 4 de mayo de 2007).

En el presente caso se advierte que, una vez que la alumna acudió al servicio público de urgencias del hospital “*Virgen de La Arrixaca*” y fue tratada por el mismo, se la derivó a su médico de familia (para, en su caso, ser remitida al oportuno especialista), sin que conste razón alguna imputable a la Administración para que la accidentada no continuara siendo atendida en el sistema sanitario público, lo que apunta a su libre decisión, plenamente legítima en términos de libertad terapéutica, pero que, como se ha dicho, plantea objeciones a efectos del resarcimiento de los gastos generados por tal decisión. De lo anteriormente expuesto se concluye, en fin, que el fundamento jurídico-público de la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa de que aquí se trata (y, en consecuencia, del deber de reparación de los daños imputables a la Administración Pública por dicho título jurídico), no permite la simple traslación al caso de criterios propios del orden jurídico privado que amparan una mayor discrecionalidad del perjudicado en el modo de reparación del daño.

Por lo que se refiere a los daños físicos, se reclama, por una parte, por determinadas secuelas, consistentes en algias vertebrales, artritis postraumática de rodilla izquierda y pérdida de una pieza dentaria; por otra, por 121 días de incapacidad, de ellos 60 de carácter impeditivo. Para fundar su pretensión, la reclamante aporta un informe de un facultativo (no consta su especialidad) en el que afirma haber examinado a la alumna y alude a que ha sido tratada por especialistas en traumatología y odontología, haciendo referencia a diversos informes de los mismos, que no se aportan, a partir de lo cual dicho facultativo determina las referidas secuelas y su valoración, así como el mencionado período de incapacidad. Sin embargo, tal informe no puede considerarse suficiente por sí mismo para acreditar la realidad y entidad de los daños a los que se refiere, pues a tal efecto es necesaria la aportación de los citados informes de especialistas y que, en todo caso, éstos especifiquen el proceso sanitario seguido ante los mismos, con determinación actualizada de las eventuales secuelas que pudieran apreciar, así como, en general, es necesaria la aportación de la completa historia clínica correspondiente a la asistencia dispensada en la sanidad privada, cuyo carácter implica que tal documentación sólo pueda ser aportada por el interesado. Y todo ello para que los servicios médicos públicos (la Inspección Médica del Servicio Murciano de Salud) pueda pronunciarse fundadamente sobre los daños por los que se reclama y su razonable alcance, pues de lo contrario su determinación se dejaría en manos del perito de la parte interesada, no teniendo la Administración en tal caso otra opción que la de aceptar incondicionalmente lo informado por aquél, lo que resulta improcedente.

En tales circunstancias, a la vista de la documentación obrante en el expediente, sólo cabe aceptar como indubitado un periodo de incapacidad impeditiva de 8 días, según el parte de urgencias (que viene a coincidir sustancialmente con los días lectivos que la alumna faltó a clase). Por otra parte, el informe del director del centro señala que por el accidente no se le depararon perjuicios docentes y, aunque dejó de hacer prácticas de Educación Física, no consta prescripción médica en tal sentido, debiendo remitirnos en este punto a lo dicho anteriormente sobre la necesidad de aportar al expediente los informes de los especialistas y la historia clínica seguida en la sanidad privada, lo que podría ser cumplimentado por la interesada en instancias posteriores.

En consecuencia, en este momento sólo cabe indemnizar por el referido período de incapacidad, aceptando la cantidad de 419 euros establecida en la propuesta de resolución (que deberá ser expresada en la parte dispositiva de la misma), actualizada conforme a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Existe relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y determinados daños por los que se reclama indemnización, en los términos expresados en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es parcialmente estimatoria de la reclamación, se informa favorablemente, debiendo, no obstante, incluir en su fundamentación, siquiera en síntesis, lo expresado en la Consideración Cuarta del presente Dictamen, e incluir en su parte dispositiva la cuantía de la indemnización procedente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 72-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)
<b>Fecha</b>	04/04/2011

**Extracto doctrina**

El deber de vigilancia inherente al servicio público de mantenimiento no puede exceder de lo razonablemente exigible, lo que lógicamente no puede ser una vigilancia intensa y puntual que sin mediar lapso de tiempo cuide de que el tráfico en la calzada sea libre y expedito en todo momento.”

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 9 de octubre de 2007 se presentó en el Registro de la Consejería de Obras públicas y Ordenación del Territorio un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial formulado por x, en el que solicita una indemnización de 3.484,77 euros por los daños sufridos por su vehículo matrícula -- como consecuencia del impacto sufrido el 17 de diciembre de 2006 con un perro que se cruzó en la calzada de la Autovía del Noroeste, a la altura del punto kilométrico nº 47. Alega que por tales hechos presentó denuncia ante la Guardia Civil de Tráfico y que fue testigo de los mismos el conductor de un camión que circulaba por la zona en ese momento. Considera que la Administración regional, titular de la vía, es responsable de los daños, por haber incumplido sus deberes de vigilancia y mantenimiento de la misma, debiendo garantizar a los usuarios una circulación sin riesgos.

Adjunta diversos documentos, entre ellos copia de la citada denuncia, informe pericial de valoración de daños y factura de reparación del vehículo, por la indicada cantidad.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y requerida la subsanación y mejora de la misma, el 8 de enero de 2008 el reclamante presentó diversa documentación al respecto.

**TERCERO.-** Solicitado informe de la Dirección General de Carreteras, mediante oficio de 27 de junio de 2008 remite escrito del 18 anterior de la empresa concesionaria de la explotación de la autovía de que se trata, que expresa lo siguiente:

*“La actual Autovía del Noroeste-Río Mula (C-415) pertenece a la Red de Carreteras de la Región de Murcia, siendo por lo tanto de titularidad autonómica.*

*A.- En la fecha indicada (se refiere a la del accidente indicada por el reclamante) el servicio de vigilancia de esta empresa concesionaria, tras una llamada procedente de la sala del 112 efectuada a las 11:40 horas y en la que se notificaba la colisión con un animal, se desplazó a la zona indicada, detectando los restos de un animal (perro) y partes de un vehículo marca Volkswagen en el P.k. 47-350 de la autovía, según consta en los partes y registros de los que se dispone. Debe suponerse que dichos restos corresponden al siniestro indicado por el reclamante.*

*B.- De la descripción que aporta el reclamante en el escrito presentado no se deduce actuación negligente del mismo o terceros, por lo que parece debe ser considerado como un hecho imprevisible e inevitable.*

*C y D.- En carreteras de estas características (autovías) se hace prácticamente imposible controlar la existencia de animales en la calzada, ya que estos pueden irrumpir en la misma introduciéndose por cualquiera de los accesos, abiertos, por los que entran y salen los vehículos.*

*Es importante destacar que en el punto del atropello, localizado en el P.k. 47,3 se encuentra cercano un acceso a la autovía:*

- *Enlace Carrascalejo (salida 46 / P.k. 46,8).*

*De la existencia de vallado lateral no se deriva necesariamente una relación de causalidad entre el servicio público y los daños producidos al colisionar con animales sueltos en las autovías, pues éstos pueden acceder la calzada a través de los accesos antes mencionados, mediante otros vehículos en circulación o traspasando el vallado, por el acto de un tercero o por sus propias cualidades naturales.*

*E.- Según lo anteriormente expuesto no debe imputarse a la Administración, ni al servicio de conservación y explotación que realiza esta empresa concesionaria, responsabilidad alguna por la reclamación efectuada.*

*F y G.- En el tramo donde se localiza el siniestro no se han realizado actuaciones distintas a las que requiere el normal mantenimiento y conservación de la vía. La señalización tanto vertical como horizontal, así como el balizamiento en toda la autovía y accesos, es la preceptiva según la normativa vigente.*

*H.-Al no ser materia de su competencia, esta empresa concesionaria no puede emitir ninguna valoración de los daños materiales alegados por el reclamante.*

*L-El estado del vallado de la autovía es objeto de una revisión periódica por parte del personal de vigilancia de esta concesionaria. En este tipo de atropellos, y como norma general, el personal que atiende o detecta el incidente procede a efectuar una revisión exhaustiva del vallado en la zona en la que se ha producido el atropello.*

*En el caso que nos ocupa, no hay constancia de que se detectaran desperfectos en la zona en cuestión durante la inspección efectuada.*

*Igualmente, debe reseñarse que no se produjo aviso previo alguno por parte de los servicios de emergencia (sala 112, Guardia Civil, Policía Local, etc.) así como del propio servicio de vigilancia específica que presta esta empresa concesionaria, sobre la presencia de animales en la zona.*

*Como ya se ha indicado anteriormente, la notificación recibida a las 11:40 horas por parte del servicio del 112, daba cuenta del suceso ya producido. A partir de dicha llamada, el incidente fue atendido a los pocos minutos al encontrarse el personal de vigilancia en las cercanías del mismo, si bien los vehículos implicados en la colisión no se hallaban en el lugar. Tras cumplimentar el parte de incidencias y tomar fotografías, se procedió a enterrar al animal en la berma de la calzada y revisar el estado del vallado en la zona, siguiendo el procedimiento establecido para estos casos.”*

**CUARTO.-** Otorgado trámite de audiencia mediante oficio de 1 de agosto de 2008, no consta la presentación de alegaciones.

**QUINTO.-** El 2 de marzo de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, fundada, en síntesis, en la ausencia de una adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de conservación y vigilancia de carreteras y los daños por los que se reclama, por considerar acreditado que la entrada del animal se produjo por el muy cercano acceso existente en el lugar del accidente y por no constar deficiencias en el vallado de la autovía.

**SEXTO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente con su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional.

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

I.- El reclamante acredita la titularidad del vehículo siniestrado, gozando por tanto de la condición de interesado a efectos de ejercer la presente acción que, a tenor de la fecha del accidente, ha sido ejercitada dentro del plazo anual establecido en el artículo 141.5 de la Ley 30/1992, de de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

II.- En cuanto al procedimiento, tratándose de daños acaecidos durante la utilización de un servicio público gestionado mediante concesión administrativa, se advierte que no se ha emplazado, al menos de forma expresa, al concesionario del servicio (al que sólo se le solicitó la emisión de un informe), cuando no cabe duda de su condición de interesado, ya que en la resolución del mismo podría determinarse su responsabilidad por los referidos daños, de conformidad con lo establecido en el artículo 97 del RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en la fecha de los hechos. Dicha necesidad de un adecuado emplazamiento y el otorgamiento del trámite de audiencia deriva, entre otras normas, de los artículos 31 y 84 LPAC. No obstante, en el presente caso, similar al abordado en el Dictamen de este Consejo nº 240/10, puede sostenerse, en una interpretación finalista del indicado trámite, tendente esencialmente a evitar indefensión de los contratistas de la Administración, que tal emplazamiento se realizó de forma implícita, en la medida en que la empresa concesionaria del caso, bien conocedora de estos supuestos de su eventual responsabilidad por la naturaleza profesional y reiterada de su actividad concesional, sabe de la

existencia de la reclamación y del procedimiento, al haberle solicitado la Dirección General de Carreteras un informe sobre la primera, hecho a partir del cual podía haberse personado como interesada y ejercer los derechos inherentes a tal condición, al margen de haber evacuado el informe solicitado. Ello no obstante, en el futuro el órgano instructor deberá realizar de modo expreso y formal el indicado emplazamiento y, en el presente expediente, como en cualquier otro de esta naturaleza, deberá notificarle la resolución del procedimiento y obrar, respecto de dicha concesionaria, en consecuencia con lo resuelto en el mismo.

Por otra parte, el contenido del informe emitido por la concesionaria se considera implícitamente asumido por el referido órgano administrativo, al remitirlo al instructor en sustitución de su propio informe, por lo que puede considerarse cumplimentado este trámite preceptivo.

**TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos de conservación y mantenimiento de carreteras y los daños por los que se reclama indemnización. Inexistencia.**

I. De los artículos 139 y siguientes LPAC se desprende que la Administración Pública debe responder por los daños efectivos e individualizables que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

El Consejo Jurídico se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre supuestos análogos al presente, como en el Dictamen nº 31/09, de 2 de marzo, en el que, conforme con reiterada jurisprudencia y doctrina consultiva sobre casos similares, se expresaba lo siguiente:

*“...del informe de la empresa concesionaria evacuado a instancia del órgano instructor se desprende la realidad del siniestro pero, en ningún caso, la concurrencia del nexo de causalidad.*

*En efecto, la mercantil concesionaria manifiesta que no tiene constancia de la existencia de desperfectos en la valla de cerramiento correspondiente al punto en donde se produjo el atropello (p.k. 43), por lo que se presume que la irrupción del animal en la calzada se produjo por los accesos existentes a la Autovía a escasa distancia del mismo (salidas 42 en el p.k. 43.1 y salida 41 en el p.k. 42), que por definición deben permanecer expeditos para el paso de vehículos en este tipo de vías. (...)*

*Conviene aquí señalar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), que el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente*

*garantizada no obliga, sin embargo, en supuestos como el que es objeto de Dictamen, en el que el nexo causal entre el daño alegado y la actuación administrativa acusa una interferencia concretada en la irrupción en la calzada de un animal: “La presencia incontrolada de animales en carreteras - dice el alto Órgano Consultivo- no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, ya que su acceso a la vía puede resultar inevitable, atendiendo a las diferentes formas en que pueden irrumpir en la calzada”.*

*Si bien la Administración Regional, en su condición de titular de la carretera, debe mantenerla en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación, según reza el artículo 57 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por R.D. Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en el expediente objeto de Dictamen no se ha acreditado que la valla en el lugar del atropello se encontrara en condiciones inadecuadas, concurriendo además la circunstancia de que próximo a dicho punto existía un acceso a la autovía por donde, probablemente, accedió el animal, como se ha destacado anteriormente. De otra parte, como recoge la propuesta de resolución, el deber de vigilancia inherente al servicio público de mantenimiento no puede exceder de lo razonablemente exigible, lo que lógicamente no puede ser una vigilancia intensa y puntual que sin mediar lapso de tiempo cuide de que el tráfico en la calzada sea libre y expedito en todo momento.”*

En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia, como la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de septiembre de 2005, transcrita en nuestro Dictamen nº 199/08, al que igualmente nos remitimos.

II. En el presente caso, con base en los informes emitidos, se acredita la realidad del accidente y la producción de ciertos daños, pero no pueden aceptarse las alegaciones del reclamante sobre la imputación de éstos al actuar administrativo, y ello por la existencia de un acceso próximo al lugar del accidente (acceso que es obviamente lógico y necesario para dar el oportuno servicio, y por el que es inevitable que puedan penetrar animales), ya que el accidente se produjo en el p.k. 47 de la autovía, existiendo un acceso en el p.k. 46.8. Y ello complementado por el hecho de que no conste desperfecto alguno en la valla colindante, como informa la concesionaria y no ha sido desvirtuado por el reclamante.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- No se ha acreditado la relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de vigilancia y mantenimiento de carreteras y los daños por los que se reclama, que es jurídicamente necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen. En consecuencia, la propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 73-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 06/04/2011

**Extracto doctrina**

La valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 27 de septiembre de 2007, x, en representación de x, presentó ante el Servicio Murciano de Salud (SMS) un escrito en el que manifestaba que el 15 de septiembre de 2006, el marido de aquella, x, de 41 años, fue intervenido de colecistomía en el hospital “*Reina Sofía*”, dándosele de alta el siguiente 26, ingresando en su servicio de urgencias el 28 por fiebre, siendo remitido a su domicilio con tratamiento antibiótico; el 29, tras asistencia sanitaria domiciliaria, fue ingresado nuevamente en urgencias, donde falleció a las pocas horas del día 30, sin que se haya justificado la actuación de los profesionales sanitarios ante el inesperado resultado de la muerte del paciente, siendo clara su responsabilidad. Manifiesta su voluntad de llegar a un acuerdo indemnizatorio al respecto. Adjunta escritura de apoderamiento al efecto.

**SEGUNDO.-** El 17 de octubre de 2007 se dirige oficio al representante de la reclamante requiriéndole la subsanación del escrito de reclamación, conforme a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**TERCERO.-** Posteriormente, el indicado representante presentó escrito en el que amplía su exposición de los hechos y el fundamento de su pretensión indemnizatoria, añadiendo a su escrito inicial que en la intervención por colelitiasis gangrenosa realizada al marido de la reclamante el 15

de septiembre de 2006 en el citado hospital, por laparotomía subcostal, con ligadura de arteria cística, se presentó una complicación no muy corriente, consistente en hemorragia intraperitoneal por sangrado de dicha arteria, y que la ausencia de analíticas durante el periodo en el que permaneció hospitalizado impidió detectar la citada complicación y tratar adecuadamente la misma desde el principio. Se le dio de alta el día 26 de ese mes, pero el siguiente 28 acudió al servicio de urgencias del mismo hospital por dolor abdominal y fiebre y, ahora sí, se le practica analítica, que revela  $(4,95) \times (10) 6$  hematíes, pese a lo cual se le envía a su domicilio sin realizarle pruebas complementarias. Dicha analítica revela claramente unos parámetros que debieron advertir (o intuir), si no cual era la situación real del paciente, sí al menos su gravedad, y aconsejar más actuaciones. El día 29 de septiembre vuelve a acudir a urgencias a causa del agravamiento de la situación y entonces sí se le practican pruebas complementarias, consistente en ecografía abdominal, que revela abundante material líquido espeso en la cavidad peritoneal. Se le practica intervención de urgencia y se encuentra hemoperitoneo de sangre fresca por hemorragia activa de la arteria cística, pero a las 5:30 del día 30 se produce el óbito.

Alega el interesado que el fallecimiento podía haberse evitado si se hubiese detectado a tiempo que la arteria cística continuaba sangrando después de la intervención quirúrgica a que fue sometido el día 15 de septiembre de 2006. El que dicha arteria no quedase bien taponada después de la operación es algo que puede ocurrir, pero el continuo sangrado que padeció el paciente hubiese revelado una analítica anómala si ésta se hubiese practicado durante el periodo de hospitalización. No obstante, en la analítica de la primera asistencia a urgencias sí se revelaban anomalías como para haber practicado desde ese momento pruebas complementarias (cosa que no se hizo), de forma que si en ese momento se hubiese practicado la ecografía abdominal se hubiese detectado el problema a tiempo, que luego el día 29, cuando se advirtió la hemorragia, fue imposible de resolver. Ello determina la responsabilidad patrimonial del SMS, por el importe que en su momento se determine.

**CUARTO.-** Solicitada al citado hospital la historia clínica del paciente e informes de los profesionales que lo atendieron, fue remitida mediante oficio de 9 de noviembre de 2007, destacándose los siguientes informes:

- En relación con todo el proceso asistencial, el informe de 6 de noviembre de 2007, del doctor x, del Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo del hospital, expresa lo siguiente, a partir del ingreso en el centro del día 14 de septiembre de 2006:

*“- El día 14-9-2006 consultó de nuevo en urgencias por empeoramiento del cuadro, presentando tensión arterial de 130/90, 37,2° centígrados, con hematocrito de 50%, hemoglobina*

de 17,7 g/dl, y amilaseemia inferior a 26 u/l. Tras valorar al paciente se le practicó una ecografía que apuntaba la alta sospecha de que se tratara de una colecistitis aguda.

Decidimos operarlo, tras informarle de los riesgos y beneficios, firmando el preceptivo consentimiento informado. Iniciamos la cirugía mediante laparoscopia, pero al encontrar un plastrón inflamatorio inaccesible decidimos abrir una laparotomía para identificar bien todas las estructuras. Tanto es así que tras cerrar la arteria y el conducto cístico con un clip, decidimos reforzarlos con una ligadura de hilo, para más seguridad. Dejamos un tubo de drenaje para terminar de limpiar la cavidad y asegurar que no se coleccionara sangre o pus.

- El día 18-9-2006, pasados 4 días de la operación, el paciente tenía tránsito intestinal, pues defecaba, el drenaje salía seroso, algo teñido y en cantidad de 50 dl diarios. Presentó un pico febril de 38° centígrados, por lo que fue examinado, descubriéndose y drenándole un absceso en la herida quirúrgica que se siguió curando en los días sucesivos.

- El día 20-9-2006, al 6° día, se vuelve a examinar la herida, haciendo un nuevo desbridamiento de la misma, hallando, todavía, una zona de infección que se limpia, retirando más puntos.

- El día 21-9-2006 ya no presenta fiebre, pero la herida sigue manchando, por lo que se decide continuar con las curas en el hospital, el drenaje salía limpio, se había movilizado y se desprendió durante la noche, pero tras 7 días ya no era necesario seguir drenando la cavidad, pues no había ningún indicio de complicaciones.

- Los días 24, 25, y 26 se siguió curando la herida, que fue mejorando, tomaba dieta normal sin problemas y defecaba sin dificultad, por lo que el día 26, al permanecer sin fiebre, decidimos darle de alta hospitalaria para seguir las curas en la consulta de cirugía, ya que pasados 12 días de la intervención no presentaba otra complicación que la infección de la herida.

- El día 28-9-2006 acudió a urgencias por presentar fiebre 10 horas antes de 38,4° centígrados. Se realizó un examen de laboratorio en el que no había aumento de leucocitos, la bioquímica y las pruebas de coagulación eran normales y presentaba un hematocrito de 46,5%, con 15,5 g/dl de hemoglobina (dentro de lo normal). La herida manchaba de color seroso (ambarino), por lo que se le dio de alta con tratamiento antibiótico.

- Al día siguiente, 29-9-2006, 15 días después de la operación, acudió a su domicilio el servicio de Urgencias de Santomera, a las 19,45 horas, por presentar fiebre de 39,5° centígrados

de 24 horas de evolución acompañado de dolor en epigastrio e hipocondrio derecho, la herida era serosa, presentaba palidez, hipoventilación, piel caliente e hipotensión, por lo que se establece el diagnóstico diferencial de infección postoperatoria, embolismo pulmonar o sepsis. Inmediatamente se avisa a una ambulancia para su traslado al hospital, pero el paciente presenta una parada cardiorrespiratoria practicándosele resucitación cardiopulmonar.

- Ese mismo día 29, a las 20,38 horas llega al hospital en coma e intubado con ventilación mecánica, por lo que ingresa directamente en la UCI, donde se le realiza un examen completo, con análisis de sangre que muestra 36,6% de hematocrito, 12,2 g/dl de hemoglobina, 21.900 leucocitos y 38,6° centígrados, que a las 22 horas se sube a 39,4° tras perfundirlo. Se realiza una ecografía abdominal hallando abundante líquido espeso con hígado, riñones y bazo normales.

Sobre las 22,30 horas es operado, hallando gran cantidad de sangre fresca en el abdomen, sin coágulos, ni abscesos, con un foco sangrante junto al lecho hepático que se pudo controlar con un punto de sutura (parecía la arteria cística), se revisó toda la cavidad, quedando sólo un sangrado en el ligamento hepato-duodenal o hiato de Winslow que se taponó con un coagulante (Surgicel). Pasó de nuevo a la UCI donde se objetivó un hematocrito de 16,9%, hemoglobina 5,7 g/dl y un gran déficit de coagulación que hace que sangre incluso el tubo digestivo, falleciendo sobre las 5,30 horas por parada cardíaca secundaria a la hemorragia.

#### Discusión:

Aunque la causa final pudiera haber sido la hemorragia, es improbable que ésta se produjera muchas horas antes, ni siquiera un día antes del fallecimiento, toda vez que el día anterior mostraba un hematocrito de 46,5%, cifra del todo normal, sin embargo cuando llegó al hospital al día siguiente, en coma, presentaba 36,6%, por lo que se puede deducir que en ese momento se había establecido una hemorragia importante y muy reciente, pero insuficiente como para llevar a un paciente al estado de shock o coma con esos niveles de hemoglobina en sangre. El médico que lo atendió en su domicilio no sospecha en ningún momento que se trate de una hemorragia, pues no hay ningún dato que le haga pensar en un shock hipovolémico, al contrario por 1a fiebre, la hipotensión y la hipoventilación que precedieron a la parada, en todo caso apunta a un embolismo pulmonar por lo súbito del cuadro. De cualquier forma sería necesaria la autopsia para dilucidar los dos últimos.

Reiteramos, en mi nombre y en el de mi Servicio, las condolencias por tan dramático desenlace en una persona tan joven, creemos que el paciente fue operado de la colecistitis cuando no respondía al tratamiento médico, que presentó una infección de la herida, tratándose de una

*complicación relativamente frecuente en esta patología y que el alta no fue forzada el 12º día, pues se encontraba bien y deambulando, de hecho yo mismo le di el informe en mano y tuve que buscarlo en el pasillo, pues ya se había vestido y había abandonado la habitación. Años antes también lo operé de un sinus pilonidal sin que hubiera ningún problema”.*

- En relación con su asistencia al Servicio de Urgencias el 28 de septiembre de 2006, el informe de 31 de octubre de 2007 del doctor x expresa lo siguiente:

*“1.- El motivo de consulta fue fiebre de 10 horas de evolución.*

*2.- A la exploración física el paciente presentaba un buen estado general manifiesto, que descartaba todo compromiso hemodinámico*

*3.- Que en el curso de esa exploración física no presentaba dolor ni defensa abdominal, a excepción de las molestias propias de la sutura quirúrgica.*

*4.- En las analíticas realizadas se certificaban unos niveles de hemoglobina 15,5 mg/dl, con hematocrito de 46,5%, parámetros absolutamente dentro de la normalidad y que en nada se corresponde con una pérdida sanguínea en cavidad abdominal, como en días posteriores se puso de manifiesto.*

*5.- Que el tratamiento recomendado, a tenor de los síntomas y signos presentados por el paciente, era el adecuado, aun a pesar de haber sido plasmado en una "simple receta" según consta el informe remitido por el letrado de la x.*

*6.- Que sabiendo -a posteriori- el desenlace de dicho paciente, ni uno solo de los síntomas y signos, como tampoco los resultados de las pruebas complementarias realizadas, ayudan a sospechar la existencia de dicha patología el referido día 28/09/06.”*

**QUINTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 3 de febrero de 2010, que, tras analizar los hechos y realizar las oportunas consideraciones médicas, finaliza con las siguientes conclusiones:

*“- Paciente de 41 años con colecistitis aguda que se somete a colecistectomía laparoscópica que es preciso convertir a colecistectomía abierta por el hallazgo de colecistitis gangrenosa. En el postoperatorio presenta absceso de pared que se trata con drenaje y antibioticoterapia, siendo alta a los 12 días de la intervención. A las 48 horas consulta de nuevo por*

fiebre, con exploración y analíticas normales, por lo que se remite a casa con tratamiento antibiótico. A las 24 horas es derivado de nuevo al hospital, donde ingresa en estado de shock, detectándole abdomen con signos de peritonitis, leucocitosis importante y discreto descenso de los valores de hematocrito y hemoglobina. Tras ecografía que habla de líquido/colección serosa intraabdominal, se procede a revisión quirúrgica urgente que revela hemoperitoneo masivo por sangrado a través de arteria cística. A pesar de la cirugía, la administración de hemoderivados y drogas vasoactivas fallece en UCI.

- La indicación quirúrgica y la técnica realizada son correctas. El seguimiento postoperatorio también fue correcto. Previa a la intervención firmó los consentimientos informados que incluían entre las posibles complicaciones la infección de la herida y el riesgo existente, aunque mínimo, de muerte.

- No existió durante su ingreso ningún signo o síntoma que hiciera sospechar complicación grave.

- La valoración realizada en urgencias el día 28 también fue correcta. Se realiza anamnesis, exploración física y analítica, sin que en ninguna se revelara anomalía que permitiera sospechar o prevenir la complicación finalmente aparecida. En concreto, las cifras de hematocrito y hemoglobina eran rigurosamente normales y de ningún modo indican o alertan de que pudiera estar ocurriendo pérdida sanguínea alguna.

- Tras la complicación acaecida, hemoperitoneo con shock hipovolémico, la asistencia recibida también es correcta, aunque no se consigue evitar el fallecimiento del paciente”.

**SEXTO.-** Obra en el expediente dictamen médico presentado por la compañía aseguradora del SMS de fecha 10 de abril de 2010, la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud emitió dictamen pericial, realizado por varios especialistas en cirugía general y del aparato digestivo, sobre el contenido de la reclamación, que, tras analizar los hechos y realizar las oportunas consideraciones médicas, finaliza con las siguientes conclusiones:

“1. El paciente fue intervenido de manera correcta de una colecistitis aguda gangrenosa en el HURS (Hospital Universitario Reina Sofía) de Murcia.

2. En el postoperatorio desarrolla una sepsis de herida, que tiene una incidencia de más del 15% en cirugía contaminada de urgencia.

3. *La anatomía patológica confirma el diagnóstico y la necesidad de cirugía.*

4. *El tratamiento postoperatorio es correcto.*

5. *Tras el alta, a las 48 horas, el paciente es atendido en el CDS (Centro de Salud) y en el Hospital de urgencias, sin que en ningún momento presentara ni signos ni síntomas de abdomen agudo de origen hemorrágico.*

6. *Contrariamente a lo que se expone en la reclamación, los análisis realizados son absolutamente correctos, por lo que no estaba indicada ninguna prueba de imagen.*

7. *Posteriormente, a las 24 horas, reingresa por un cuadro de shock hipovolémico, de origen hemorrágico, que es tratado de manera correcta.*

8. *En la intervención se aprecia la existencia de un hemoperitoneo masivo secundario a una hemorragia activa a través de la arteria cística.*

9. *El hemoperitoneo masivo de sangre roja indica que la hemorragia era reciente, y no se había producido en el postoperatorio inmediato (se refiere al de la colecistectomía).*

10. *El hemoperitoneo es una de las causas más frecuentes de abdomen agudo. El paciente hasta el día 29 no presentó ni signos ni síntomas de abdomen agudo.*

11. *La hemorragia de la arteria cística a los 14 días de una colecistectomía es un hecho imprevisible y por lo tanto difícilmente evitable.*

12. *De acuerdo con la documentación examinada se puede concluir que todos los profesionales que trataron al paciente en el CDS y en el HURS lo hicieron de manera correcta y de acuerdo con la «lex artis».*

**SÉPTIMO.-** Otorgado trámite de audiencia y vista del expediente a los interesados, el representante de la reclamante compareció para tomar vista del mismo, pero no consta la formulación de alegaciones.

**OCTAVO.-** El 19 de julio de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que, a la vista de los informes emitidos, no se ha acreditado la adecuada relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios sanitarios

regionales y los daños por los que se reclama, que es jurídicamente necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial pretendida.

**NOVENO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 RRP.

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a la reclamante, por ser quien sufre los daños por los que reclama indemnización, derivados del fallecimiento de su marido. La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos. Constando la interposición de recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación, no procederá dictar resolución si constara haber recaído sentencia sobre el fondo del asunto.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.****Consideraciones generales.**

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación de éste ha de regirse por la denominada *“lex artis ad hoc”*, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes

números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *“lex artis”* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *“lex artis”*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *“lex artis”* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva

objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la “*lex artis*”, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Inexistencia.**

Como fundamento de su pretensión, la reclamante alega que el fallecimiento de su marido podía haberse evitado si se hubiese detectado a tiempo la hemorragia existente en la arteria cística, producida tras la intervención quirúrgica de colecistectomía a que fue sometido el día 15 de septiembre de 2006. Señala que el hecho de que tal arteria no quedase bien taponada tras dicha operación es algo que puede ocurrir, pero el continuo sangrado que alega que padeció el paciente durante los 12 días siguientes de hospitalización se hubiese revelado si en ese periodo se hubiera realizado alguna analítica, lo que hubiera dado resultados anómalos, resultando que no se realizó ninguna durante ese período. No obstante lo anterior, en la analítica realizada en la primera asistencia a urgencias el día 28 de dicho mes sí se revelaban anomalías como para haber practicado desde ese momento pruebas complementarias como una ecografía abdominal, que hubiese revelado la hemorragia, prueba que no se realizó entonces, sino sólo en la asistencia a urgencias del siguiente día 29, cuando dicha patología ya fue imposible de resolver.

Ahora bien, la reclamante no aporta ninguna prueba que acredite que la hemorragia existiera desde el momento en que el paciente fue intervenido de colecistectomía el 15 de septiembre de 2006, ni que durante los 12 días de postoperatorio (debidos a la infección de la herida quirúrgica, hecho común en estos casos, según indican los informes emitidos) existiera indicio clínico alguno de la existencia de tal hemorragia; ni que el estado del paciente cuando acudió a urgencias el siguiente día 28 fuese indicativo de otra patología que no fuera la recurrencia de dicha infección, ni que los resultados de la analítica entonces realizada fueran anormales para practicar prueba complementaria alguna, como la ecografía abdominal, que sí estaba indicada ante la situación clínica del paciente el día 29, en que dicha prueba se realizó. Al contrario, las consideraciones realizadas en los informes médicos reseñados en los Antecedentes ponen de manifiesto que las actuaciones médicas adoptadas en cada momento fueron las acordes con la *“lex artis ad hoc”*, es decir, con la situación clínica del paciente en cada uno de los momentos en que fue atendido, aun lamentando el desgraciado desenlace producido.

Así, por lo que se refiere a la colecistectomía y el postoperatorio, el informe de la Inspección Médica expresa que *“la indicación quirúrgica y la intervención realizada son correctas”* y que *“en el postoperatorio apareció fiebre intermitente de hasta 38°, objetivándose un absceso de pared que fue drenado y tratado con antibioticoterapia”*, pero que *“no había ningún otro indicio (constantes, tolerancia digestiva y exploración abdominal normales) de que existiera otra complicación potencialmente peligrosa para el paciente”*, afirmando que *“no existió durante su ingreso ningún signo o síntoma que hiciera sospechar complicación grave”*.

En el mismo sentido se pronuncia el informe médico aportado por la compañía aseguradora, que recoge entre sus conclusiones la corrección de la intervención y del tratamiento postoperatorio.

En cuanto a la atención sanitaria que recibió el paciente cuando el 28 de septiembre de 2006, 48 horas después del alta de la operación, acudió al servicio de urgencias del hospital, señala el informe de la Inspección que se consulta por fiebre de 10 horas de evolución y que no existe dolor abdominal salvo molestias en la sutura, concluyendo que *“la valoración realizada en urgencias el día 28 también fue correcta. Se realiza anamnesis, exploración física y analítica, sin que en ninguna se revelara anomalía que permitiese sospechar o prevenir la complicación finalmente aparecida. En concreto, las cifras de hematocrito y hemoglobina eran rigurosamente normales y de ningún modo indican o alertan de que pudiera estar ocurriendo pérdida sanguínea alguna”*. Señala también que *“de esta forma la sintomatología referida por el paciente de fiebre y molestias en la zona de sutura podría estar completamente explicada por la infección, que sí estaba presente en la herida quirúrgica y, de acuerdo con esta presunción diagnóstica, se le*

*reinició tratamiento con antibióticos. No hay ningún indicio de sangrado ni sospecha que exigiera la realización de otras pruebas diagnósticas, ni existe la seguridad de que la hemorragia se estuviera produciendo ya en este momento”.*

El dictamen médico de la compañía aseguradora informa en el mismo sentido, afirmando que *“tras el alta, a las 48 horas, el paciente es atendido en el CDS y en el Hospital de urgencias, sin que en ningún momento presentara ni signos ni síntomas de abdomen agudo de origen hemorrágico. Contrariamente a lo que se expone en la reclamación, los análisis realizados son absolutamente correctos, por lo que no estaba indicada ninguna prueba de imagen”.*

Finalmente, también considera la Inspección Médica adecuada la actuación de los profesionales que atendieron al paciente el día 29 de septiembre, destacando que entonces *“sí aparecen signos de alarma tanto por la afectación de las constantes como por la exploración abdominal (signos de peritonismo) como por los valores de la analítica realizada, en la que ahora sí se objetiva un descenso de los valores de la hemoglobina (baja 3 puntos, de 15,5 a 12,2) y hematocrito (diez puntos, de 46,5% a 36,6%)”, por lo que se solicita la ecografía que revela el hemoperitoneo masivo”, por el que finalmente fallece.*

El informe médico de la compañía aseguradora añade, en fin, que *“el hemoperitoneo es una de las causas más frecuentes de abdomen agudo. El paciente hasta el día 29 no presentó ni signos, ni síntomas de abdomen agudo. El hemoperitoneo masivo de sangre roja indica que la hemorragia era reciente, y no se había producido en el postoperatorio inmediato. La hemorragia de la arteria cística a los 14 días de una colecistectomía es un hecho imprevisible y por lo tanto difícilmente evitable”.*

Conforme con lo expuesto, al no acreditarse la existencia de una infracción a la *“lex artis ad hoc”* sanitaria en el tratamiento dispensado al paciente, no puede aceptarse que exista la relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización, que es jurídicamente adecuada y necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por lo que procede desestimar la reclamación de referencia.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No se ha acreditado que exista la relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización, que es jurídicamente adecuada y necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto es desestimatoria de la reclamación de referencia, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 74-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en accidente de circulación.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 06/04/2011

**Extracto doctrina**

El Consejo Jurídico considera, como lo ha hecho en varios Dictámenes (por todos, los números 107 y 152 del año 2003), que la Administración no debe responder cuando, como ocurre en el presente caso, el nexo causal que pueda derivar de la utilización de un servicio público se rompe por la conducta del propio reclamante que, con o sin negligencia, conduce su vehículo sin ajustarse a las condiciones legales que derivan del concreto estado y señalización de las vías públicas o carreteras, y de las demás condiciones de la circulación en el momento de producirse el accidente

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 3 de marzo de 2006 se presentó en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio una reclamación por parte de x, en su propio nombre y en el de su hijo x, solicitando indemnización por los daños físicos y materiales sufridos como consecuencia del accidente de circulación ocurrido el 4 de marzo de 2005, cuando aquella conducía sobre las 10,30 horas el vehículo propiedad de su hijo, marca Ford Focus, matrícula --, por la Vía Rápida del Mar Menor, y pasada la salida existente hacia Los Belones y --, el vehículo patinó sobre un gran charco de agua, perdiendo su control, chocando contra la mediana en el lado izquierdo de la conductora, saliendo despedido hacia la derecha y volcando por el terraplén existente hasta la vía de servicio.

A consecuencia del accidente, la conductora y su acompañante, x, tuvieron que ser trasladados en ambulancia hasta el Hospital Santa María del Rosell de Cartagena, cuyos partes asistenciales se acompañan, señalando que de todo ello quedó constancia en el atestado núm. 193/2005 instruido por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil en Cartagena.

Se le imputa al funcionamiento del servicio público el mal diseño de una vía pública, al permitir la formación de una hondonada dentro del mismo carril, en la que se puede acumular agua

sin salida, hasta el punto de que el vehículo que circulaba a la debida velocidad se deslizara perdiendo su control.

Finalmente, se solicitan las cantidades de 10.100,18 euros por las lesiones sufridas por la conductora x y 10.850 euros por los daños materiales ocasionados al vehículo propiedad de x, cuya magnitud ha provocado la baja del vehículo para su circulación.

**SEGUNDO.-** El órgano instructor, mediante escrito de 23 de mayo de 2006, notifica al domicilio designado por la reclamante el plazo máximo para la resolución y notificación del procedimiento y el efecto que puede producir el silencio administrativo, todo ello en cumplimiento de lo previsto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

También se le requiere para que subsane y mejore el escrito de reclamación con la documentación que se reseña en los folios 17 y 18 del expediente.

**TERCERO.-** En su cumplimiento, la reclamante presenta escrito el 8 de junio de 2006, acompañando los documentos que obran en los folios 20 a 49, destacando los siguientes:

1. Escritura de poder otorgada por la Notaria x, que acredita que la reclamante actúa en representación de su hijo x.

2. Partes del Servicio de Urgencias del Hospital Santa María del Rosell y de alta de la incapacidad temporal de la accidentada.

3. Parte de baja del vehículo siniestrado con sus antecedentes.

4. Informe del perito de la compañía de seguros sobre los daños del vehículo.

5. Declaración de que no han percibido ambos reclamantes indemnización por daños materiales o personales, salvo en concepto de lunas, a diferencia del acompañante de la conductora del vehículo que recibió 1.800 euros, en concepto de daños personales.

6. Permiso de conducción de la reclamante.

7. Por último, el acta de la denuncia verbal presentada por x ante el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Cartagena, en la que expone (folios 20 y 21):

*“Que en el día de hoy (4-3-05) sobre las 10,30 horas aproximadamente, cuando su madre x residente en --, en compañía de su compañero sentimental x, viajaban en el vehículo matrícula (...), a la altura de la salida de Los Belones la conductora x debido a la lluvia el coche ha patinado a la izquierda teniendo un pequeño roce con el quitamiedos de hormigón de la mediana, perdiendo el control, desplazándose hacia la derecha, saliéndose de la vía y volcándose el vehículo. Que a raíz de esto ningún Airbag de los cuatros que tiene el vehículo ha saltado, lo que ha ocasionado más daños a los ocupantes (...) Que por tanto quiere denunciar a la empresa -- (...).”*

Además, se propone la práctica de la prueba testifical del acompañante en el vehículo.

**CUARTO.-** Solicitado el atestado al Destacamento de Cartagena de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, es remitido el 18 de enero de 2007 por el Teniente Jefe de dicho Destacamento (atestado número 193/2005). En él se recoge como posible causa del accidente:

*“Circular a una velocidad excesiva para la limitación de la vía e inadecuada para las condiciones de la misma por parte de la conductora del turismo Ford Focus”.*

**QUINTO.-** El Jefe del Parque de Maquinaria emite informe sobre la valoración de los daños el 12 de febrero de 2007.

**SEXTO.-** El 2 de marzo de 2007 se emite informe por el Jefe de Sección de Conservación I, con el visto bueno del Jefe del Servicio, de la Dirección General de Carreteras con el siguiente contenido:

*“ A) No se tiene conocimiento del evento lesivo hasta la presente reclamación de responsabilidad patrimonial, por lo que no se puede confirmar la realidad y certeza del evento lesivo.*

*B) Dado que la limitación de velocidad en ese tramo de carretera es de 80 km./h. y la reclamante circulaba entre 90 y 95 km./h., según refleja el atestado de la Guardia Civil, se puede considerar el evento lesivo como una actuación inadecuada de la perjudicada.*

*C) En ese tramo de carretera la IMD es de aproximadamente 26.500 vehículos/día y no existe constancia de accidentes similares en es punto ni en esa fecha ni en otras, ya sea con la calzada seca o mojada, como se indica en el atestado.*

*D) No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*

*E) No se puede determinar la imputabilidad de la responsabilidad de esta Administración (...).*

*G) El tramo de carretera, con buena visibilidad, tiene una limitación de velocidad a 80 Km./h.*

*(...)*

*J) Por otra parte, según consta en el atestado, tanto la reclamante como la Guardia Civil manifiestan que la carretera estaba mojada y no se hace mención a ningún "gran charco" existente en la calzada o que éste hubiera sido la causa del accidente".*

**SÉPTIMO.-** El día 27 de agosto de 2007 se presenta escrito por la parte reclamante, proponiendo como medios probatorios algunas fotografías del lugar del siniestro y del estado en que quedó el vehículo, tomadas el día en el que ocurrió el accidente a través del teléfono móvil, según refiere.

**OCTAVO.-** Practicada la testifical de parte el 15 de junio de 2010 (casi tres años después), consta el acta formalizada con las respuestas dadas por x a las preguntas formuladas por la parte reclamante (folios 87 a 89).

**NOVENO.-** Otorgado un trámite de audiencia a los interesados, no consta que hayan comparecido en el expediente, tras lo cual se formula propuesta de resolución de 20 de octubre de 2010, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar, conforme al atestado de la fuerza actuante y al informe técnico de la Dirección General de Carreteras, que el accidente pudo deberse a la falta de adecuación por parte de la conductora a las circunstancias de la vía, debiendo haber extremado las precauciones ante el estado de la carretera por la lluvia caída, no ajustándose a lo dispuesto en el artículo 45 del Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre.

**DÉCIMO.-** Con fecha 4 de noviembre de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. Resulta acreditada la legitimación activa de los reclamantes, al haber sufrido los daños personales y materiales que se reclaman, conforme a lo previsto en los artículos 139.1, en relación con el 31 LPAC.

La titularidad autonómica sobre la carretera, circunstancia acreditada por el informe de la Sección de Conservación I de la Dirección General de Carreteras, confiere legitimación pasiva a la Administración regional, al funcionamiento de uno de cuyos servicios se imputa el daño por el que se reclama.

2. La reclamación fue interpuesta en el plazo de un año que, para la prescripción del derecho a reclamar, establece el artículo 142.5 LPAC, toda vez que el accidente acaeció el 4 de marzo de 2005 y la reclamación se presentó el 3 de marzo de 2006, según la propuesta elevada (no resulta visible la fecha de registro). No obstante, en el caso de los daños personales alegados por la conductora, el artículo 142.5 LPAC establece que el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas, habiendo acreditado que estuvo de baja médica hasta el 26 de septiembre de 2005.

3. Respecto al procedimiento seguido, este Órgano Consultivo realiza las siguientes observaciones:

a) El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, si bien debe dejarse constancia de la excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación, pues se ha superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13 RRP, al haber

transcurrido más de 4 años desde su iniciación hasta que se formula la propuesta de resolución por el órgano instructor, detectándose una paralización del procedimiento de casi 3 años, sin que se realizara ninguna actuación.

b) Respecto a la formalización de la práctica de la prueba testifical, con ocasión de nuestro Dictamen núm. 171/2007 se recomendó a la Consejería consultante que modificara la redacción del modelo de acta, en lo que concierne a las preguntas generales del artículo 367 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), de manera que se haga constar que el testigo tiene conocimiento del contenido del precepto citado, antes de dar su respuesta. Tal observación se reitera a la vista de la incorporada en el expediente, puesto que, pese a que en la denuncia presentada ante el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Cartagena figura que el testigo propuesto x es compañero sentimental de la conductora, en las respuestas dadas por éste a las preguntas generales (sin que conste que el precitado precepto haya sido leído al declarante), tendentes a aclarar la existencia de algún vínculo con la reclamante, se contesta negativamente por el interrogado. Para el caso de que ya no existiera tal vinculación en ese momento, el artículo 367.2 LEC habilita al instructor a consignar dicha circunstancia en el acta. Una vez practicada la prueba corresponde al órgano instructor valorar los resultados de la misma y las tachas que se formulen (artículos 316 y 376 LEC), puesto que en el procedimiento administrativo rige el principio de la libre valoración de la prueba por parte del órgano decisorio con sujeción a las reglas de la sana crítica.

c) No consta el testimonio de las actuaciones penales previas, cuya necesidad de incorporar a estos procedimientos ha reiterado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes evacuados a petición de la Consejería consultante; no obstante, la trascendencia de su omisión en el presente caso es menor, dado que figura impreso en el atestado remitido por el Teniente Jefe del Destacamento de Cartagena de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil que las diligencias han sido archivadas por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de dicha localidad.

**TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público regional de vigilancia de carreteras y los daños por los que se reclama: inexistencia.**

I. Los elementos de la responsabilidad patrimonial.

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

que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada.

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, sentencia de la Sala 3ª de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que de lo contrario el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

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

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

## II. Efectividad del daño.

Mediante el atestado núm. 195/05, instruido por el Destacamento de Cartagena de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, se ha acreditado la realidad del accidente por el que se reclama, ocurrido el 4 de marzo de 2005, a las 10,30 horas, en la carretera MU-312 (AP-7-Cabo de Palos), Km. 11,600.

También que, como resultado del mismo, se produjeron daños personales a los ocupantes y materiales al vehículo, que fue dado de baja para la circulación.

### III. Falta de acreditación del nexo causal.

El relato de lo sucedido efectuado en el escrito de reclamación (gran charco de agua que se había formado en una zona hundida de la carretera), y la consiguiente imputación del daño “al pésimo estado de ejecución, conservación y mantenimiento de la carretera”, son contradichos tanto por la primera versión de los reclamantes, como por el atestado de la fuerza actuante.

Efectivamente, en la denuncia presentada el mismo día del accidente ante el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Cartagena, x (titular del vehículo) expone que debido a la lluvia el coche ha patinado hacia la izquierda, rozando con la mediana, perdiendo su conductora el control del mismo, sin que en modo alguno se atribuya la causa del accidente a las condiciones de la carretera (folios 20 y 21). Refiere que no han funcionado los airbag del vehículo y que por tales hechos se quiere denunciar a la empresa vendedora del mismo. Pero la misma conductora expresa también en la primera manifestación que realiza a los agentes de la Guardia Civil que se personaron en el lugar, según transcribe el atestado, *“que circulaba desde La Manga e iba hacia La Unión por el carril izquierdo, que no llevaba alumbrado. Que estaba lloviendo y el suelo mojado, que circulaba entre 90 y 95 Km./h. con cinturón. Que el vehículo se le ha ido a la derecha y luego hacia la izquierda y luego hacia la cuneta, volcando”*. Conviene destacar de esta primera declaración que únicamente hace referencia a que estaba lloviendo y que el suelo estaba mojado.

Pero es en el atestado donde se recogen las características del tramo de la vía en el que se produjo el accidente y el parecer de los instructores sobre lo sucedido en base de la inspección ocular practicada y a las manifestaciones de la conductora, el que contradice de plano la imputación de los reclamantes al servicio público viario:

- Características de la vía: estado del firme mojado, visibilidad buena, lloviendo (apartado de condiciones atmosféricas) y limitación de velocidad a 80 Km./h.

- Descripción: *“El turismo Ford Focus al parecer circula por el carril izquierdo de la vía MU-312, cuando al llegar al km. 11´600 el cual se haya configurado por un tramo recto a la salida de una curva de radio hacia la izquierda, su conductora debido al estado de la vía mojada y en pendiente descendiente, pierde el control y roza contra el muro de hormigón de separación de calzadas, saliendo despedido el vehículo y saliéndose por el margen derecho donde después de atravesar la cuneta terriza herbácea choca la parte anterior contra el camino de servicio y vuelca, quedando en esta posición”*.

En ningún caso se hace referencia a que el accidente tuviera su origen en las condiciones de ejecución y de mantenimiento de la vía, señalando la Sección de Conservación I de la Dirección General de Carreteras que el tramo de la carretera de que se trata tiene una intensidad media de vehículos por día de 26.500, sin que existan antecedentes de accidentes similares al ocurrido, ya sea con la calzada seca o mojada.

Tampoco las fotografías aportadas por los reclamantes con posterioridad permiten cuestionar la descripción de los hechos contenida en el atestado, pues únicamente muestran que la carretera se encontraba mojada como consecuencia de la lluvia, pero no prueban las imputaciones de los reclamantes al servicio público.

Tampoco, partiendo del funcionamiento normal del servicio público, puede considerarse acreditada la existencia del necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y los daños alegados. Y ello porque, según resulta de las propias manifestaciones de la conductora obrantes en el atestado, en el momento de producirse el siniestro circulaba a una velocidad aproximada de 90/95 km./h., cuando la máxima en el tramo estaba limitada a 80 km./h.

De ahí que los agentes de la fuerza actuante expresen en el atestado, como probables causas del accidente, *“la circulación a una velocidad excesiva para la limitación de la vía e inadecuada para las condiciones de la misma por parte de la conductora del turismo Ford Focus”*.

Al margen de que el exceso de velocidad y la falta de adecuación de la conducción a las condiciones de la vía (artículos 19.1 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, y 45 del Reglamento General de Circulación, ya citado), excluyen la antijuridicidad del daño, en la medida en que la conductora se coloca en situación de asumir las consecuencias del mismo. De otra parte, no conviene olvidar que, conforme a la denuncia presentada por el titular del vehículo ante el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Cartagena, los daños fueron mayores al no funcionar los airbag del vehículo.

Por tanto, el hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no exime del imprescindible nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño, como han puesto de manifiesto la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 2582/98, de 16 de julio) y pronunciamientos judiciales, entre ellos, las sentencias de 13 de junio de 2001 y de 8 de febrero de 2008 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

En este punto, debe recordarse la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo plasmada, entre otras muchas, en sentencias de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de octubre de 1994 y 6 de mayo de 1999, en las que se afirma que cuando las lesiones producidas no son imputables al funcionamiento del servicio público y sí al proceder del accidentado, se produce la ruptura del nexo causal y la exoneración de responsabilidad patrimonial.

Desde esta premisa, el Consejo Jurídico considera, como lo ha hecho en varios Dictámenes (por todos, los números 107 y 152 del año 2003), que la Administración no debe responder cuando, como ocurre en el presente caso, el nexo causal que pueda derivar de la utilización de un servicio público se rompe por la conducta del propio reclamante que, con o sin negligencia, conduce su vehículo sin ajustarse a las condiciones legales que derivan del concreto estado y señalización de las vías públicas o carreteras, y de las demás condiciones de la circulación en el momento de producirse el accidente. Este pronunciamiento hace innecesario que deban realizarse posteriores consideraciones sobre la cuantía y modo de indemnización. (Dictamen 71/2005).

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, al no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 75-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por X, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 06/04/2011

**Extracto doctrina**

Sólo en el caso de que se produzca una infracción de la "lex artis" responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 30 de enero de 2007, X presentó escrito, dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS) en el que, en síntesis, expresa que en 2005 acudió al Hospital Fundación de Cieza por dolor crónico y agravado en la mano derecha, con sensación de entumecimiento en la palma y dedos, y dificultades de movimiento; realizada una electromiografía, evidenció una neuropatía del nervio mediano con atrapamiento severo, siendo diagnosticada de "*síndrome de túnel del Carpo derecho severo*", y se le aconsejó someterse a una intervención quirúrgica. El 30 de enero de 2006 se la intervino en dicho Hospital, y según el informe de alta médica emitido, el procedimiento utilizado consistió en sección del retináculo flexor del carpo derecho.

Después de la citada intervención no experimentó mejoría, más bien al contrario, advirtió una inflamación del tendón, por lo que se le prescribió tratamiento rehabilitador, que finalizó el 13 de diciembre de 2006. El resultado de dicha rehabilitación no fue positivo, ya que el dolor, la debilidad y el entumecimiento de la mano se iban agravando con el tiempo, y se irradiaba por todo el brazo, por lo que se encuentra en situación de incapacidad temporal desde el 30 de enero de 2006. El progresivo empeoramiento se comunicó a los facultativos que la asistieron, sin que los requerimientos fueran atendidos. Sólo desde el Servicio de Rehabilitación, y ante la insistencia de la reclamante, el 8 de agosto de 2006 se formuló una petición de determinadas pruebas médicas a la Sección de Neurofisiología Clínica.

En informe médico facilitado con posterioridad, aparecía como antecedentes: "*rehabilitación tenosinovitis flexores mano dcha.*", lo que constituía una inflamación del revestimiento de la vaina protectora que cubría los tendones. En otro informe de 22 de enero de 2007, se diagnosticó de

"*tendinopatía tt. flexores 2º y 3º dedo mano dcha.*", sin que tal diagnóstico se confirmara posteriormente ni fuera propuesto nuevo tratamiento, sin tener un certero diagnóstico ni un adecuado tratamiento médico, habiendo aumentado progresivamente la debilidad y atrofiamiento de esa mano. Por todo ello, y ante la ausencia de copia de su historial clínico y de una valoración objetiva sobre el mal que sufría, por deficiente cuando no nula información facilitada (tanto antes de la intervención como después de ella), formula reclamación por los perjuicios que en su día se determinarían, a consecuencia del deficiente funcionamiento de la Administración Sanitaria.

A su escrito adjunta determinada documentación clínica, relativa al proceso seguido, en concreto: inclusión en lista de espera quirúrgica, de fecha 26 de septiembre de 2005, informe de alta hospitalaria en Unidad de Cirugía Mayor Ambulatoria, de fecha 30 de enero de 2006, petición de pruebas a la Sección de Neurofisiología Clínica, informe de consultas externas de Rehabilitación de fecha 16 de enero de 2007, sobre evolución de la enfermedad, informe del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica de 22 de enero de 2007.

**SEGUNDO.-** El 23 de febrero de 2007, el Director Gerente del SMS dictó resolución de admisión a trámite, la cual fue notificada a las partes interesadas.

**TERCERO.-** Requerida la reclamante para que propusiese la prueba pertinente, el 4 de mayo de 2007 presentó escrito proponiendo la documental, consistente en solicitud al citado hospital de copia de su historia clínica, y la testifical del personal médico que realizó la intervención quirúrgica así como del que llevó a cabo el proceso de rehabilitación.

**CUARTO.-** Solicitado al hospital copia de la historia clínica de la paciente e informes de los facultativos que la atendieron, la documentación fue remitida mediante oficio de 30 de abril de 2007.

De ella se destacan los siguientes informes:

- Informe emitido el 27 de abril de 2007 por facultativo del mismo Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica, que indica lo siguiente:

*"Paciente operada en este Servicio COT, del STC derecho crónico severo (según informe de EMC 30/01/06). En las revisiones postquirúrgicas de los días 14/02/ y 13/03 presentaba una evolución favorable, pero en la revisión del día 26/09 refería un cuadro clínico de dolor en antebrazo y mano dcha. compatible con tenosinovitis del flexor del 4º dedo; por lo que se remitió al*

*servicio de RHB y se le practicó nuevo estudio EMG donde se objetivó la mejoría de su neuropatía, pasando de grado severo a grado leve.”*

- En relación con dicha rehabilitación, obra en la historia clínica un informe de 16 de enero de 2007, emitido por facultativo del Servicio de Rehabilitación del citado hospital, que expresa lo siguiente:

*“Paciente de 23 años que estuvo en tto. de RBH por secuela de tenosinovitis de los flexores mano derecha, tras intervención de síndrome del túnel del carpo derecho con secuela, además, de neuropatía del nervio cubital. Tras la lenta recuperación se le solicitó EMG: “neuropatía focal del nervio cubital derecho grado leve y neuropatía del nervio mediano también grado leve”. Se señala que la EMG de antes de la operación mostraba una neuropatía mediana con atrapamiento severo.*

*El 13 de diciembre del 2006, después de 40 sesiones de fisioterapia, al examen se aprecia dolor residual en cicatriz, por lo que aquel día fue alta de la fisioterapia. Volverá cuando su médico lo solicite.”*

- Finalmente, se destaca el informe emitido por el Jefe de Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica, de 2 de mayo de 2007, que expresa lo siguiente:

*“Paciente atendida en el Servicio de C.O. y Traumatología y diagnosticada de STC en grado severo (EMG de fecha 05/07/05).*

*Fue intervenida quirúrgicamente en fecha 30/01/06, realizándose sección de retináculo flexor en carpo.*

*En la evolución (26/05/06), se queja de dolor en antebrazo, que aumenta con la flexión activa.*

*Solicita cambio de especialista y es vista por el Jefe de Servicio con fecha 23/10/06, coincidiendo en el diagnóstico, y solicitando nueva EMG para descartar patología en relación con el acto quirúrgico realizado.*

*En la EMG se observa evolución muy favorable del atrapamiento del n. mediano (signos de compresión leve asociado a anastomosis de Martín -Kruger).*

*Se indica tratamiento de Rehabilitación, reflejándose en la Historia Clínica el desconcierto ante la actitud del paciente.*

*No siendo habitual en la redacción de informes de este tipo la expresión de una opinión subjetiva, sí puedo afirmar que:*

*1. La paciente fue explícitamente informada por mí de su patología, más si cabe cuando se pone especial énfasis en la atención de enfermos que muestran su desacuerdo con nuestra atención.*

*2. No procede reclamación alguna, no teniendo relación su clínica actual con aquélla objeto de la cirugía –y, por cierto, resuelta con éxito-. Prueba de ello son las dos consultas (14 de Febrero y 13 de Marzo de 2006), en las que en la evolución post-operatoria no hace referencia a ella”.*

**QUINTO.-** *Obra en el expediente un informe médico-pericial aportado por la compañía aseguradora, de 28 de enero de 2008, del que se destaca lo siguiente:*

#### **“6- CONSIDERACIONES DEL CASO**

*Se trata de una enferma con sintomatología de atrapamiento del nervio mediano en el túnel del carpo, confirmado por estudio de E.M.G. que, en consecuencia, fue intervenida quirúrgicamente. Como está indicado se realiza una apertura del túnel del carpo.*

*En las revisiones realizadas en Febrero y Marzo la evolución parece que fue positiva. Posteriormente la enferma presenta dolor en el antebrazo. El electromiograma demuestra una muy buena evolución, pasando de una lesión por compresión grave a una lesión focal leve. Se diagnosticó una Tenosinovitis de Flexores y tratada con rehabilitación.*

*Todo el proceso está dentro de los criterios de tratamiento adecuados.*

#### **7- CONSIDERACIONES FINALES**

*1. Mujer de 22 años que acude a la Fundación Hospital de Cieza tras ser diagnosticada de síndrome de túnel carpiano. Es intervenida con fecha 30-1-2006 en el citado Hospital de Cieza mediante sección del retináculo flexor del carpo derecho en régimen de cirugía ambulatoria, sin complicaciones en el postoperatorio, instaurándose medidas analgésicas y posturales habituales. Posteriormente la paciente presenta un cuadro de tenosinovitis.*

2. *La enferma fue diagnosticada de síndrome de túnel carpiano correctamente, mediante estudio clínico y electrofisiológico.*

3. *La indicación de tratamiento quirúrgico es la adecuada en estos casos.*

4. *La técnica realizada es la adecuada y se realizó de forma correcta sin complicaciones intraoperatorias.*

5. *La evolución postoperatoria fue normal.*

6. *La aparición de una tenosinovitis en el postoperatorio tardío no puede considerarse como relacionada directamente con la cirugía, debiendo considerarse como un proceso independiente.*

#### 8- CONCLUSIÓN FINAL

*La atención prestada a la paciente x, en relación con el diagnóstico y tratamiento de un síndrome del túnel carpiano, en la Fundación Hospital de Cieza, fue acorde a la Lex Artis ad Hoc, no hallándose indicios de mala praxis ni conducta negligente por parte de ninguno de los especialistas asistenciales.”*

**SIXTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS sobre la reclamación, y previo requerimiento y obtención de la historia clínica de la reclamante en el nivel asistencial de atención primaria, fue emitido el 15 de abril de 2010, formulando las siguientes conclusiones:

*“PRIMERA: No hemos encontrado a lo largo del proceso estudiado defectuosa asistencia médica en relación al diagnóstico y tratamiento del Síndrome del túnel del Carpo que presenta x, habiendo estado la misma ajustada a los protocolos vigentes, y poniéndose a disposición de la paciente los recursos humanos y materiales disponibles.*

*SEGUNDA: La indicación de tratamiento quirúrgico se fundamentó en el fracaso del tratamiento conservador, posibilidad contemplada en la literatura médica consultada para el 50% de los casos del Síndrome del Túnel del Carpo.*

*TERCERA: La mala evolución sufrida y la aparición de las secuelas reclamadas (dolor, impotencia funcional, persistencia de síntomas, etc.), son más imputables a las características del proceso patológico (cronicidad del mismo y grado de atrapamiento) y a la idiosincrasia de la*

*paciente (edad, existencia de anastomosis de Martin Gruber, etc.), que a la calidad de la atención médico-sanitaria prestada por los Servicios de Traumatología y Rehabilitación del Hospital Fundación de Cieza.*

*CUARTA: El diagnostico definitivo y la existencia de secuelas quedó establecido en el informe que a petición de la paciente emitió el Dr. x (Servicio de Rehabilitación) el día 16 de enero de 2007. Dichas secuelas están contempladas en el documento de Consentimiento Informado suscrito por la paciente 3 meses antes de la cirugía.”*

**SÉPTIMO.-** Otorgado trámite de audiencia y vista del expediente a los interesados, no consta su posterior comparecencia ni la formulación de alegaciones.

**OCTAVO.-** El 19 de julio de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que no se ha acreditado la adecuada relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama, que es jurídicamente necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial pretendida.

**NOVENO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a la reclamante, por ser quien sufre los daños por los que reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia, una vez operado el correspondiente traspaso de competencias del INSALUD a la primera.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.**  
**Consideraciones generales.**

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.
  
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación de éste ha de regirse por la denominada *“lex artis ad hoc”*, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *“lex artis”* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *“lex artis”*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en*

*que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.*

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la “*lex artis*” responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la “*lex artis*”, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Inexistencia.**

La reclamante imputa al anormal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios del hospital Fundación de Cieza la producción de unas secuelas derivadas de la intervención quirúrgica allí realizada para intentar solucionar el síndrome de túnel carpiano severo en su mano derecha, del que fue diagnosticada. Según el informe de 16 de enero de 2007 aportado por la interesada, transcrito en el Antecedente Cuarto, tras la rehabilitación seguida y realización de un EMG, se advierte neuropatía focal de los nervios cubital y mediano derechos, de carácter leve, y dolor residual en cicatriz.

A tal efecto, del escrito de reclamación inicial (no formuló alegaciones posteriormente) cabe extraer dos imputaciones sobre el anormal funcionamiento de los servicios sanitarios: una de carácter material, consistente en el inadecuado tratamiento y la falta de un diagnóstico final para las dolencias que padece tras su intervención quirúrgica, y otra de índole formal, referida a la falta de información previa y posterior a dicha intervención.

Sin embargo, tales alegaciones no pueden aceptarse, pues, en lo atinente a la primera imputación, la reclamante no acredita en forma alguna la alegada mala praxis en el tratamiento, antes al contrario, todos los informes médicos obrantes en el expediente indican claramente lo contrario. A su vez, tampoco puede aceptarse que no se le haya ofrecido un diagnóstico final, pues el mismo informe aportado por ella misma sobre las secuelas por las que reclama, contienen en sí tal diagnóstico.

Pero, además, debe señalarse que, conforme con los informes médicos de 2 de mayo de 2007 (Antecedente Cuarto), 28 de febrero de 2008 (Antecedente Quinto), y 15 de abril de 2010 (Antecedente Sexto), la patología que finalmente aqueja a la reclamante no puede considerarse propiamente una secuela (entendida como lesión producida como consecuencia de una intervención previa), ya que esencialmente se trata de la misma neuropatía que le aquejaba como consecuencia de su patología de base (el ya indicado síndrome), pero reducida notablemente en su gravedad (lo que demuestra el éxito, aun parcial, de la cirugía, que nunca puede garantizar la absoluta curación, como señala el informe de la Inspección Médica del SMS), o bien se trata de una patología asociada con dicho síndrome, pero no causada por la cirugía (la anastomosis de Martin-Gruber). En cualquier caso, el informe de la Inspección Médica señala que la posibilidad de dolores por cicatrización patológica o la recidiva del síndrome (o también, obviamente, y como antes se ha dicho, la imposibilidad de garantizar una plena curación), se desprenden del

documento de consentimiento informado que suscribió la interesada el 26 de septiembre de 2005, previamente a la intervención de referencia.

En consecuencia, no existiendo una adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y los daños por los que reclama indemnización, no concurren los requisitos legales para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que procede desestimar la reclamación de referencia.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No existe la relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización, que es jurídicamente necesaria y adecuada para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 76-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por una descarga eléctrica provocada por un transformador propiedad de la CARM.

**Consultante** Consejero de Agricultura y Agua (2004)

**Fecha** 06/04/2011

**Extracto doctrina**

Abundando en la inexistencia de responsabilidad administrativa, los informes emitidos acreditan la regularidad de la instalación eléctrica en cuestión, que estaba adecuadamente protegida y revisada conforme a la normativa de aplicación.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado el 4 de diciembre de 2008, x presentó reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigida a la Dirección General de Industria, Energía y Minas de esta Administración regional, solicitando que se le indemnice por los daños sufridos por una descarga eléctrica provocada por un transformador propiedad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ubicado en el sanatorio (luego albergue juvenil), hoy abandonado, de titularidad autonómica, sito en el Parque Regional de Sierra Espuña. Alega que el 8 de diciembre de 2007 entró con unos amigos en el recinto de dicha propiedad, al ver que tenía las puertas abiertas y había bastante gente, y que, cuando estaba dentro del edificio visitándolo, al bajar al sótano vio un agujero en la pared de una habitación que daba a otra, por el que penetró y, al incorporarse, sufrió una fuerte descarga eléctrica, debido al mal estado de conservación de las instalaciones eléctricas, a la inexistencia de vigilancia, al estar las puertas abiertas, y no existir carteles alertando del grave peligro existente por el transformador. Después fue trasladado al Centro de Salud de Alhama y luego al hospital “*Virgen de La Arrixaca*” para ser atendido de las lesiones sufridas, estando en la actualidad recuperándose de las mismas, no pudiendo por ello ahora cuantificar la indemnización procedente, lo que se hará en su momento. Considera que existe responsabilidad patrimonial de la Administración regional por haber vulnerado su obligación de garantizar la seguridad de los ciudadanos en los lugares públicos.

Adjunta a su escrito parte de baja laboral del 8 de diciembre de 2007 e informe de alta hospitalaria de 11 de febrero de 2008.

**SEGUNDO.-** Obra en el expediente un informe de fecha 8 de diciembre de 2007 del Jefe de Comarca Medioambiental en Sierra Espuña, dirigido al Director Conservador del Parque Regional de Sierra Espuña, en el que expresa lo siguiente:

*“El Sábado día 8 de Diciembre de 2007, a las 17,45 horas, se recibe la notificación de que no había luz en el Restaurante --, y comprobando que no se trata de una avería de carácter general, se procede a inspeccionar el transformador que da servicio al complejo antes mencionado, sito en el interior del Albergue Juvenil.*

*Se comprueba que la puerta del vallado exterior que da acceso al Albergue se encuentra forzada. Accediendo a la antesala del transformador se comprueba que la puerta metálica que da acceso al transformador de luz se encuentra bien y que la puerta de madera que se comunica con el interior del albergue está también cerrada y que los candados y la puerta que da acceso al transformador se encuentran en buenas condiciones. Entrando en la sala se observa que los seccionadores del transformador han saltado, y que en la pared del fondo de la jaula del transformador han realizado un butrón, habiendo en el suelo del mismo una gran mancha de sangre y un teléfono móvil y se observa que hay tres fusibles del transformador rotos.*

*Sobre las 18 horas se da aviso al CECOP por emisora para que a su vez alertaran a la Policía local de Alhama y Guardia Civil, para indicarles de que si en el ambulatorio de Alhama entrara un paciente con síntomas de electrocución, le cogiesen la afiliación correspondiente. Y se procede a llamar a la empresa Eléctrica --, para el arreglo de la avería.*

*Relacionando que la avería había sido producida por este accidente y teniendo en cuenta el lugar por donde accedió esta persona al interior del transformador, se pone denuncia en el cuartel de la Guardia Civil de Alhama por intento de robo en el mismo, se adjuntan fotografías. Con el retén forestal se procede a tapar de manera provisional el agujero.*

*Los datos de la persona accidentada y persona que acompañaban a ésta han sido proporcionados por la Policía local de Alhama y son: x, vecino de Alhama de Murcia en la Calle --, y número de DNI-- y fecha de nacimiento 17-10-1975 (Persona accidentada). Y acompañantes, los siguientes: x, C/ --, Totana. DNI-- y FN 19-12-1984. x, C/--, Alhama de Murcia y FN 14-10-1982. x, C/--, Cieza, y x, C/--, de Alhama.*

*La avería ha sido definitivamente solucionada en la fecha de hoy, sobre las 21:30 horas.*

*Asimismo indicar que en todo el recinto vallado del albergue hay carteles informativos indicando que es necesaria autorización para acceder, que el edificio presenta estado ruinoso y que hay peligro de alta tensión. Y en el día de hoy se procede a tabicar el butrón, con el equipo de mantenimiento del parque.”*

A dicho informe se adjuntan fotografías del vallado exterior del recinto y de la habitación en la que se encuentra el referido transformador, así como copia de la denuncia presentada el 8 de diciembre de 2007 ante la Guardia Civil de Alhama por el citado informante, en la que viene a reiterar sustancialmente lo expresado en el transcrito informe.

**TERCERO.-** Solicitado informe por dicha Dirección General, su Servicio de Energía lo emitió el 19 de mayo de 2009. En síntesis, expresa que el transformador eléctrico en cuestión se encuentra en el inmueble ya citado, cuya gestión corresponde a la Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad de la Consejería de Agricultura y Agua, habiendo efectuado visita al mismo el 14 de mayo de 2009 y comprobando que dicho centro de transformación, de tipo convencional, que abastece a otro edificio próximo, se encuentra en un semisótano y con doble puerta de acceso desde el exterior, cerrada con candado y con señal de *“alta tensión peligro de muerte”*. Añade que desde el pasillo del interior del centro de transformación se observa, dentro de la celda de protección, los restos de un agujero al ras del suelo, el cual se encuentra actualmente cerrado y tabicado por la parte exterior de la pared que da a una habitación colindante del edificio, por el que presuntamente pudo entrar la persona accidentada y, al incorporarse, pudo tocar las varillas en tensión que hay en el interior de la celda. También informa que la vigente normativa no contempla ningún tipo de protección adicional sobre la posible accesibilidad al centro de transformación en el caso de que se practique un agujero en la pared del mismo desde una habitación colindante, a la altura de una celda equipada con elementos de tensión, y que dicho centro cumple las prescripciones reglamentarias especificadas en los puntos 1 y 2 de la Instrucción Técnica Complementaria MIE-RAT 14 del vigente reglamento sobre centrales eléctricas, subestaciones y centros de transformación.

**CUARTO.-** Con fecha 20 de julio de 2009, la Vicesecretaria de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación traslada las actuaciones a la Consejería de Agricultura y Agua, al ser de su titularidad las instalaciones en cuestión, lo que es notificado al reclamante.

**QUINTO.-** Solicitado por esta última Consejería el oportuno informe, fue emitido en noviembre de 2009 por el Servicio de Ordenación y Gestión de los Recursos Naturales, en el que, en síntesis, recoge lo expresado en los informes precedentes, aludiendo a ciertas actuaciones penales (que no identifica) al expresar que, aunque por los hechos se causaron ciertos daños al

inmueble en cuestión, dado que el edificio se encontraba en estado ruinoso y el corte de electricidad fue de poca duración, *“los cargos fueron retirados durante el juicio, cuando el accidentado reconoció haber cometido una infracción al entrar en el edificio”*.

Además, añade que el centro estaba y está claramente señalizado y vallado, siendo imposible el acceso al interior a no ser que se rompan candados o se hagan butrones en la pared, como en el caso, y que, conforme con la normativa industrial aplicable, se tiene suscrito el oportuno contrato de mantenimiento en vigor, adjuntando copia del mismo y de documentación sobre las últimas revisiones anuales (entre ellas, una de 3 de octubre de 2007), así como de las fotos realizadas el día del suceso.

**SEXTO.-** Con fecha 16 de febrero de 2010, el Secretario General de la Consejería, por delegación del Consejero, dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, lo que fue notificado al interesado.

**SÉPTIMO.-** Otorgado a éste el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, no consta su comparecencia ni la presentación de alegaciones.

**OCTAVO.-** El 21 de julio de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, y a la vista de los informes emitidos, por considerar que no ha existido ninguna incorrecta actuación de la Administración y, en cambio, sí ser indebida la conducta del reclamante, al acceder a un recinto no estando ello permitido, siendo el daño exclusivamente imputable a aquél.

**NOVENO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del

Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al interesado, por ser quien sufrió los daños físicos por los que reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria y ser de su titularidad las instalaciones en las que se produjo el daño.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ha de considerarse formulada en plazo, a la vista de la fecha de los hechos y de la presentación de la reclamación.

III. En cuanto al procedimiento, cabe señalar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. En el presente caso, el reclamante imputa a los servicios públicos regionales una defectuosa vigilancia y conservación de unas instalaciones de su propiedad, por no haber advertido ni protegido adecuadamente un elemento de peligro como era el centro de transformación eléctrica ubicado en el antiguo albergue juvenil a donde accedió aquél, produciéndose unos daños físicos que no llega a determinar (en el escrito inicial indica que sigue en período de curación y que los daños los acreditaría posteriormente), si bien del parte de alta aportado con su escrito se desprende al menos un determinado período de incapacidad temporal por los hechos en cuestión, período que, de existir la pretendida responsabilidad administrativa, sería susceptible de indemnización.

De los antecedentes expuestos se deduce con toda claridad, sin embargo, la manifiesta improcedencia de la reclamación. En el informe reseñado en el Antecedente Sexto se hace alusión a unas actuaciones penales seguidas por los hechos, si bien no se han aportado al expediente. Aunque en rigor procedería recabar dicha documentación, la claridad de la cuestión, la conveniencia de resolver el procedimiento con la debida celeridad y el hecho de que el reclamante no aporte nada al respecto (si es que tales actuaciones penales le pudieran haber beneficiado en su actual pretensión), permiten prescindir de tal diligencia.

Así, no sólo el reclamante no prueba en modo alguno sus afirmaciones de que el recinto estaba abierto y con gente visitando las instalaciones, sino que el informe reseñado en el Antecedente Segundo expresa con toda claridad que se trataba de un recinto cerrado y vallado, con un visible cartel de *“Prohibido el paso sin autorización. Edificio en ruinas. Transformador de alta tensión”*, como se aprecia en las fotos realizadas el día de los hechos, adjuntas a dicho informe.

Contraviniendo tan expresas advertencias, el reclamante penetró en el recinto y en el edificio y, además, se adentró por un butrón, existente en la habitación en donde estaba alojado el centro de transformación eléctrica, butrón realizado (por él o por otros, esto no se ha llegado a acreditar) desde la habitación contigua, a ras de suelo, sin visibilidad de lo que hubiera al otro lado, resultando que lo que había eran determinados elementos del centro de transformación (varillas en tensión eléctrica), según el informe reseñado en el Antecedente Tercero, de modo que, al incorporarse tras penetrar por el butrón, contactó con ellas, produciéndose la descarga (vid. fotos obrantes en los folios 4 y 33 exp.). Es evidente por todo ello la grave imprudencia (si no ya la intención dolosa de su presencia en tal lugar) del reclamante, que determina por sí solo que los

daños producidos sean enteramente imputables al mismo. Además, y abundando en la inexistencia de responsabilidad administrativa, los informes emitidos acreditan la regularidad de la instalación eléctrica en cuestión, que estaba adecuadamente protegida y revisada conforme a la normativa de aplicación.

En consecuencia, no existe la relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama, que es jurídicamente adecuada y necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por lo que procede desestimar la reclamación de referencia.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No existe la relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama, que es jurídicamente adecuada y necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 77-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en representación de la Empresa --, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

**Fecha** 06/04/2011

**Extracto doctrina**

Existe relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público si el alumno causante de los hechos estuviese bajo la responsabilidad del centro.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 5 de mayo de 2010, x, en representación de la mercantil --, presentó una reclamación en el Registro General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por los daños ocasionados a un autobús de la mercantil citada el 19 de octubre de 2009, a consecuencia de la acción de un alumno del Instituto de Educación Secundaria (IES) de Sangonera la Verde (Murcia), valorando aquéllos en 1.067,20 euros.

Los hechos son descritos del siguiente modo: *“Al salir del centro, el alumno lanzó una piedra que casualmente impactó en el cristal del autobús, que pasaba en esos momentos”*.

A la solicitud de reclamación se acompaña la siguiente documentación:

- Informe de accidente escolar, suscrito por la Directora del IES el 11 de marzo de 2010 (casi 6 meses después de ocurrir los hechos) en el que se describe de igual modo lo sucedido y en el apartado de daños se recoge la rotura del cristal lateral del autobús.
- Fotocopia del Documento Nacional de Identidad del representante de la mercantil reclamante.
- Factura de 15 de diciembre de 2009 de la empresa --, de una cuantía de 1.067,20 euros.

**SEGUNDO.-** El 24 de junio de 2010, el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente, siendo notificada el 7 de julio siguiente.

**TERCERO.-** Solicitado el informe del IES, es evacuado por su Director el 15 de julio de 2010, manifestando lo siguiente:

*“El día 19 de octubre de 2009 a las 14.30 horas (hora de finalización de la jornada escolar) el alumno x, matriculado en 1º de la ESO, a la salida del centro lanzó una piedra al aire, que casualmente impactó contra el cristal lateral de un autobús que circulaba en ese momento. El citado alumno reconoció ante el Jefe de Estudios desde un primer momento la autoría de los hechos, al mismo tiempo que manifestó que lanzó una piedra al aire sin percatarse de la presencia del autobús, por lo que no tenía intencionalidad alguna de causar daño. El autobús pertenece a la empresa --, y es uno de los autobuses encargados del transporte escolar de nuestro centro.*

*La madre del citado alumno, a requerimiento del jefe de estudios, se personó en el centro al día siguiente de los hechos, pero no tenemos constancia de si ha realizado el pago del cristal roto”.*

**CUARTO.-** Con fecha 20 de julio de 2010, a instancia del órgano instructor, se presenta la siguiente documentación:

- Acreditación de la condición de representante de la mercantil --.
- Fotocopia del seguro suscrito por la empresa de autobuses.
- Declaración jurada de que la factura no ha sido abonada por el seguro.

**QUINTO.-** Otorgado un trámite de audiencia a la mercantil reclamante, no consta que haya formulado alegaciones, tras lo cual se formula propuesta de resolución de 27 de octubre de 2010, en la que se desestima la reclamación porque los hechos ocurrieron fuera del horario y del recinto escolar. Asimismo se cita como precedente el Dictamen 14/02 de este Consejo Jurídico.

**SEXTO.-** Con fecha 9 de noviembre de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

El IES de Sangonera la Verde, al que pertenecía el alumno causante del daño, forma parte del servicio público de educación de la Comunidad Autónoma, correspondiendo la resolución del presente expediente a la actual Consejería de Educación, Formación y Empleo, que ostenta la legitimación pasiva.

2. En cuanto al cumplimiento del plazo para su ejercicio, la acción se ha ejercitado dentro del plazo de un año desde el hecho que motiva la indemnización, según preceptúa el artículo 142.5 LPAC.

3. El examen de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales.

### **TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

El presente supuesto versa sobre una reclamación de daños por parte de un tercero, titular del autobús que recibió el impacto de la piedra (coincide que es uno de los autobuses encargados del transporte escolar), por la acción de un alumno de 1º de Enseñanza Secundaria Obligatoria (ESO), que cursa estudios en un centro de titularidad autonómica.

Con carácter general, este Consejo Jurídico ha señalado que la Administración tiene el deber de responder de los daños que se produzcan a terceros derivados de acciones que tienen lugar en los centros de su titularidad, especialmente cuando el perjudicado se encuentra en una situación ajena a lo que es la actividad educativa propia del Centro (Dictámenes del Consejo Estado nº. 1.470/99, de 27 de mayo, y del Consejo Jurídico núms. 106/01 y 28/02, entre otros).

Presupuesto para ello es determinar la concurrencia de los requisitos que generan la responsabilidad de la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 LPAC: *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*. Además, el apartado 2 de dicho artículo establece que el daño habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

En el supuesto sometido a consulta, puede considerarse acreditada la realidad del daño ocasionado al autobús propiedad de la mercantil reclamante, a la vista del informe de 11 de marzo de 2010 de la Directora del IES, realizado a instancia de parte, que reconoce dicho daño y la causa del mismo; la cuantía queda justificada por medio de la factura aportada al expediente.

Acreditado pues el daño, procede verificar si es imputable al funcionamiento, sea normal o anormal, del servicio público educativo, atendiendo a los siguientes aspectos: la procedencia del objeto causante del incidente; si el hecho se produjo durante la realización de actividades escolares organizadas por el IES y, por último, si hubo falta de vigilancia y control por parte de los profesores o monitores.

Pues bien, el análisis de los citados aspectos en el presente caso permite inferir:

1. Que el alumno que lanzó la piedra no se encontraba en aquel momento en el recinto escolar, sino que dicha acción la realizó al salir del IES, por lo que no se estaban desarrollando con él en ese momento actividades escolares o extraescolares.
2. Que el alumno ya no se encontraba bajo la dependencia del IES, por lo que no puede afirmarse la falta de vigilancia o control por parte del profesorado.

De ahí que este Órgano Consultivo muestre su conformidad con la propuesta elevada, en el sentido de considerar que no existe relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público, en tanto sólo cabe imputarla a la Administración si el alumno

causante de los hechos estuviese bajo la responsabilidad del centro, reconociendo la mercantil reclamante que el incidente se produjo al salir, fuera por tanto del horario escolar. Así se desprende del artículo 1903 del Código Civil: *“las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementaria”*.

En el mismo sentido se pronunció este Consejo Jurídico en su Dictamen núm. 14/2002: *“Pero es que, además, tampoco puede existir culpa “in vigilando” del profesorado en la medida en que el suceso se produjo fuera del recinto escolar y a una hora en que todavía los chicos no tenían que entrar a clase (antes de las 15 horas, según la propia reclamante). Y, como dice la STS, Sala 1ª, de 3 de diciembre de 1991, producido el cierre de las instalaciones y una vez acabada la jornada se extingue el deber de vigilancia de los profesores que, además, no puede alcanzar más allá del recinto colegial, siendo así que el suceso se produjo fuera del mismo, en una vía pública que da acceso a más lugares que al centro docente”*.

Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder a los responsables en aquel momento de la custodia legal del menor (artículo 1903, segundo párrafo, del Código Civil), señalando a este respecto la dirección del IES que, a requerimiento del jefe de estudios, la madre del menor se personó al día siguiente de ocurrir los hechos, sin que se tenga constancia de si ha realizado el pago del cristal roto.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no haberse acreditado la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 78-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 11/04/2011

**Extracto doctrina**

El criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 20 de marzo de 2007, x, en representación de x, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por los siguientes hechos:

El 22 de marzo de 2006, la paciente fue intervenida en el Hospital Los Arcos de Santiago de la Ribera para solucionar un problema de un juanete (*hallux valgus*) en el pie izquierdo. Refiere que la operación tuvo un mal resultado y fueron necesarias posteriores intervenciones. A la fecha de la reclamación presenta daños en el pie y pérdida de movilidad.

Después de citar abundante jurisprudencia sobre la responsabilidad objetiva de la Administración y de daños derivados de la asistencia sanitaria, solicita la apertura de un periodo probatorio.

**SEGUNDO.-** Requerido el letrado actuante para que evalúe económicamente los daños reclamados y concrete los medios de prueba de los que pretende valerse, presenta escrito el 30 de abril de 2007, en el que señala, de una parte, que la determinación de la cuantía indemnizatoria se encuentra pendiente de un informe pericial y, de otra, propone prueba documental consistente en el historial médico, los protocolos de actuación y los informes de la Inspección Médica y de la Dirección General de Calidad Asistencial del Servicio Murciano de Salud.

**TERCERO.-** Con fecha 10 de mayo de 2007, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial, que

es notificada a la parte reclamante, así como al Hospital Los Arcos, solicitando la historia clínica de la paciente y los informes de los facultativos que la atendieron.

Igualmente se dio traslado de la reclamación a la correduría de seguros y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

**CUARTO.-** Recibida la historia clínica del Hospital Los Arcos, se complementa con los informes de los especialistas en traumatología Dres. x, y (folios 24 a 27).

El Dr. x, quien intervino a la paciente el 21 de marzo de 2006, señala:

*“La operación realizada el 6 de junio de 2005 (por error, cita la fecha de primera consulta) fue hecha por mí. Le expliqué que la solución era difícil ya que había sido intervenida anteriormente en dicho pie (año 2002 en Cruz Roja), con secuelas importantes ya en el pie cuando vino a mi consulta. Pero también le dije que la única solución vendría por otra cirugía. Dicha cirugía era la indicada por el estado del pie, y fue la que se hizo, sabiendo que le iban a quedar secuelas, pero lo que se perseguía era que no le doliese al andar. En todo momento la traté con respeto y no hubo negligencia por mi parte ya que era la indicación más oportuna bajo mi opinión para como estaba el pie. Tras dicha cirugía se complicó, siendo atendida luego por el Servicio ya que los pacientes en este Servicio no están personalizados, sino que se debaten en sesión clínica la solución más oportuna y luego la interviene quien le toque ese día en el quirófano, aunque se intenta que sea siempre el mismo que la pone en lista de espera.*

*Yo me ofrezco para verla cuantas veces sea preciso para darle la solución más acertada”.*

También detalla las actuaciones médicas que precedieron a la intervención quirúrgica del 21 de marzo de 2006 y a su resultado:

*“Acude (el) día 6 de junio de 2005 a consultas externas del Hospital Los Arcos, que es cuando la veo por primera vez. La paciente acude por mal resultado clínico y funcional del pie izquierdo tras cirugía hecha previamente, con dolor a nivel cabeza del primer metatarsiano, dolor cabeza segundo metatarsiano y dolor en quinto dedo. Se debe a una recidiva del hallux valgus que le desencadena una metatarsalgia segundo dedo por insuficiencia primer radio y artrosis metatarso falángico quinto dedo pie por necrosis cabeza quinto metatarsiano.*

*Le explico que el resultado tras cirugía previa no es bueno, y que la única solución sería nueva intervención, explicándole que es más difícil por la cirugía previa. La única solución para el*

*quinto dedo es una artrodesis (fijación) metatarso-falángico en posición funcional debido a que no existe prótesis para dicho dedo y es el único que no se puede hacer. Respecto al hallux valgus hay que intervenirlo de nuevo ya que presenta una retracción importante del dedo con retracción del tendón extensor primer dedo y nuevo hallux complicado. Se realizaría en el primer dedo una nueva osteotomía base primera falange, retensaje capsular, tenotomía del adductor primer dedo y alargamiento del extensor primer dedo para evitar seccionarlo. Fue intervenida el 21 de marzo del 2006 con buen control radiológico y buena evolución hospitalaria aunque el primer día tras (la) cirugía tuvo intenso dolor. Al alta, día 22 de marzo de 2006, no presentaba signos de infección de herida y menos dolor, con buena coloración distal dedo”.*

Sobre las actuaciones posteriores a la intervención, el citado facultativo señala:

*“En seguimiento en la consulta del día 24 de abril le molestaban las agujas que se habían utilizado para la artrodesis, pero no presentaba signos de infección, por lo que se le propone para retirar las agujas, siendo retiradas el 28 de junio de 2006.*

*Presenta mala evolución tras cirugía anterior al presentar nueva retracción del tendón extensor primer dedo con extensus del primer dedo y no consolidación de la artrodesis del quinto dedo, por lo que fue intervenida de nuevo el 11 de enero de 2007 para realizar nuevo alargamiento del extensor primer dedo, tenotomía adductor primer dedo, capsulotomía de retensaje MTT-E primer dedo y nueva artrodesis del quinto dedo. Tras esta última cirugía presentó al principio una dehiscencia de la herida que cicatrizó más tarde, estando actualmente en rehabilitación. Se le prescribió plantillas”.*

**QUINTO.-** La Inspección Médica emite informe valorativo de la asistencia sanitaria por la que se reclama el 29 de marzo de 2010 (folios 111 y ss.), que contiene las siguientes conclusiones:

*“PRIMERA: No consideramos que en el proceso estudiado se haya dispensado a la reclamante una "defectuosa asistencia sanitaria" por parte del Servicio Murciano de Salud, y consideramos que se han puesto a su disposición todos los recursos humanos y materiales disponibles.*

*SEGUNDA: Tanto la elección de la técnica quirúrgica, como el control durante el postoperatorio prestados por el personal integrante del Servicio de COT del Hospital "Los Arcos" a la paciente, fueron correctos.*

*TERCERA: Desconocemos las causas exactas por las que la paciente presenta una recidiva de su patología, aunque parecen más ligadas a su propia idiosincrasia (factores hormonales, sexo, herencia genética, etc.), que a un defecto de técnica quirúrgica, impericia o mala praxis del cirujano.*

*CUARTA: Las secuelas reclamadas por la paciente se encuentran descritas en el documento de Consentimiento Informado suscrito por la misma previo a la intervención, y la paciente conocía la probabilidad de que estas se produjeran.*

*QUINTA: Las actuaciones y la predisposición del equipo médico quirúrgico del Servicio de COT del Hospital Los Arcos han estado y están orientadas a encontrar la mejor solución para el problema que x padece”.*

**SEXTO.-** La compañía aseguradora -- aporta un dictamen médico colegiado realizado por los doctores x, y, z, especialistas en traumatología y ortopedia. En dicho informe se pone de manifiesto que en el presente caso se actuó conforme a la *lex artis*:

*“1. La paciente x acudió a las consultas de traumatología del Hospital Los Arcos al presentar una mala evolución de un tratamiento previo de cirugía del hallux valgus.*

*2. Durante su valoración clínica y preoperatoria se plantearon a la paciente las posibles indicaciones quirúrgicas de su patología, así como los riesgos y posibilidades terapéuticas de las mismas, que aparecen señaladas expresamente en el consentimiento informado firmado por la paciente.*

*3. La indicación quirúrgica realizada así como las técnicas empleadas fueron a nuestro juicio correctas y acordes a lo descrito en la literatura.*

*4. El hecho de no obtener una mejoría clínica con un tratamiento clínico o quirúrgico se halla a nuestro juicio siempre dentro de las posibilidades de cualquier tratamiento, debiendo el paciente, como en el presente caso, siempre estar informado de esta posibilidad”.*

**SÉPTIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a los interesados, no consta que formularan alegaciones, tras lo cual se formula propuesta de resolución desestimatoria de 5 de octubre de 2010, al no haberse acreditado por la reclamante los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, destacando que la paciente fue informada de todas las complicaciones que conllevaba

la intervención a realizar, prestando su consentimiento, por lo que no cabe afirmar la antijuricidad del daño alegado, que tampoco es cuantificado económicamente por la parte reclamante.

**OCTAVO.-** Con fecha 11 de noviembre de 2010 se recaba el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

2. La legitimación pasiva deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital Los Arcos, dependiente del Servicio Murciano de Salud.

3. La reclamación fue interpuesta el 20 de marzo de 2007, antes del transcurso de un año desde la intervención quirúrgica a la que se atribuyen las secuelas (fue dada de alta hospitalaria el 22 de marzo de 2006), sin tener en cuenta, además, que en el caso de daños físicos el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas, conforme a lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP. Especialmente llamativo resulta la tardanza de casi tres años en evacuar su informe la Inspección Médica, que casa mal con los principios de eficacia, agilidad y celeridad que han de inspirar la actuación administrativa, como ha reiterado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes y en la Memoria correspondiente al año 2008 (páginas 55 y 56).

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el

servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

Por ello, la doctrina jurisprudencial lo utiliza como parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño, diferenciando los supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa de aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

**CUARTA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial. Inexistencia en el presente caso.**

La reclamante imputa al Servicio Murciano de Salud el mal resultado de la intervención quirúrgica que se le practicó el 21 de marzo de 2006 para solucionar el problema de un juanete. Refiere que, como consecuencia de dicha actuación, fueron necesarias posteriores intervenciones, sufriendo pérdida de movilidad en el momento de interponer la reclamación.

Pues bien, a tenor de lo expresado, la parte reclamante sustenta la reclamación de responsabilidad patrimonial en que el daño alegado (que no cuantifica, pese a que indicó la

aportación de un informe pericial al respecto) deriva de dicha intervención, sin probar que hubo mala *praxis* médica, puesto que el hecho de que las intervenciones quirúrgicas no proporcionen el resultado esperado no conlleva *per se* la responsabilidad de la Administración sanitaria, a la vista de lo expresado en la anterior Consideración sobre la *lex artis*, siempre y cuando la paciente asuma los riesgos y complicaciones suscribiendo el consentimiento informado, como aquí ocurre.

Por tanto, más allá de lo expresado en el primer párrafo sobre las imputaciones de la parte reclamante, nada se acredita en el presente caso sobre la existencia de la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario, sin que tales imputaciones vengan avaladas por criterio médico alguno, cuando la determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a *normopraxis* descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Así fue entendido por el representante de la interesada -la necesidad de conocimientos científicos para valorar los hechos en el asunto conforme al artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)- en la medida que propuso la incorporación posterior de un informe pericial sobre los daños alegados, si bien éste no ha sido aportado, ni ha comparecido para formular alegaciones tras el trámite de audiencia otorgado, frente a los informes de los facultativos intervinientes, al que se suma el evacuado por la Inspección Médica que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública.

Frente a esta falta de prueba de las imputaciones formuladas por la parte reclamante, los informes médicos obrantes en el expediente refutan motivadamente los alegatos genéricos de defectuosa asistencia sanitaria, destacando tanto el informe de la Inspección Médica (Antecedente Quinto), como el de los peritos de la aseguradora del ente público (Antecedente Sexto), que la indicación quirúrgica realizada, así como las técnicas empleadas, fueron correctas y que las secuelas reclamadas por la paciente se encuentran descritas en el documento de consentimiento informado suscrito, conociendo las probabilidades de que éstas se produjeran.

A este respecto afirma la Inspección Médica:

*“En cuanto a las secuelas reclamadas, se encuentran descritas en las Consideraciones Médicas expuestas:*

*a) En el Consentimiento Informado se especifica que a pesar de la adecuada elección de la técnica y de su correcta realización, pueden presentarse efectos indeseables específicos del*

*procedimiento, entre los que se detallan: reaparición de la deformidad del primer dedo, o primer dedo "en garra", adormecimiento del primer dedo por lesión de los nervios digitales, necrosis de los bordes e infección de la herida quirúrgica, limitación del movimiento de la articulación metatarso falángica, necrosis avascular de la cabeza del primer metatarsiano, acortamiento del primer dedo, algodistrofia simpático-refleja, etc.,*

*b) Secundarias a la cicatriz porque el proceso de cicatrización normal supone reemplazar la dermis normal por un tejido fibroso (fibras nuevas más cortas y desorganizadas); por lo que la cicatriz nunca llegará a tener la misma sensibilidad ni la misma fuerza tensora que la piel normal, y se pueden producir lesiones de los nervios digitales, neuromas interdigitales, adormecimiento del primer dedo, algodistrofia simpático refleja, etc.”.*

Por tanto, se coincide con la instructora en que las secuelas que en la actualidad pudiera presentar la reclamante (han pasado 4 años desde la interposición de la reclamación) no constituyen un daño antijurídico (artículo 141.1 LPAC), ya que la actuación sanitaria que se realizó, dadas las circunstancias, fue conforme a la *lex artis*, y las alegadas fueron asumidas por la reclamante al suscribir el documento de consentimiento informado.

Por último, reiterar que no se ha concretado la cuantía indemnizatoria reclamada.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 79-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 11/04/2011

**Extracto doctrina**

La prestación de los servicios de emergencias del 061 se encuentra limitada por la disponibilidad de los recursos, y en la atención prestada ha de valorarse la demanda y la elección del recurso más adecuado entre los disponibles, resultando evidente que en sentido abstracto y general siempre será mejor una disponibilidad de medios mayor en el servicio de ambulancias medicalizadas, pues con ello se mejora la atención sanitaria y se disminuye el riesgo para la salud de los ciudadanos.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de julio de 2006, x, en nombre y representación de x, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por el funcionamiento anormal de los servicios públicos sanitarios, concretamente los de urgencias y asistencia de ambulancias, a los que atribuye una tardanza de más de una hora en la atención a la paciente.

Describe los hechos del siguiente modo:

Sobre las 12 horas del día 10 de enero de 2006, cuando la reclamante se dirigía a su domicilio sufrió una caída en la Plaza Pío XII de Molina de Segura, debido al mal estado de la acera, al socavón existente y a que se trata de una superficie desgastada.

Inmediatamente se avisó a la Policía Local y al Servicio de Urgencias del Servicio Murciano de Salud, pues estaba muy dolorida sin poder moverse, mojándose por la lluvia que caía en aquel momento.

La Policía Local de Molina de Segura acudió inmediatamente, procediendo a dar aviso a los servicios de emergencia para que acudieran urgentemente y que fueran acompañados de un facultativo dada la grave situación en la que se encontraba la accidentada, según describe.

Ante la tardanza de dichos servicios de emergencia se reiteran las llamadas que insistían en la gravedad de la situación. Nadie de los presentes se atrevió a mover a la accidentada, ya que existía el peligro de que hubiera sufrido una rotura ósea.

Tras un largo periodo de tiempo sin que apareciera ninguna ambulancia, llegó una que no disponía de facultativo, ni medio alguno para poder socorrer a la x.

Posteriormente llegó otra ambulancia en la misma situación que la anterior, es decir, sin los medios y el personal adecuado para trasladar a una persona en su estado.

Se reiteran las llamadas telefónicas al Hospital de la Consolación, al Centro Gabriel Cárceles y al Centro de Emergencias Sanitarias 061 (en lo sucesivo 061), no obteniéndose resultado alguno, ya que la ambulancia adecuada no aparecía.

Sobre las 13.20 horas llegó otra ambulancia, que sí contaba con medios y personas necesarias para atender a la x y trasladarla al Hospital, aunque algunos testigos afirman que la subieron sin tomar las debidas precauciones, "como si fuera un saco".

Se trasladó a la x al Hospital Morales Meseguer, llegando sobre las 13.40 horas, diagnosticándole lesión en la zona coxal y en la mano derecha, además de principio de hipotermia.

En el informe de alta hospitalaria del mismo día 10 de enero, consta que la reclamante resultó con una importante contusión lumbo-sacra, más contusión en la mano derecha con edema sin hematoma, con movilidad limitada por dolor y prescribiéndole reposo relativo, calmante y aplicación de frío local en mano derecha, además de seguimiento y control por su médico de familia.

Posteriormente, la reclamante relata que el 1 de febrero de 2006, el Dr. x prescribe que la paciente precisa reposo y tratamiento médico. El 22 de febrero siguiente, la Dra. x le recomienda que siga con reposo hasta la siguiente revisión que se produjo el 3 de marzo. El 4 de abril la paciente fue remitida a la clínica de traumatología "--" a la consulta del Dr. x, quien le prescribe una resonancia magnética, que fue realizada el 30 de mayo, y que concluye que la paciente sufre una incipiente espondiloartropatía degenerativa cervical, así como una pequeña protusión discal focal medial C3-C4 con moderada repercusión sobre el saco dural.

Manifiesta que, desde el día de la caída, la paciente sufre dolores continuos y malestar general, sin que haya podido retomar su actividad habitual, ni su trabajo como señora de la limpieza en varios domicilios.

Finalmente, señala que no es posible cuantificar aún la indemnización reclamada (al no haber recibido el alta médica), instando el recibimiento a prueba, proponiendo los documentos que se acompaña, entre ellos: un informe de los agentes de la Policía Local de Molina de Segura que se personaron en el lugar de la caída (folio 10); las copias de declaraciones de varios testigos en el seno de un procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado por el Ayuntamiento (expediente 15/2006-3601), a instancia de la misma reclamante, debido presuntamente al mal estado en la acera (folios 11 a 14); los partes de alta del Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer (folio 15) y de asistencia del Servicio Murciano de Salud, así como un informe sobre una resonancia magnética de la columna cervical; por último, varios informes correspondientes a la asistencia de la paciente en una consulta privada.

**SEGUNDO.-** Con fecha 27 de julio de 2006, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de admisión a trámite, que fue notificada a las partes interesadas.

Asimismo se solicitó a la Gerencia del 061 la transcripción de las llamadas efectuadas en relación a los hechos descritos en la reclamación.

**TERCERO.-** Desde el Hospital Morales Meseguer se remitió copia de la historia clínica de la paciente, así como el informe de la Dra. x (folios 49 a 94).

**CUARTO.-** Por el órgano instructor se solicitó copia de la historia clínica e informe a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia, que fueron remitidos el 22 de noviembre de 2007 (folios 98 a 102).

**QUINTO.-** Por parte de la Gerencia del 061 se indica que se ha procedido a solicitar de la Dirección General de Protección Civil el archivo informático de las grabaciones del sistema informático coordcom del 112, en el que se integra el dispositivo asistencial de urgencias y emergencia sanitarias 061, aportándose al procedimiento mediante comunicación interior del Director Gerente de 26 de diciembre de 2007 (folios 102 a 118).

**SEXTO.-** Por la Compañía de Seguros -- se remite dictamen médico colegiado, según el cual:

*“1.- Según las características de la caída de la paciente (desde su propia altura) y la clínica referida por los transeúntes y la policía local no era necesario la atención de un médico para realizar el traslado en ambulancia.*

*2.- El traumatismo producido durante la caída no tiene por qué haber empeorado la sintomatología que presentaba la paciente previamente.*

*3.- El dolor cervical es un cuadro frecuente en adultos. En la mayoría de las ocasiones se debe a factores musculares o ligamentosos, aunque parece que los cambios degenerativos sufridos por los discos y las articulaciones interapofisarias cervicales visibles en los estudios radiográficos y de resonancia magnética pueden contribuir a la génesis del dolor.*

*4.- Los dolores continuos y el malestar general podrían tener un origen distinto del traumatismo”.*

**SÉPTIMO.-** Por la Inspección Médica se emite informe el 10 de septiembre de 2010 (más de dos años después de su petición), que alcanza las siguientes conclusiones:

*“No se aprecia retraso en la movilización de medios de transporte sanitario, no se demuestra mala praxis en la actuación del personal de atención urgente. No se aprecia fallo en la atención de urgencia hospitalaria. La patología resultante de la caída era banal. No se demuestra relación con síntomas posteriores. Se presentan datos de patología preexistente para justificación de patología actual. No hay nexo de unión entre el fundamento de la reclamación y lo solicitado”.*

**OCTAVO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, la letrada actuante presenta alegaciones, en las que se ratifica en lo señalado en su escrito de reclamación respecto a la veracidad de la caída, a la tardanza de los servicios de emergencia y ambulancia y a los dolores y a la imposibilidad de movimiento de la paciente.

Asimismo considera respecto a las lesiones que el tiempo que estuvo tirada en el suelo, calándose hasta los huesos sin poder moverse en pleno enero, provocaron un empeoramiento de su estado de salud, y el hecho de que no sufriera rotura de ningún hueso no permite calificar la caída como leve, pues desde el día del accidente ha estado un año sin poder trabajar, sufriendo dolores insoportables con sesiones de rehabilitación y tratamiento farmacológico, por todo lo cual solicita una indemnización total de 10.544,51 euros.

**NOVENO.-** La propuesta de resolución, de 4 de noviembre de 2010, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no existir relación de causalidad entre la actuación sanitaria y los daños por los que se reclama.

**DÉCIMO.-** Con fecha 22 de noviembre de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

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

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

1. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a la reclamante, en cuanto es la persona que, según afirma, sufrió los daños por los que reclama y que imputa al funcionamiento de los servicios públicos.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde, en principio, a la Administración regional, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia.

No obstante, se infiere de la documentación aportada que la reclamante también interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Ayuntamiento de Molina de Segura, por el mal estado de la acera, desconociendo la cantidad allí reclamada por los daños alegados y si coincide con los conceptos y cuantías aquí reclamadas, pues nada se detalla a este respecto por la parte reclamante.

2. En cuanto al plazo, este Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), teniendo en cuenta que la caída y la consiguiente actuación de los servicios de urgencias se produjo el 10 de enero de 2006, y el escrito de reclamación fue presentado el 7 de julio siguiente.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, si bien caben realizar las siguientes observaciones:

a) La exagerada duración del procedimiento (más de 4 años), que ha superado ampliamente el plazo previsto en el artículo 13.3 RRP, es injustificable en todo caso y atribuible, en parte, a la tardanza en la emisión de informe por la Inspección Médica (más de dos años). Esta tardanza denota un funcionamiento anómalo de los servicios públicos (artículo 41 LPAC) y va en detrimento de los criterios de eficiencia, celeridad e impulso de oficio que deben inspirar la actuación administrativa, que son claramente incompatibles con los retrasos que se advierten en la presente tramitación.

b) En cualquier caso, aun cuando haya transcurrido tan largo plazo desde que se ejercitó la acción de responsabilidad patrimonial, y el sentido del silencio administrativo sea de carácter desestimatorio (artículo 13.3 RRP), dicha circunstancia no exime a la Administración de su deber de resolver expresamente, según establecen los artículos 42.1 y 43.4,b) LPAC.

### **TERCERA.- Requisitos para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Consideraciones generales.**

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención sanitaria que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultados, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la asistencia del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado de la misma, una obligación de desplegar adecuadamente los medios y recursos disponibles, lo que requiere un juicio valorativo acerca del estándar de disponibilidad de dichos medios y su aplicación a las circunstancias del caso de que se trate.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción del deber de aplicación de medios, considerando a tal efecto el estándar de medios disponibles aplicado a las circunstancias del caso concreto, responderá la Administración de los daños causados, pues, en caso contrario, dichos perjuicios no habrán de imputarse, en términos jurídicos, a la atención sanitaria pública y, por tanto, no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que en tal caso podría declararse en todos los supuestos en los que, con ocasión de cualquier intervención de los servicios sanitarios públicos, no se pudieran evitar los daños a la salud de las personas que se producen por la misma naturaleza de la condición humana; tal resultado, obviamente, no respondería a la configuración constitucional y legal del instituto de la responsabilidad patrimonial de que se trata.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

**CUARTA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado. Inexistencia.**

I. Funcionamiento del servicio público sanitario.

En el supuesto que nos ocupa, la reclamante considera que la asistencia sanitaria prestada ha sido defectuosa por la tardanza en la llegada de una ambulancia “adecuada” al lugar donde se encontraba, tras sufrir una caída en una vía pública, permaneciendo más de una hora y media tirada en el suelo, mojándose por la lluvia que caía en aquel momento, produciéndole dicho retraso una agravación de las lesiones sufridas tras la caída.

Para valorar la corrección de la asistencia sanitaria prestada en el presente caso, hay que tomar en consideración la cronología de los hechos, conforme a las transcripciones de las llamadas (folios 103 y siguientes):

- La primera llamada para la atención de la paciente fue registrada a las 12,30 horas del día 10 de enero de 2006, y no alrededor de las 12 horas como parece sugerir el escrito de reclamación. De forma inmediata, la operadora solicita los datos sobre el estado de la paciente (está consciente, no sangra, su edad y el lugar en el que se encuentra). A los dos minutos (12,32 horas) consta una comunicación del locutor del 061 con el Centro de Salud de Molina de Segura para que una ambulancia acuda al lugar de la caída.

- La ambulancia de traslado debió de llegar antes de las 12,52 horas, a tenor de la conversación mantenida por un agente de la Policía Local con el centro de emergencias 112 (folio 119), que posteriormente mantuvo una conversación con el médico directivo que le explica a dicho agente que las ambulancias medicalizadas están ocupadas atendiendo a otros pacientes.

- A las 13,01 horas consta que un locutor del 061 se pone en contacto con la primera persona que avisa para preguntarle si ha acudido ya una ambulancia, confirmando éste que ya se ha recogido a la paciente (folio 113). Sin embargo, a las 13,02 horas se produce una comunicación entre un agente de la policía local de Molina de Segura y el médico directivo del 061:

*“Médico: (...) Me dicen ahora mismo que al paciente ya se la han llevado.*

*Policía: ¿Quién se la ha llevado ya?*

*Médico: Pues una ambulancia que...*

*Policía: Pero si están mis compañeros allí y no quieren cargarla porque la mujer no se puede mover.*

*Médico: Escúcheme.*

*Policía: Y la ambulancia está allí (...)*

*Policía: Un patrulla nuestro ha ido al servicio, al ambulatorio para transportar un médico.*

*Médico: De acuerdo (...)"*

- A las 13,05 un locutor del 061 se pone en contacto con la ambulancia UCI 6 para que acuda y aclare lo que está pasando, llegando finalmente a las 13,29 horas, momento en el que el personal de la ambulancia le explica al 061 que la reclamante ha sido trasladada al Hospital Morales Meseguer por una ambulancia que estaba allí desde hacía una hora.

- Según el testimonio de los agentes de la Policía Local que se personaron en el lugar, a las 13,10 horas llegó otra ambulancia del 061 al lugar y la persona herida permaneció en el suelo mojada y con gran dolor desde las 12,15 horas hasta su evacuación.

A la vista de lo indicado, que evidencia ciertas contradicciones en la hora de la caída de la paciente y de su traslado finalmente por la ambulancia, y sobre la conveniencia o no de trasladarla en una ambulancia sin la asistencia de un facultativo, este Órgano Consultivo extrae las siguientes conclusiones:

a) Que la primera llamada a los servicios de emergencia fue a las 12,30 horas, llegando los agentes de la Policía Local a las 12,43 horas, que igualmente fueron avisados.

b) Que la ambulancia de traslado llegó al lugar antes de las 12,52 horas (20 minutos después de ser avisada), pero que al no llevar un facultativo y en evitación de que pudieran producirse mayores lesiones se acordó (se supone que por los agentes de la Policía Local) no mover a la lesionada.

c) Que la paciente fue evacuada a las 13 horas, según el informe de la Policía Local (folio 10), que coincide con la versión de la primera persona que avisa a los servicios de emergencia (folio 113), lo que contradice la afirmación de la parte reclamante de que la paciente permaneciera más de una hora y media en el suelo, desde que fueron avisados los servicios del 061.

En suma, la reclamante, desde que fueron avisados los servicios dependientes de la Administración regional permaneció en el suelo alrededor de 30 minutos hasta que finalmente fue

evacuada (haciendo abstracción de que una ambulancia de traslado llegó antes de las 12,52 horas, según las transcripciones anteriores), de acuerdo con el informe de la Policía Local que concreta la hora de evacuación al Hospital a las 13 horas. También concurre la circunstancia de que durante este tiempo estuvo lloviendo, y por el frío y la humedad existente, los agentes se desprendieron de sus prendas de abrigo para arropar a la accidentada, describiendo que la situación de espera de la llegada de una ambulancia provocó la crispación y el nerviosismo de muchas personas que se encontraban en el lugar.

No cabe duda que en tales condiciones climatológicas, el tiempo indicado y el desconocimiento sobre la situación de la lesionada produjeron el nerviosismo de todos los presentes descrito en el informe de los agentes de la Policía Local, y que el estándar de rendimiento deseable del servicio público sanitario hubiera sido la pronta llegada de una ambulancia con un facultativo para evacuar a la accidentada, si bien ha de tenerse en cuenta las siguientes observaciones sobre el estado de la paciente:

- Que las radiografías de la mano y la región lumbosacra realizadas en el Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer no evidenció lesión ósea traumática y, tras pautar tratamiento mediante analgesia (neobrufen y gelocatil en el caso de más dolor), reposo en flotador sacrocoxigeo y frío local para mano, cursó alta a su domicilio el mismo día a las 16,30 horas. Incluso la Inspectora Médica llega a afirmar que la patología resultante de la caída fue banal (Conclusiones en el folio 134).

- Que la situación descrita en las transcripciones denota que en el momento del aviso los medios disponibles se encontraban ocupados con otras asistencias, por lo que fue avisado el Centro de Salud para que enviara una ambulancia para el traslado de la paciente, teniendo en cuenta la descripción inicial que hace la primera persona que avisa sobre el estado de la lesionada (estaba consciente y no sangraba), lo que hace plantearse a los peritos de la aseguradora la no necesidad de un facultativo para realizar su traslado en ambulancia, sin bien este Consejo Jurídico entiende las dudas razonables en aquel momento de los que acudieron en su ayuda, al no ser especialistas en la materia.

Sobre los medios disponibles, este Consejo Jurídico ha señalado en anteriores Dictámenes (por todos, los números 201/2008 y 200/2009) que, aun cuando la demora pudiera parecer excesiva para los familiares, la prestación de los servicios de emergencias del 061 se encuentra limitada por la disponibilidad de los recursos, y en la atención prestada ha de valorarse la demanda y la elección del recurso más adecuado entre los disponibles, resultando evidente que en sentido abstracto y general siempre será mejor una disponibilidad de medios mayor en el servicio de

ambulancias medicalizadas, pues con ello se mejora la atención sanitaria y se disminuye el riesgo para la salud de los ciudadanos.

Pues bien, al margen de que la situación descrita en la atención a la paciente pudiera motivar las oportunas quejas o reclamaciones sobre el funcionamiento del servicio público sanitario, entre otras razones, por la que expresa la reclamante acerca de qué hubiese ocurrido en el caso de extrema gravedad, el problema se suscita cuando se pretende fundamentar una reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud por tales hechos y por unos daños que vienen referidos, en realidad, a la caída sufrida por la reclamante, y no a la asistencia sanitaria, lo que será analizado en el siguiente punto, pues aunque pudiera tildarse de inadecuado el funcionamiento del servicio público en la asistencia indicada, se trata de examinar si existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado para que proceda estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial.

II. Falta de acreditación de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

Conforme a lo indicado anteriormente, a la hora de cifrar los daños de dicho retraso, la reclamante imputa al funcionamiento del servicio público sanitario no la agravación de sus lesiones en congruencia con sus imputaciones, sino todos los daños y secuelas derivados, según la interesada, de su caída en la calle, y que, al parecer, han sustentado igualmente la interposición de otra reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Ayuntamiento de Molina de Segura por el mal estado de la acera (expte 15/2006).

Dicha falta de conexión entre el daño alegado con el funcionamiento del servicio público sanitario que aquí se analiza, se desprende claramente del relato de los hechos y de la descripción que contiene el escrito de reclamación, así como de los informes de la Inspección Médica y de los peritos de la aseguradora:

1. Según expresa el escrito de reclamación, *“desde el día de la caída la x sufre dolores continuos y malestar general (...) Antes de dicha caída mi representada llevaba vida normal”*.

Del mismo modo en la descripción que la reclamación hace de los daños sufridos, se infiere su relación con la caída, y no con el servicio público sanitario: *“resultó con una importante contusión lumbo-sacra, más contusión en la mano derecha con edema sin hematoma, con movilidad limitada por dolor, y prescribiéndole reposo relativo, calmantes y aplicación de frío local en mano derecha, además de su seguimiento y control por el médico de cabecera”*.

2. La supuesta agravación por la tardanza de la ambulancia, que sostiene la parte reclamante en el escrito de alegaciones, no se encuentra en absoluto acreditada con la aportación de una prueba médica de una mínima consistencia sobre la relevancia que pudiera haber tenido; por el contrario, ha sido refutada por los informes de la Inspección Médica y de los peritos de la aseguradora. El primero de ellos sostiene en sus conclusiones que no existe nexo de unión entre el fundamento de la reclamación y lo solicitado (folio 134). Tampoco el segundo, que expresa lo siguiente (folio 126): *“En cualquier caso, el tiempo que transcurrió entre el traumatismo y la atención médica, para nada modifica el tratamiento, ni mucho menos el pronóstico de las lesiones que se produjeron el día del accidente”*.

3. En sentido contrario, no se ha acreditado por la reclamante, a quien incumbe, que el tiempo de asistencia incidiera en la posibilidad de la recuperación del traumatismo producido por la caída. Además, como reconoce la Inspección Médica, se trata de una paciente con antecedentes de fractura coxal y cervicalgia (folio 133), indicando a este respecto los peritos de la compañía aseguradora:

*“Se trataba de una paciente con antecedentes de cervicalgia desde hace 16 años en el momento del traumatismo, como atestiguan informes del año 1994 y 1995. En aquellas fechas ya existía un cuadro clínico similar y un estudio radiográfico que mostraba uncoartrosis vertebral (...) Además la sintomatología que presentaba la paciente el día del accidente no se refería a la columna cervical, si no que presentaba dolor en sacro y mano, traumatismos éstos que parece se han solventado sin secuela”*.

Por todo ello, y al no concurrir el esencial requisito de la acreditación de la adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños cuyo resarcimiento se reclama, no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, en el mismo sentido que los Dictámenes 78/2009 y 124/2010 de este Consejo Jurídico.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación presentada, por no concurrir la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 80-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)
<b>Fecha</b>	11/04/2011

**Extracto doctrina**

Si bien es cierto que existe el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada, también lo es que dicho deber no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de noviembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de la Delegación del Gobierno en la Región de Murcia escrito de reclamación formulado por x, donde expone que el día 14 de junio de 2007, cuando circulaba conduciendo el vehículo de su propiedad, Mercedes 220 CDI Classic, matrícula --, por la carretera F-36, de Torre Pacheco a Cartagena, por la Palma, a la altura del kilómetro 11,3, debido a la presencia de arena en la calzada, perdió el control de su vehículo, chocando contra la mediana. Como consecuencia del golpe el vehículo del reclamante ha sufrido una serie de daños cuya reparación asciende a 3.242,41 euros. A dichos gastos cabe adicionar la cantidad de 870,23 euros que tuvo que sufragar por el alquiler de un vehículo sustitutorio, que precisaba para realizar su trabajo. Acompaña facturas acreditativas del pago realizado por un total de 4.112,64 euros, cuyo resarcimiento solicita, por considerar que el accidente tuvo su causa en un mal funcionamiento del servicio público regional de carreteras.

También une a su reclamación la siguiente documentación:

1. Informe estadístico Arena instruido por la Guardia Civil de Tráfico de Cartagena, en el que, en el apartado “comentarios”, se indica como causa probable del accidente el mal estado de la vía, por presencia de arena.

2. Permiso de circulación y ficha técnica del vehículo.

3. Declaración firmada de x, testigo de los hechos, en la se corrobora la existencia de arena en la calzada.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, la instructora requiere al interesado para que mejore su solicitud mediante la aportación de una serie de documentos, que se remiten mediante escrito de 4 de marzo de 2008, proponiendo, además, como medios de prueba los siguientes:

1. Documental, consistente en que se tenga por reproducidos todos los aportados en su escrito inicial, así como que se oficie al Destacamento de la Guardia Civil de Tráfico de Cartagena, para que aporte el informe estadístico Arena 2007300001709.

2. Testifical, consistente en que se requiera a x y al legal representante de --, para que comparezcan y se ratifiquen, el primero en la declaración escrita que consta incorporada al expediente y, el segundo, en las facturas emitidas por el abono de la reparación de los daños del vehículo siniestrado y del alquiler del vehículo de sustitución mientras duró aquella reparación.

**TERCERO.-** Con fecha 11 de febrero de 2008, la instructora solicita de la Dirección General de Carreteras informe acerca de diversas circunstancias técnicas con incidencia en la determinación de la eventual existencia de responsabilidad.

El requerimiento es atendido el día 28 del mismo mes y año, mediante informe emitido por el Jefe de Sección de Conservación I de dicha Dirección General, en el que se indica lo siguiente:

*“1. La carretera a la que se refiere el reclamante es competencia de esta Dirección General.*

*A) Es cierto el evento lesivo expuesto en la reclamación, pero no se puede afirmar que la acumulación de árido en la calzada sea la causa del mismo.*

*B) La acumulación de arena que se menciona en la reclamación se supone que estuvo provocada por el vertido de algún vehículo de transporte de áridos, siendo el volumen de este vertido aproximadamente de 200 cc.*

*C) No existe constancia de otros accidentes en el mismo lugar.*

*D) No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*

*E) Se desconoce si el siniestro se puede imputar a otras Administraciones.*

*F) Por aviso del CECOP (112) a las 18,30, se realizó una salida de emergencia por el personal de la brigada del Sector de Cartagena para limpiar la calzada del vertido de la arena sobre la misma.*

*G) No existe señalización significativa en este tramo de carretera relacionada con este accidente.*

*H) No se pueden valorar los daños causados.*

*I) No existen aspectos técnicos para determinar la producción del daño.*

*J) El estado general de la carretera estaba en buenas condiciones, por lo que el siniestro no se produjo por el estado de la misma.*

*Se desconoce en este Servicio el tiempo que pudiera llevar el vertido de árido en la calzada antes de producirse el siniestro y teniendo en cuenta que la IMD de la carretera es superior a 9.500 vehículos, es posible que el reclamante no advirtiera la existencia de la arena en la calzada, dado que no se produjeron otros accidentes por la misma causa y en el mismo lugar pese al elevado tráfico que soporta este tramo de carretera”.*

**CUARTO.-** El día 18 de noviembre de 2008 la instructora remite copia del escrito de responsabilidad patrimonial al Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, a fin de que informara sobre el valor venal del vehículo, valor de los daños atendiendo al modo de producirse el siniestro, así como cualquier otra circunstancia que se estimara de interés.

En relación con lo solicitado el Jefe de dicho Parque remite informe en el que se indica que el valor venal del vehículo era, en la fecha del accidente, de 25.150 euros. También señala que las facturas correspondientes al coste de reparación del vehículo siniestrado y la del alquiler del automóvil de sustitución, están en consonancia con los costes reales necesarios para atender los gastos derivados del siniestro y sus consecuencias.

**QUINTO.-** Citados los testigos propuestos por el reclamante, x no comparece. Sí lo hace el legal representante de --, que ratifica las facturas emitidas por la mercantil, tal como aparece acreditado a los folios 63 y 64 del expediente.

**SEXTO.-** Conferido trámite de audiencia al reclamante al objeto de que pueda examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estime pertinentes, aquél presenta escrito en el que se solicita se tengan íntegramente por reproducidas las alegaciones contenidas en sus anteriores escritos.

Seguidamente el órgano instructor emite propuesta de orden desestimatoria de la reclamación formulada, por no constar acreditada la relación de causalidad entre el hecho acaecido y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

Tras incorporar al expediente un extracto de secretaría y un índice de documentos, VE remitió el expediente en solicitud de Dictamen, que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 19 de julio de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico

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

La legitimación activa corresponde, cuando de daños materiales en las cosas se trata, a quien ostenta su propiedad, dado que éste será el que sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. En definitiva, la legitimación para actuar deriva de la condición de perjudicado que, en el caso que nos ocupa, reside en el reclamante.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, al ser la carretera donde se produce el accidente de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento.

En lo que a la temporaneidad de la acción se refiere cabe afirmar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que se señala como fecha de ocurrencia de los hechos la del 14 de junio de 2007 y la reclamación se interpuso el día 21 de noviembre de 2007.

Por último, cabe afirmar que el procedimiento seguido respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

Por otro lado, la causación de la lesión resarcible puede provenir tanto de una acción como de una omisión de los servicios públicos. En el supuesto que nos ocupa el reclamante sitúa la causa generadora de los daños en una omisión, por cuanto considera que los servicios de conservación y vigilancia dependientes de la Administración Regional no actuaron diligentemente al no haber retirado la arena que había sobre la vía con la suficiente celeridad, de forma que quedara garantizada la seguridad en la circulación. Pues bien, sólo si se consigue establecer una relación de causa a efecto entre la mencionada omisión y el daño alegado podría ser estimada la reclamación, pues el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva sólo exime de prueba la existencia de culpa, pero no del imprescindible nexo de causalidad entre la conducta de los servicios públicos y el daño.

El Consejo de Estado pone de manifiesto en numerosos Dictámenes (entre otros, los números 968/2002 y 62/2003) que en las reclamaciones por responsabilidad patrimonial la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos *“neceditas probando incumbit ei qui agit”* y *“onus probandi incumbit actori”* y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este caso, el reclamante no da detalle alguno adicional al de la mera existencia de arena en el lugar y en el momento en los que se produjo el accidente, sin que tampoco exista constancia, ni para la Dirección General de Carreteras ni para la Guardia Civil de Tráfico, acerca de otros accidentes producidos por la misma causa, de donde cabe deducir que la arena hacía poco que se encontraba sobre la calzada, ya que, atendiendo al IMD de la carretera (superior a 9.500 vehículos), si el vertido hubiese estado más tiempo se habrían producido otros accidentes. El origen del vertido debió de ser, como señala la Dirección General de Carreteras, algún vehículo de transporte de áridos que pasara por el lugar de los hechos momentos antes de que lo hiciera el del reclamante, y en este caso no se puede olvidar que el deber de vigilancia no cabe interpretarse en términos tan amplios como para impedir que transcurra un margen de tiempo razonable para su cuidado.

Conviene aquí señalar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), que si bien es cierto que existe el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada, también lo es que dicho deber no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, no siéndolo una vigilancia tan intensa que asegure que el tráfico de la calzada esté libre y expedito bajo cualquier circunstancia; de ahí la diversa gradación que se otorga a los deberes de mantenimiento y cuidado de la carretera. Así, en los casos de desprendimientos de piedras, de existencia de baches o deficiente señalización, es decir, cuando la falta de seguridad se puede trabar con los elementos o circunstancias intrínsecas de la calzada, la Administración suele ser responsable de las consecuencias dañosas que se deriven de tales extremos. En cambio, se viene negando normalmente dicha imputación cuando medien o se interfieran elementos o circunstancias ajenas a la vía, como es la irrupción de animales en la calzada o de objetos caídos o arrojados por terceros (entre otros, Dictamen núm. 2.568/2000 del Consejo de Estado y 121/2005 de este Consejo Jurídico). Para un supuesto similar al que nos ocupa (arena en la calzada), el Consejo de Estado en su Dictamen 2.250/2002, afirma que *“la Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada. Excede sin embargo ese límite un caso como el sometido a consulta. Este Consejo ha señalado ya en anteriores ocasiones que la existencia de arena u objetos en las calzadas caídos de vehículos que han discurrido por ellas poco tiempo antes no genera la obligación de indemnizar por parte de la Administración viaria”*.

Ante la imposibilidad de establecer un nexo de causalidad entre la obligación de conservación de la autovía y la presencia del vertido de arena en la calzada que debió caer o ser arrojada a la vía por otros usuarios, sin que tampoco pueda imputarse a los servicios de conservación una demora negligente en su actuación, llevan al Consejo Jurídico a compartir el criterio del órgano instructor, y estimar que no puede apreciarse la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 139 LPAC para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial. Conclusión ésta que hace innecesario pronunciarse sobre los restantes extremos respecto de los que debería versar este Dictamen, es decir, valoración del daño, su cuantía y el modo de la indemnización.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos que determinan su existencia.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 81-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 11/04/2011

**Extracto doctrina**

La parte interesada ha aportado elementos de prueba suficientes en orden a dejar acreditada tanto la existencia de los daños sufridos como la causa de los mismos.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 5 de marzo de 2007 tiene entrada en el Registro de la Administración regional una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por x, en nombre y representación de la mercantil --, por los daños y perjuicios sufridos en el vehículo propiedad de dicha sociedad, marca Audi, modelo A-4, matrícula --, cuando circulando por la Avenida de Roldán en Balsicas, Torre Pacheco, a la altura de la calle --, el vehículo fue golpeado por una señal de tráfico de ceda el paso, de grandes dimensiones, provocando una serie de daños en el vehículo por cuya reparación se ha tenido que abonar la cantidad de 360 euros. Acompaña a su escrito informe de la Policía Local de Torre Pacheco en el que se describen los hechos de forma coincidente con la versión del reclamante; fotos del vehículo siniestrado; y factura por importe total de 409,84, euros, con una franquicia de 360 euros.

**SEGUNDO.-** Mediante escrito de 25 de abril de 2007 la instructora requiere al reclamante el envío de determinada documentación, lo que se cumplimenta por el interesado mediante escrito fechado el siguiente día 31 de mayo de 2007, al que une la documentación que se le había solicitado, entre la que se encuentra escritura mediante la que acredita la representación que ostenta de la mercantil propietaria del automóvil siniestrado.

**TERCERO.-** También el día 25 de abril de 2007, la instructora se dirige a la Policía Local de Torre Pacheco, solicitando el envío de la copia autenticada de las diligencias instruidas como consecuencia de los hechos sobre los que versa la reclamación.

El requerimiento se cumplimenta por el Oficial-Jefe de la citada Policía Local que remite el informe y las fotografías del vehículo que fueron tomadas por los agentes actuantes. En el informe se señala lo siguiente:

*“Los Policías Locales x, y, tienen el deber de poner en su conocimiento lo siguiente.*

*Que siendo las 15,10 horas del día de la fecha se recibe llamada telefónica de un conductor indicando que pasáramos por Avd. Roldán de Balsicas, ya que había sido golpeado su turismo por una señal de tráfico.*

*Que personados se comprueba que efectivamente se encuentra estacionado en un lado de la calle el turismo Audi, modelo A-4, matrícula --, propiedad de --, con domicilio en C/ --, de Roldán, conducido por x, con permiso de conducir de clase B numero -- y asegurado en la compañía -- con póliza numero --, en vigor desde el 20-06-06 hasta el 20-06-07.*

*Que según informa el conductor de dicho vehículo, circulaba de Balsicas y con dirección a Roldán, cuando al llegar a la Altura del cruce con la C/ -- observó como golpeaba contra su turismo un disco de grandes dimensiones, el cual cree que cayó desde lo alto.*

*Que realizada una inspección ocular del lugar de la colisión se puede deducir que, efectivamente el disco de ceda el paso (de grandes dimensiones), se cayó de su posición (sujeta a una farola con dos bridas), golpeando en el suelo y posteriormente en el frontal del turismo antes reseñado, causándole la rotura del paragolpes, aleta delantera izquierda, así como el radiador y algún mecanismo del circuito de refrigeración.*

*Que se le informa a este conductor que comunique los hechos a su compañía de seguros.*

*Que dicha señalización fue colocada por carreteras cuando realizó el arreglo de las redondas de la autovía.*

*Se adjunta reportaje fotográfico de los hechos”.*

**CUARTO.-** Solicitado el preceptivo informe a la Dirección General de Carreteras para que se pronuncie sobre los extremos que aparecen recogidos en la reclamación, el requerimiento es cumplimentado mediante informe emitido por el Jefe de Sección II de Conservación de dicho Órgano directivo, del siguiente tenor:

*“1. El lugar en que se produce el siniestro reclamado está situado en la Carretera Regional RM-F12 "De Balsicas a la Autovía A-30." Dentro del casco urbano de BALSICAS.*

*2. Desconocíamos hasta ahora la ocurrencia del citado acontecimiento lesivo.*

*3. No existe ninguna relación del presumible desprendimiento de la señal de tráfico con alguna actuación inadecuada del perjudicado,*

*4. No se tiene constancia de acontecimientos de tal naturaleza en ésta ni en ninguna carretera que una señal de tráfico flejada en dos puntos al poste de un báculo de farola se desprenda de improviso y golpease fuertemente a un vehículo que circulaba por la calzada. Téngase en cuenta que la citada señal estaba fuertemente sujeta por unos flejes o bridas sobre un poste de alumbrado situado a unos dos metros, medidos en horizontal, del carril de circulación contiguo por el que circulaba el turismo siniestrado.*

*5. La señal de referencia que indica un ceda el paso en la glorieta a la que se accede a unos 150 metros, se encuentra en la actualidad sin colocar en su ubicación anterior, ya que no se había advertido su pérdida.*

*6. Salvo la señal indicada de Ceda el Paso, el resto de la carretera RM-F12 en su travesía de Balsicas se encuentra correctamente señalizada.*

*7. A través del reportaje fotográfico y de los daños reclamados, no acabamos de entender la ocurrencia de los mismos por la señal citada, que se encontraba sujeta en dos puntos de la misma a un poste de alumbrado sito a la derecha del sentido de la marcha y los daños ocasionados se encuentran en el lado izquierdo del vehículo”.*

**QUINTO.-** El Ingeniero Técnico Jefe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, previa solicitud por parte del órgano instructor, informa en fecha 4 de mayo de 2010 que el valor venal del vehículo ascendía, en la fecha en que ocurre el accidente, a 18.770 euros. En relación con el valor de los daños sufridos por el vehículo afirma lo siguiente: *“El reclamante aporta una factura emitida por el servicio oficial VW-AUDI “--”, por un importe total de 409,84 euros, IVA incluido, que entendemos que es correcto, aunque sólo reclama el importe de 360 euros, en concepto de franquicia”.*

**SEXTO.-** Acordada la apertura del preceptivo trámite de audiencia, el reclamante no hace uso del mismo al no comparecer ni formular alegación alguna.

Seguidamente se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar probada la concurrencia del nexo causal entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y los daños sufridos en el vehículo de la mercantil reclamante.

**SÉPTIMO.-** El 2 de agosto de 2010 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Consejero competente solicitando la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

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

El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración autonómica, al ser la carretera en la que se encontraba ubicada la señal de tráfico que se señala como origen de los daños de titularidad regional, ya que así se desprende de la documentación incorporada al procedimiento. Siendo órgano competente para resolver el procedimiento el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Asimismo la acción indemnizatoria se ha ejercitado por la entidad reclamante dentro del plazo de un año desde que se produjeron los daños, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado se ha ajustado, en términos generales, a lo dispuesto en los artículos 6 y siguientes del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP), salvo en lo que se refiere a la excesiva tardanza en su tramitación.

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

El artículo 139.1 LPAC establece, con carácter general, que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Por tanto, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 21 de abril y de 20 de mayo de 1998), los siguientes: que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o en el padecimiento del daño, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.

En el supuesto que nos ocupa se ha acreditado en el expediente la existencia de un daño efectivo, individualizado y económicamente evaluable que, *prima facie*, la mercantil interesada no tenía el deber jurídico de soportar.

Por otro lado, la parte interesada imputa el daño al impacto que sufrió su vehículo por una señal de tráfico situada en la carretera RM-F12, que se desprendió de la farola a la que se encontraba fijada.

En cuanto a la necesaria relación causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño causado, hemos de reiterar que tal extremo de la reclamación debe ser acreditado por el

interesado, de acuerdo con el principio general sobre la carga de la prueba que rige en nuestro ordenamiento jurídico, por aplicación de los artículos 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6 RRP.

En este supuesto, la verificación de este elemento nuclear de la responsabilidad patrimonial no plantea mayor problema, ya que, partiendo de la regla descrita, puede afirmarse que la parte interesada ha aportado elementos de prueba suficientes en orden a dejar acreditada tanto la existencia de los daños sufridos como la causa de los mismos, según se desprende del informe de la Policía Local de Torre Pacheco. Además, la propia Administración, en el informe técnico emitido por el Jefe de Sección de Conservación de la Dirección General de Carreteras, pone de relieve que la señal no se encuentra ubicada en su sitio original *“ya que no se había advertido su pérdida”*. Cabe, pues, atribuir el daño a una colocación defectuosa de una señalización que posibilitó que ésta se desprendiese de la farola a la que se encontraba fijada, cayendo al suelo e impactando, en su rebote, contra el automóvil de la entidad reclamante, lo que explicaría la posible contradicción que la Dirección General de Carreteras cree advertir entre el lugar de ubicación de la señal (a la derecha del sentido de marcha) y los daños sufridos en el vehículo (parte frontal izquierda), ya que el golpe contra el automóvil no se produjo de forma directa, sino que lo hizo después de estrellarse contra la calzada.

Lo anterior evidencia que la Administración regional, en su condición de titular de la vía donde se produjo el accidente, ha incumplido con su deber de mantener la carretera en las mejores condiciones posibles para la seguridad de la circulación, conforme a los artículos 57 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, y el 2 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia, entonces aplicable.

#### **CUARTA.- El quantum indemnizatorio.**

Sentada la conclusión de que existe el indispensable nexo causal, sólo resta que este Consejo Jurídico se pronuncie sobre la valoración del daño causado, cuantía y modo de indemnización que corresponde percibir al perjudicado.

Según la factura que se encuentra incorporada al expediente la reparación de los daños producidos asciende a 409,84 euros, pero la mercantil titular del vehículo sólo reclama la cantidad de 360 euros, importe de la franquicia del seguro del automóvil, en cuyos términos debe fijarse el importe de la indemnización.

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

## **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Se informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria, al haberse acreditado la concurrencia de los requisitos previstos en los artículos 139.1 y 141.1 LPAC, fijándose una cuantía indemnizatoria de 360 euros, que deberá actualizarse conforme determina el artículo 141.3 LPAC.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 82-2011**

**Asunto** Interpretación del contrato de la concesión de los servicios municipales de agua potable y alcantarillado del municipio de Totana.  
**Consultante** Ayuntamiento de Totana  
**Fecha** 11/04/2011

**Extracto doctrina**

Tal como ha manifestado este Consejo en numerosos Dictámenes, los pliegos constituyen norma básica para resolver todo lo relativo al cumplimiento y efectos de los contratos administrativos, puesto que en ellos se plasman los derechos y obligaciones de la Administración contratante y del contratista, lo que ha dado lugar a que se les considere como la “ley del contrato”.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 4 de julio de 1997 el Pleno del Ayuntamiento de Totana adjudicó a x (la contratista) el contrato de gestión de los servicios de abastecimiento de agua potable a domicilio y de alcantarillado de dicho Ayuntamiento, contrato que fue suscrito el 7 de agosto de 1997.

**SEGUNDO.-** El Pliego de Condiciones recoge entre otras prescripciones las siguientes:

Primera, apartado 2.

*“Al objeto de esta adjudicación, se entenderá: Por AYUNTAMIENTO, el Ayuntamiento de Totana y cuantos órganos o entidades dependan en la actualidad o en el futuro puedan depender del mismo (Organismos Autónomos Administrativos, sociedad privada municipal, etc.)”.*

Decimoséptima, apartado 7.

Entre las potestades del Ayuntamiento se recoge la de *“Interpretar el Pliego, contrato que se formalice, Reglamento de los Servicios y Ordenes de los Servicios”.*

Trigésimotercera.

*“Los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación del contrato, indicados por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuye, serán los siguientes:*

*(...) B) Mejoras ofertadas, autoconsumos y restantes aspectos económicos de la oferta no contemplados en el apartado anterior (referente al canon total), hasta un máximo de diez puntos”.*

Trigésimocuarta.

Entre la documentación a incluir en el sobre relativo a la proposición económica se hace referencia en el apartado g) a la *“oferta relativa a los autoconsumos municipales (cuantía, régimen, exenciones, etc.)*, y en el apartado i) a las *“mejoras de los licitadores, debidamente descritas y cuantificadas económicamente”*.

Cuadragésimoquinta.

*“La demanda de agua potable generada por el Ayuntamiento tendrá carácter gratuito, hasta el límite del 10% del total de los caudales suministrados en alta a los depósitos municipales. Este porcentaje podrá ser mejorado por los licitadores en sus ofertas”.*

Cuadragésimosexta.

*“Para la facturación al Ayuntamiento del servicio de alcantarillado, se tendrán en cuenta los mismos criterios que para los autoconsumos de agua potable”.*

**TERCERO.-** Por su parte el contrato en su cláusula Quinta, apartado 3º, establece que la contratista queda obligada al cumplimiento de cuantas prescripciones se deriven de la oferta que le ha sido aceptada, en cuanto las mismas beneficien al Ayuntamiento de Totana y no sean contrarias a lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas regulador.

Por otro lado el Anexo III del Contrato, denominado “Resumen de la Oferta Base de --”, contiene los siguientes datos que interesan a los efectos del asunto objeto del presente Dictamen:

- En la oferta base (folio 73), en el apartado *“m<sup>3</sup> autoconsumos municipales”*, se indica *“sin límite”*.

- En la oferta variante número 1 (folio 74), en el mismo apartado “m<sup>3</sup> autoconsumos municipales”, también se hace constar “sin límite”.

- En el apartado G), denominado “OFERTA AUTOCONSUMOS MUNICIPALES”, se indica lo siguiente:

*“Cumpliendo lo estipulado en las cláusulas 45ª y 46ª del Pliego de Condiciones, en cuanto a los autoconsumos municipales, nuestra oferta ofrece las siguientes ventajas respecto a:*

*Cantidad.*

*Ofertamos que la demanda de agua potable generada por el Ayuntamiento tendrá carácter gratuito sin especificar límite alguno.*

*Régimen de exenciones.*

*Los consumos municipales estarán exentos de facturación por el servicio de abastecimiento de agua potable.*

*También estará exenta de facturación por el servicio de alcantarillado la producción de aguas residuales por el ayuntamiento”.*

**CUARTO.-** El Ingeniero Técnico Municipal emite, con fecha 10 de enero de 2011, informe del siguiente tenor:

*“Atendiendo a lo ordenado por el concejal responsable sobre la gratuidad de los autoconsumos de agua potable y alcantarillado en las instalaciones municipales relativas a la Residencia de la Purísima y la piscina cubierta sita en el barrio del Parral, el técnico que suscribe, en base a los documentos que rigen la concesión de los Servicios de Aguas, informa de los siguientes puntos:*

*- La concesión de los Servicios de Agua Potable y Alcantarillado está a cargo de la empresa -- y los documentos que la rigen lo forman el Pliego de Condiciones, el contrato y la oferta presentada por aquélla.*

- En el Pliego de Condiciones, en sus cláusulas 45ª y 46ª se exigía, a mejorar por los licitadores, un mínimo de gratuidad en las facturaciones de los autoconsumos por agua potable y alcantarillado hasta un máximo del 10%.

- En la oferta de --, presentada en el proceso de adjudicación, y en el contrato firmado entre representantes de ésta y municipales se especifica, en el punto G denominado 'oferta autoconsumos municipales', que la demanda de agua potable generada por el ayuntamiento tendrá carácter gratuito sin especificar límite alguno; al mismo tiempo, se expone que los consumos municipales estarán exentos de facturación por los Servicios de Agua Potable y Alcantarillado.

- Las instalaciones relativas a la Residencia de la Purísima y la piscina cubierta sita en el barrio del Parral corresponden a propiedad municipal y, además, tienen un carácter público, por lo que el autoconsumo y su correspondiente facturación por agua potable y alcantarillado gozan de plena gratuidad”.

**QUINTO.-** Previa propuesta del Concejal de Servicios, la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 13 de enero de 2011, acuerda interpretar el contrato que nos ocupa, entendiéndolo “que entre las obligaciones del contratista incluye y comprende que las instalaciones relativas a la Residencia de la Purísima y la Piscina Cubierta sita en el barrio del Parral corresponden a propiedad municipal y, además, tienen un carácter público, por lo que el autoconsumo y su correspondiente facturación por agua potable y alcantarillado gozan de plena gratuidad; atendiendo a los documentos que rigen la contratación como es el contrato, el pliego de condiciones y la oferta que presentó el contratista”.

**SEXTO.-** Dada audiencia a la contratista, adujo que, en su criterio, existe contradicción entre el Pliego de Condiciones y la oferta que, en su día, realizó, porque en el Pliego se señala como límite de gratuidad de los autoconsumos municipales un 10% y, por lo tanto, la mejora que ofertaba dicha gratuidad sin límite alguno contradecía el Pliego cuyo contenido debe, a su juicio, prevalecer sobre el de la oferta.

Por otro lado señala que tanto la Residencia de la Purísima como la Piscina Cubierta Municipal, “están gestionadas en régimen de concesión por dos mercantiles, que son las que se benefician del consumo de agua, por lo que en este supuesto no se cumple la condición establecida de que el consumo de agua repercute directamente en beneficio municipal y, por lo tanto, no cabe aplicar lo establecido en la oferta y en el Pliego relativo al consumo gratuito”.

**SÉPTIMO.-** El 16 de enero de 2011 la Secretaria de la Corporación Local emite informe jurídico en el que, en lo que se refiere a la cuestión origen de la controversia, señala lo siguiente:

*“En cuanto a los autoconsumos de agua potable, la cláusula cuadragésimo quinta, del pliego de condiciones administrativas establece que:*

*‘La demanda de agua potable generada por el Ayuntamiento tendrá carácter gratuito, hasta el límite del 10% del total de los caudales suministrados en alta a los depósitos municipales. Este porcentaje podrá ser mejorado por lo licitadores en sus oferta’.*

*En atención a esta cláusula la empresa --, en su oferta, presentada en el momento de ser licitador, establece:*

*‘Cumpliendo lo estipulado en la cláusula 45 y 46 del Pliego de Condiciones, en cuanto a los autoconsumo municipales, nuestra oferta ofrece las siguientes ventajas respecto a Cantidad: ofertamos que la demanda de agua potable generada por el Ayuntamiento tendrá carácter gratuito sin especificar límite alguno’.*

*La empresa -- interpreta que existen contradicciones entre lo recogido en el pliego de condiciones y la oferta de -- y en atención al orden de prelación de normas aplicable, los autoconsumos municipales tendrán carácter gratuito hasta el límite del 10% del total de los caudales suministrados en alta a los depósitos municipales.*

*Así las cosas parece que a juicio de la concesionaria la oferta que presentó en su día no tuviera carácter vinculante y la oferta base es vinculante porque forma parte del contenido obligacional del contrato. Además mediante dicha oferta se mejoró lo establecido en el pliego y fue un criterio a tener en cuenta en la adjudicación, como así lo establece la cláusula trigésimo tercera del pliego de condiciones administrativas (mejoras ofertadas, autoconsumo y restantes aspectos económicos de la oferta no contemplados en el apartado anterior hasta un máximo de 10 puntos), por tanto no hay contradicción sino que a través de la oferta se mejoran los límites establecidos en el pliego, lo cual a su vez fue un aspecto a tener en cuenta en la adjudicación. En base a ello considero correcta la interpretación planteada, pues el consumo de agua del Residencia de Ancianos y de la Piscina Municipal (son edificios de titularidad del Ayuntamiento) son autoconsumos del Ayuntamiento que conforme al pliego son gratuitos y conforme a la oferta base de -- sin límite alguno, (la cual forma parte del contenido obligacional de los contratos) por lo que debe ser cumplida del mismo modo que el resto de normas aplicables”.*

**OCTAVO.-** La Junta de Gobierno Local en reunión celebrada el día 17 de febrero de 2011 acordó lo siguiente: 1º) desestimar las alegaciones presentadas por la contratista frente a la interpretación llevada a cabo en el acuerdo adoptado el 13 de enero de 2011; 2º) solicitar Dictamen de este Consejo Jurídico; 2º) notificar el acuerdo a la empresa adjudicataria.

Tras ello fue solicitado el Dictamen de este Consejo Jurídico, en donde tuvo entrada la solicitud con su expediente el 2 de marzo de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

De conformidad con el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo (LCJ), en concordancia con el 195.3, a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al haberse formulado oposición por parte de la contratista.

#### **SEGUNDA.- Competencia, régimen jurídico aplicable y procedimiento.**

##### I. Competencia.

Adjudicado el contrato que nos ocupa por el Pleno del Ayuntamiento (conforme a la atribución competencial que en esta materia efectuaba el artículo 22.2,n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, hoy recogida en los apartados 1 y 2 de la Disposición Adicional segunda LCSP), la interpretación de aquél corresponde también al Pleno (artículo 194 LCSP y 97.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en lo sucesivo RGCAP). En el presente caso al haberse adjudicado el contrato por el Pleno del Ayuntamiento, el órgano competente para proponer y acordar, en su caso, la interpretación contractual lo es también el Pleno y no la Junta de Gobierno, salvo que actuase habilitada por delegación del Pleno, circunstancia que no consta acreditada en el expediente.

##### II. Régimen jurídico.

Vista la fecha de adjudicación del contrato cuya interpretación se pretende, la normativa de aplicación viene constituida por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) y su reglamento, en aplicación de lo previsto en la Disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 (TRLCAP), y en la también Disposición transitoria primera de la LCSP. A tenor del artículo 60 LCAP, *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*. Con idéntica redacción se pronuncia el artículo 194 LCSP.

No obstante, y de acuerdo con reiterada doctrina de este Órgano Consultivo, tributaria a su vez de la del Consejo de Estado, la determinación de la Ley aplicable a los procedimientos de interpretación, modificación y resolución del contrato y a la competencia del órgano para acordar dichas actuaciones se rige por criterios diferentes.

Dado que el expediente de interpretación se inició después de la entrada en vigor de la LCSP, será de aplicación al procedimiento que nos ocupa tanto la citada Ley como el vigente RGCAP, en lo que no se oponga a dicha Ley.

### III. Procedimiento.

En el procedimiento instruido se han seguido los trámites esenciales señalados en el artículo 195 LCSP, constandingo que se ha dado audiencia a la contratista, que ha formulado las alegaciones que ha tenido por conveniente.

No obstante, en lo que se refiere al concreto procedimiento de consulta a este Órgano Consultivo, se han de formular las siguientes observaciones:

1.<sup>a</sup> El expediente no incorpora un extracto de secretaría, lo que resulta preceptivo de conformidad con lo establecido en el artículo 46.2,b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo Jurídico, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril (RCJ).

2.<sup>a</sup> Las actuaciones realizadas han de culminar con la formal propuesta de interpretación que contenga la voluntad motivada del órgano instructor respecto de dicha modificación, que debe ser el objeto del Dictamen interesado. Del certificado sobre el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno puede entenderse que, al desestimar las alegaciones formuladas por la contratista y

solicitar el Dictamen de este Órgano Consultivo, se está proponiendo la aprobación de la interpretación en los términos en que fue notificada a la contratista, pero sería conveniente que la Corporación Local adopte las medidas oportunas para que en próximas consultas se formule la correspondiente propuesta, que ha de incluir la debida separación entre hechos y fundamentos jurídicos aplicables y la parte dispositiva de la misma (art. 46.2,c)1.º RCJ).

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. El objeto de este Dictamen es la interpretación del contrato de gestión de servicios citado, cuya controversia propone resolver el órgano de contratación, en el ejercicio de la prerrogativa de interpretación unilateral que le reconoce el artículo 60.1 LCAP (actualmente, artículo 194 LCSP). La facultad de interpretar los contratos prevista en el citado artículo 60.1, no implica que el órgano de contratación pueda atribuir al contrato el alcance que estime oportuno, sino que en tal cometido ha de guiarse por criterios previstos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, a falta de disposición expresa en la normativa administrativa, ha de someterse a los criterios interpretativos establecidos en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil (C.c.), que resultan predicables también respecto de los contratos administrativos (art. 7.1 LPAC).

La labor hermenéutica debe, pues, atender fundamentalmente a la voluntad manifestada por las partes que, teniendo en cuenta los contratos administrativos en cuestión, se encuentra plasmada en los documentos de formalización de los mismos (a los que, en el presente caso, se ha incorporado la oferta de la contratista) y en el Pliego de cláusulas de condiciones. Como prevé el artículo 50.1 LPAC, los pliegos incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y las obligaciones que asumirán las partes en el contrato. Por ello, y tal como ha manifestado este Consejo en numerosos Dictámenes, los pliegos constituyen norma básica para resolver todo lo relativo al cumplimiento y efectos de los contratos administrativos, puesto que en ellos se plasman los derechos y obligaciones de la Administración contratante y del contratista, lo que ha dado lugar a que se les considere como la “ley del contrato”.

II. En el supuesto que nos ocupa la controversia se centra en dos cuestiones diferenciadas que deben examinarse por separado:

1. La primera se concreta en determinar cuál sea el límite que ha de aplicarse respecto de la gratuidad en los autoconsumos de agua y alcantarillado por parte del Ayuntamiento. El órgano de contratación mantiene que según la oferta de la contratista dicha gratuidad no estaría sometida a límite alguno, porque de este modo formuló en su momento la oferta económica que, al incorporarse al contrato, tiene fuerza de ley para las partes. Por su parte, la contratista no niega las

características de su oferta, pero entiende que su contenido entraría en contradicción con el tenor literal de la cláusula cuadragésimo quinta del Pliego de Condiciones, que establecía que la gratuidad lo sería hasta el límite del 10% de los caudales suministrados al Ayuntamiento, y, por lo tanto, no tendría carácter vinculante.

Reproducidos en los Antecedentes del presente Dictamen el contenido tanto de las cláusulas del Pliego como de las condiciones ofertadas por la contratista, huelga repetirlas aquí. Sólo indicar que, efectivamente, la cláusula 45ª del Pliego, en el concreto aspecto que ahora nos ocupa, no es ejemplo de gran claridad, pero tampoco puede afirmarse que resulte tan confusa que fuerce a aplicar el artículo 1288 C.c., ya que su literalidad permite entender que el límite del 10% viene a operar con carácter de mínimo y no de máximo; lo contrario restaría, con carácter absoluto, valor a lo que se precisa en esa misma cláusula al afirmar que *“este porcentaje podrá ser mejorado por los licitadores en sus ofertas”*. Si la intención de la Administración hubiese sido que la gratuidad del autoconsumo no superase el 10%, no habría posibilitado su mejora. Por lo demás, tal interpretación es la que se corresponde con la propia actuación de la contratista, que de modo claro e indubitado contempla en su oferta la gratuidad del autoconsumo sin límite alguno. Si a la contratista le hubiese suscitado duda la redacción de la citada cláusula, pudo solicitar una interpretación de los términos de la licitación, lo que no hizo. Muy al contrario, mejoró hasta el máximo posible el límite del 10%, consiguiendo así una alta puntuación en la baremación de dicho apartado lo que, obviamente, influyó de manera decisiva en la adjudicación a su favor del contrato. Por ello, carece de sentido y resulta contrario al principio de la buena fe contractual, que ahora mantenga el carácter no vinculante de su oferta por no ajustarse al contenido literal del Pliego. En efecto, hay que recordar que, según establece el párrafo 2º del artículo 1281 C.c., si las palabras pareciesen contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, y aquí la intención de las partes -pese a la mínima confusión que pueda generar la utilización en el Pliego del término *“hasta”*- era, para la Administración, obtener una mejora en dicho porcentaje de gratuidad en los autoconsumos y, para la contratista, ofertar el máximo posible, es decir, el 100%.

Por tanto, conforme a la anterior interpretación de las cláusulas del contrato, del Pliego y de la oferta de la contratista, ésta viene obligada a cumplir en sus estrictos términos el contenido del apartado G) de su oferta, transcrito en el Antecedente Tercero del presente Dictamen.

2. El segundo incidente de interpretación planteado versa sobre si la gratuidad en el autoconsumo al que se refieren las cláusulas 45ª y 46ª del Pliego de Condiciones alcanza a los que se generen por la Residencia de Ancianos “La Purísima” y por la Piscina Cubierta Municipal sita en el barrio del Parral.

La adecuada solución de la cuestión sometida a Dictamen exige determinar, con carácter previo, qué ha de entenderse por autoconsumo, siendo posible realizar las siguientes interpretaciones:

a) La primera de ellas, que resultaría del tenor literal de la prescripción contenida en el Pliego, sería la que entendiéndose como autoconsumo aquel que generara el Ayuntamiento (entendiendo éste en el sentido que se indica en el apartado 2 de la prescripción primera del Pliego) para satisfacción directa de sus necesidades. Es decir, la gratuidad sólo alcanzaría al consumo cuyo destinatario directo e inmediato fuese el Ayuntamiento, sin que, *sensu contrario*, alcanzase a los consumos que se originasen como consecuencia de la utilización por parte de los ciudadanos de los servicios públicos prestados por el Ayuntamiento.

b) La segunda consistiría en considerar que el autoconsumo incluiría tanto el de carácter doméstico, al que se hace referencia en el párrafo anterior, como a aquellos que se produjesen como consecuencia de la gestión directa de los servicios públicos por parte del Ayuntamiento. Para determinar si ésta era la voluntad concordada de las partes, resultaría necesario acudir, como señala el artículo 1281 C.c., a los actos de los contratantes, coetáneos y posteriores al contrato, pues habiéndose iniciado la relación contractual hace más de tres años, resulta lógico pensar que tal circunstancia ya ha sido clarificada con la propia actuación de las partes. Al no haberse incorporado al expediente documentación alguna en este sentido, no cabe pronunciarse al respecto, lo que no obsta que se pueda dictaminar sobre la consulta, pues, realmente, el supuesto que se plantea a consideración del Consejo es el que a continuación se analiza.

c) La tercera, que resulta ser la más importante porque es sobre la que se ha suscitado la divergencia interpretativa entre el órgano de contratación y la contratista, sería aquella que estimase que el término autoconsumo es comprensivo de la totalidad de los consumos municipales, a saber, los domésticos y los que se produzcan como consecuencia de la prestación de los servicios públicos, sin discriminación alguna respecto de su forma de gestión directa o indirecta. La concepción que ambas partes tienen al respecto es, lógicamente, diferente. El Ayuntamiento estima que la titularidad municipal de ambas instalaciones (residencia y piscina), constituye elemento suficiente para que la gratuidad de los consumos se les aplique. La contratista, por el contrario, rechaza tal posibilidad basándose para ello en el hecho de que la gestión de los servicios que se prestan en ellas se lleve a cabo, en régimen de concesión, por dos mercantiles que serían las que, en última instancia, se beneficiarían de dicha gratuidad, viéndose así conculcado el principio inspirador tanto del Pliego como de la oferta, que sólo contemplarían los consumos municipales.

No deja de ser forzada la interpretación postulada por el Ayuntamiento, manteniendo el carácter omnicomprendido de la gratuidad en los consumos de agua municipales sin atender a elemento diferenciador alguno. La aplicación automática que se pretende podría llevar a un desequilibrio de los parámetros que sirvieron de base para la elaboración por la contratista de su oferta económica; por ello, careciendo de información complementaria que pudiera introducir algún elemento clarificador en el análisis de esta cuestión (condiciones de la concesión de los servicios prestados en la residencia y en la piscina, por ejemplo), hay que atenerse a lo que dispone el Pliego, sin que sea posible mantener una interpretación extensiva de su contenido, que vaya más allá de lo expresamente dispuesto según su tenor literal, porque así resulta obligado en virtud de lo establecido en el artículo 1281 C.c., en relación con el artículo 1288 del mismo texto legal, acerca de que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad, y admitido que en este punto las prescripciones 45ª y 46ª del Pliego presentan una cierta indefinición y oscuridad en su redacción, su interpretación no puede beneficiar a la Administración en cuanto responsable de dicha redacción, sentido en el que viene manifestándose el Tribunal Supremo, entre otras muchas sentencias, en la de su Sala de Contencioso-Administrativo de 16 de mayo de 1990.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Que procede interpretar el contrato sometido a Dictamen en el sentido de que la contratista está obligada a cumplir en sus estrictos términos el apartado G) de su oferta (folio 93), por lo que se dictamina favorablemente la propuesta interpretativa en lo que a este aspecto se refiere.

**SEGUNDA.**- Que la gratuidad en el abastecimiento de agua no alcanza a los consumos de los servicios prestados en las instalaciones de la Residencia de Ancianos “La Purísima” y en la Piscina Cubierta Municipal, por estar gestionados indirectamente mediante concesión administrativa, por lo que se dictamina desfavorablemente la propuesta interpretativa en lo que a esta cuestión respecta.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 83-2011**

**Asunto** Proyecto de Decreto por el que se modifican el Decreto 172/1995, de 22 de noviembre, Decreto 17/2003, de 14 de marzo, y el Decreto 349/2007, de 9 de noviembre, para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga el Decreto 66/2001, de 14 de septiembre.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 19/04/2011

**Extracto doctrina**

1. Aun admitiendo la dificultad de su evaluación a priori, la memoria económica podría haber incidido en la trascendencia que, en términos de ahorro de costes para las empresas, puede tener la futura norma, así como la obligada repercusión sobre la Administración regional que, aunque verá liberados recursos en la tramitación previa al ejercicio de la actividad, habrá de concentrarlos después en el control posterior de la misma.
2. El artículo 84 LBRL, en redacción dada por la Ley 25/2009, mantiene la posibilidad de las Entidades Locales de intervenir en la actividad de los ciudadanos mediante su sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo, si bien cuando dichas actividades estén incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, se estará a lo dispuesto en la misma.
3. Como señalamos en el Dictamen 226/2010, “en la declaración responsable, amén de la afirmación de que el interesado cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, se ha de estar en condiciones de probarlo de inmediato porque se dispone de la documentación que así lo acredita, requisito que no contempla la Ley para la figura de la comunicación previa, cuya función es la de “poner en conocimiento de la Administración Pública competente los datos identificativos y demás requisitos exigibles”.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 26 de noviembre de 2009, la Dirección General de Salud Pública propone a la Consejera de Sanidad y Consumo iniciar la elaboración de un Proyecto de Decreto que adapte la normativa reglamentaria en materia de sanidad a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DS).

Acompaña a dicha propuesta, la siguiente documentación:

- Primer borrador de Decreto, por el que se pretende modificar los Decretos 172/1995, 66/2001, 17/2003 y 349/2007, para su adaptación a la DS.

- Memoria justificativa. Se fundamenta el Proyecto en las exigencias de eliminación de obstáculos al libre establecimiento y a la libre prestación de servicios en el mercado interior europeo que impone la DS. Ésta, si bien excluye expresamente a los servicios sanitarios de su ámbito de aplicación, sí que incide sobre determinadas actividades del ámbito sanitario, cuya regulación reglamentaria regional, tras el oportuno proceso de identificación y contraste con la DS, se considera necesario modificar para hacerla compatible con la norma comunitaria, difiriendo, no obstante, la adaptación de otras, al estar pendientes de la reforma que se está operando en la normativa básica estatal.

En relación al Decreto 172/1995, la modificación se centra en la eliminación de las referencias a la autorización municipal y en posibilitar el ejercicio de la venta allí regulada a quien haya obtenido una habilitación otorgada por la autoridad sanitaria competente de otra Comunidad Autónoma o de otro Estado Miembro de la Unión Europea.

El Decreto 66/2001 se modifica para sustituir la autorización a empresas y entidades para poder impartir cursos de formación a manipuladores de alimentos, por una declaración responsable, que también se exigirá a empresas habilitadas por otra Comunidad Autónoma o Estado Miembro. Asimismo se persigue adaptar la regulación autonómica a las reformas operadas en la normativa básica sobre manipuladores de alimentos.

El Decreto 17/2003, si bien mantiene la autorización previa por razones de salud pública, se modifica para permitir su obtención a quienes cuenten con una titulación oficial reconocida en España que incluya las materias que en el Decreto se establecen, hayan superado los cursos impartidos por otras Comunidades Autónomas o Estados Miembros o cuenten con la habilitación de otra Comunidad Autónoma o Estado Miembro y presenten la oportuna declaración responsable en la que así se manifieste.

El Decreto 349/2007, por su parte, mantiene el régimen de autorización de los centros de formación y evaluación para la utilización de desfibriladores semiautomáticos externos, ampliando la duración de la misma que pasa de anual a dos años, se minoran los requisitos para obtener la autorización y se permite la prestación de servicios a quienes estén habilitados por una autoridad sanitaria competente del ámbito de la Unión Europea.

También se mantiene la exigencia de la acreditación para el uso de desfibriladores, de duración también por dos años, a quienes cuenten con una titulación oficial que les capacite y quienes hayan sido habilitados por otra Comunidad Autónoma o Estado Miembro, cuyos cursos se equiparan a los de la Comunidad Autónoma de Murcia.

Se incorporan, asimismo, al Decreto las novedades introducidas en la normativa básica, ampliando el objeto del Decreto regional, que se extiende tanto a los desfibriladores semiautomáticos como a los automáticos.

- Memoria económica, que concluye en la ausencia de repercusión económica adicional o incremento del coste.

- Informe de impacto por razón de género.

**SEGUNDO.-** El 26 de noviembre de 2009 emite informe el Servicio Jurídico de la Consejería consultante, en sentido favorable al texto del borrador, advirtiendo que restan por cumplir diversas exigencias formales.

**TERCERO.-** Consta en el expediente que se ha dado audiencia a los sectores afectados por el Proyecto, a través de su representación en el Consejo de Salud de la Región de Murcia y la Comisión de Autorregulación de Proyectos del Consejo Asesor Regional de Consumo. Asimismo, se remitió el texto a las distintas Consejerías de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, la Federación de Municipios de la Región de Murcia, Delegación del Gobierno de la Región de Murcia, Confederación Regional de Organizaciones Empresariales de Murcia (CROEM), Asociación de Esteticistas y de Empresarios de Peluquería de la Región, a los Colegios Oficiales de Médicos, de Farmacéuticos, de Veterinarios, de Diplomados en Enfermería, y de Odontólogos y Estomatólogos de la Región de Murcia, y a las Cámaras Oficiales de Comercio de Murcia, Cartagena y Lorca.

**CUARTO.-** Constan en el expediente sendas certificaciones acreditativas del parecer favorable al Proyecto tanto del Consejo de Salud de la Región de Murcia, que conoció del mismo en su sesión de 10 de diciembre de 2009, como de la Comisión de Trabajo de Códigos de Autorregulación y Proyectos Normativos del Consejo Asesor Regional de Consumo, que lo valoró en la sesión de 17 de diciembre de 2009.

**QUINTO.-** Sólo formulan alegaciones algunas Consejerías, que apuntan cuestiones ortográficas y de técnica normativa, y el Colegio Oficial de Médicos, que propone una modificación del Proyecto en relación al Decreto 349/2007 que, tras ser valorada, no se incorpora al texto.

**SEXTO.-** Concluido el trámite de audiencia, el 19 de febrero de 2010 se publica el Real Decreto 109/2010, de 5 de febrero, por el que se modifican diversos reales decretos en materia sanitaria para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la citada Ley 17/2009, el cual, entre otras medidas, deroga el Real Decreto 202/2000, de 11 de febrero, por el que se establecen las normas relativas a los manipuladores de alimentos.

Ante la derogación de la normativa básica en materia de manipuladores, la Consejería promotora decide eliminar del Proyecto la modificación del Decreto 66/2001, de 14 de septiembre, por el que se regula la formación continuada obligatoria de los manipuladores de alimentos.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 2 de marzo de 2010, el Servicio Jurídico de la Consejería consultante emite informe sobre cumplimiento de todos los trámites preceptivos exigidos por la normativa reguladora del ejercicio de la potestad reglamentaria.

**OCTAVO.-** El 3 de marzo se recaba el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, que se emite en sentido favorable al texto, si bien formula diversas observaciones relativas a los documentos que integran el procedimiento de elaboración normativa (propuesta al Consejo de Gobierno, memoria económica e informe de impacto de género) y sugiere que se estudie la oportunidad de derogar el Decreto 66/2001, una vez derogado el Real Decreto estatal que establece la normativa básica en la materia. Se formulan, además, otras observaciones a preceptos concretos del texto, que serán asumidas e incorporadas al mismo.

**NOVENO.-** El 3 de mayo, el Servicio de Seguridad Alimentaria y Zoonosis, de la Dirección General de Salud Pública, informa que, en el seno de la Comisión Institucional de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición y ante la derogación del RD 202/2000, se acuerda por unanimidad de las Comunidades Autónomas *“no normalizar legalmente ningún aspecto en este ámbito, acordándose la creación de un Grupo de Trabajo, en el que está representado Murcia, a efectos de elaborar una Guía de contenidos mínimos en materia de formación de manipuladores, de carácter nacional y dirigida a las empresas alimentarias”*. En consecuencia, considera justificado proceder a la derogación del Decreto regional regulador de los manipuladores de alimentos.

**DÉCIMO.-** El 1 de junio, la Secretaría General de la Consejería consultante solicita a la Dirección General de Salud Pública que valore la pertinencia de incluir en el Proyecto una modificación del Decreto 411/2008, de 31 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, el reconocimiento de la acreditación y el registro de los laboratorios en el ámbito de la salud pública y agroalimentario, y ello tras advertir que esta materia, que en un primer momento no fue incluida en el proceso de identificación y evaluación para la transposición de la Directiva, ha sido modificada por varias Comunidades Autónomas, sustituyendo el régimen de autorización, también contemplado en el referido Decreto regional, por un sistema de comunicación previa.

Reunida la comisión técnica encargada de la evaluación de las condiciones exigidas a los laboratorios con el objeto de valorar la procedencia de modificación o derogación del Decreto, y a la vista de la memoria técnica elaborada por el Jefe de Servicio del Laboratorio Regional, la Dirección General de Salud Pública propone la derogación del indicado Decreto 411/2008.

**UNDÉCIMO.-** Elaborado un nuevo borrador del Proyecto que incorpora las sugerencias y observaciones de la Dirección de los Servicios Jurídicos y la derogación de los Decretos 66/2001 y 411/2008, se confiere un nuevo trámite de audiencia, en el que, junto con las entidades ya consultadas anteriormente, se da traslado del Proyecto a la Comisión de Seguridad Alimentaria, a los Colegios Oficiales de Biólogos y de Químicos de la Región de Murcia, así como al Laboratorio Municipal del Ayuntamiento de Cartagena, obteniendo el acuerdo favorable de la Comisión de Trabajo de Códigos de Autorregulación y Proyectos Normativos del Consejo Asesor Regional de Consumo, de 20 de julio de 2010, y del Consejo de Salud de la Región de Murcia, según certificado expedido el 28 de julio.

De las restantes entidades consultadas, sólo formula alegaciones la Consejería de Agricultura y Agua, mediante informe de 21 de julio de 2010, considerando improcedente la supresión del apartado 9 del artículo 8 del Decreto 172/1995, por entender que ello puede interpretarse como la eliminación de la autorización municipal para el establecimiento de puestos de mercado o el ejercicio de la venta ambulante.

No obstante, la Consejería consultante considera adecuado mantener la supresión de dicho precepto, rechazando la alegación.

**DUODÉCIMO.-** El 25 de octubre el Proyecto se somete a la Comisión Regional de Seguridad Alimentaria.

**DECIMOTERCERO.-** El 11 de noviembre se recibe un nuevo informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Agricultura y Agua, en el que se advierte de la necesidad de una propuesta conjunta de ambas Consejerías para poder derogar el Decreto 411/2008, manifestando su desacuerdo con tal derogación.

Mediante informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad y Consumo, se contesta defendiendo la necesidad de derogación del referido Decreto. No obstante, ante la imposibilidad de derogar el decreto sin una propuesta conjunta de ambas Consejerías, se propone eliminar la disposición derogatoria segunda del texto, para acometer posteriormente la tramitación de un nuevo decreto en materia de laboratorios de forma conjunta con la Consejería de Agricultura y Agua.

El 19 de enero de 2011 fue recibido un último informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Agricultura y Agua, reiterando la procedencia del excluir del reglamento proyectado la referencia del Decreto 411/2008, de 31 de octubre.

En consecuencia, se modifica el Proyecto, eliminando la disposición derogatoria segunda, relativa a la derogación del Decreto 411/2008.

**DECIMOCUARTO.-** Obra en el expediente (folios 204 y siguientes) un texto que cabe considerar como autorizado al estar rubricado por la Consejera consultante. Consta de una parte expositiva innominada, tres artículos, una disposición adicional, una transitoria y tres finales.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 8 de febrero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al versar sobre un Proyecto de Decreto modificativo de varios Decretos regionales que, como en

ulteriores Consideraciones se razonará, desarrollan normativa básica estatal (Dictamen 72/2001) y, además, una Ley de la Asamblea Regional (Dictámenes 19/2003 y 139/2007).

La preceptividad del Dictamen también deriva de la finalidad del Proyecto, que no es otra que establecer las modificaciones normativas necesarias para implantar en el ámbito regional las previsiones de la DS, una vez efectuada su trasposición en el ordenamiento jurídico español por las Leyes estatales 17/2009 (conocida como Ley Paraguas) y 25/2009 (conocida como Ley Ómnibus), entre las cuales se encuentra la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS). En su virtud, el Proyecto se dicta en desarrollo de estas leyes, cuyo carácter básico se indica de forma expresa en sus respectivas disposiciones finales primeras (Leyes 17 y 25/2009) y artículo 2 LGS.

### **SEGUNDA.- Tramitación.**

En la tramitación del Proyecto se han seguido los trámites esenciales establecidos por el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, por el que se regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Consta en el expediente la propuesta del órgano directivo al titular de la Consejería de adscripción, la memoria de oportunidad y necesidad, una memoria económica, el informe de impacto de género, el trámite de audiencia concedido e informe sobre el mismo con la oportuna valoración y motivación del rechazo de las alegaciones que no son asumidas, la certificación acreditativa del parecer favorable de los órganos asesores a los que se ha sometido el Proyecto (Consejo de Salud de la Región de Murcia, Comisión de Trabajo de Códigos de Autorregulación y Proyectos Normativos del Consejo Asesor Regional de Consumo, y Comisión Regional de Seguridad Alimentaria). Consta, asimismo, el informe del Servicio Jurídico de la Consejería con el visto bueno de la Vicesecretaría y el de la Dirección de los Servicios Jurídicos.

Es de resaltar que se ha plasmado adecuadamente en el expediente la evolución del contenido del Proyecto durante su tramitación (constan los diversos borradores) con la agregación de las sucesivas modificaciones introducidas con motivo de las alegaciones presentadas por los distintos sectores afectados, resaltando la amplitud de la audiencia concedida a las instituciones y organizaciones que pueden resultar afectadas por las futuras previsiones reglamentarias y repitiendo el trámite cuando el texto anteriormente trasladado a los interesados sufrió modificaciones sustanciales.

Cabe poner de manifiesto, no obstante, las siguientes omisiones:

a) No obra en el expediente remitido al Consejo Jurídico la propuesta de Acuerdo que la Consejera impulsora del Proyecto ha de elevar al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto.

b) Tampoco consta la relación de disposiciones cuya vigencia resulte afectada. No obstante, de la naturaleza modificativa de la norma y de su texto (singularmente del título de la norma y su disposición derogatoria), cabe inferir qué reglamentos regionales verán alterada su vigencia.

c) En una norma de marcado carácter económico, que persigue facilitar la libre prestación de servicios y el libre establecimiento de los prestadores mediante la supresión de trabas administrativas y que se basa en una traslación del régimen de control previo, a través de la técnica autorizatoria, a un control *a posteriori* del cumplimiento de los requisitos y condiciones exigidos por el ordenamiento para el ejercicio de la actividad, considera el Consejo Jurídico que, aun admitiendo la dificultad de su evaluación *a priori*, la memoria económica podría haber incidido en la trascendencia que, en términos de ahorro de costes para las empresas, puede tener la futura norma, así como la obligada repercusión sobre la Administración regional que, aunque verá liberados recursos en la tramitación previa al ejercicio de la actividad, habrá de concentrarlos después en el control posterior de la misma.

d) Según se indica en la memoria justificativa del Proyecto, su elaboración ha estado precedida de un proceso de identificación y evaluación de la normativa que pudiera verse afectada por la DS, del que únicamente se tiene referencia por la síntesis que de sus conclusiones se contiene en la indicada memoria. La unión al expediente de la documentación generada en dicho proceso de identificación y evaluación habría ayudado a justificar mejor la supresión de los controles administrativos que en el Proyecto se proponen, así como la no inclusión de otros preexistentes en la normativa sanitaria.

e) La modificación del Decreto 172/1995, persigue eliminar la referencia allí contenida a la autorización municipal. Aunque, como en Consideraciones posteriores se argumentará, esta supresión no impide a los Ayuntamientos mantener el régimen autorizatorio en relación con el establecimiento de puestos de venta en mercados o para el ejercicio de la venta ambulante, lo cierto es que, *prima facie*, podría considerarse que la medida afecta al ámbito de competencias de la Administración local, lo que debería haber llevado a someter el Proyecto al Consejo Regional de Cooperación Local, en virtud de lo establecido en el artículo 3.1, letra a), de su Ley de creación (Ley 9/1994, de 30 de diciembre).

**TERCERA.- Competencia material y habilitación normativa.**

## I. Competencia material y formal.

Tratándose de una disposición modificativa de normas reglamentarias ya existentes, la competencia material que se ejerce ahora es la misma que se hizo efectiva en la promulgación de aquéllas, por lo que cabe dar por reproducidas las consideraciones que, al respecto, se realizaron en nuestros Dictámenes 72/2001, 19/2003 y 139/2007, sobre los proyectos de los que, una vez aprobados, se convirtieron en los Decretos 66/2001, 17/2003 y 349/2007.

En lo que se refiere a la proyectada modificación del Decreto 172/1995, cuyo Proyecto no fue objeto de Dictamen de este Órgano Consultivo, cabe señalar que se sustenta en las competencias autonómicas en materia de sanidad e higiene citadas en los Dictámenes que se indican en el párrafo anterior, a las que se refiere el artículo 11.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU), en cuya virtud, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de sanidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1,16ª de la Constitución, que reserva al Estado la competencia exclusiva para la fijación de las bases y la coordinación general de la sanidad.

En consecuencia, ha de reconocerse la suficiencia de las competencias autonómicas para la aprobación de la disposición proyectada.

La competencia formal para la aprobación del texto que se propone corresponde al Consejo de Gobierno, no sólo de acuerdo con lo previsto en el artículo 32 EAMU y 22.12 de la Ley 6/2004, sino también en la Disposición final segunda de la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia (LSRM), en cuanto faculta a dicho Órgano para dictar las disposiciones reglamentarias precisas para el desarrollo y ejecución de la Ley.

## II. Habilitación legal.

La modificación normativa que se propone se justifica por la necesaria adaptación de la reglamentación dictada en desarrollo de la LSRM y de la normativa básica a las prescripciones de la DS. Así, el Proyecto persigue adaptar las normas reglamentarias sobre autorizaciones sanitarias a las exigencias de la DS, que tiene por objeto la eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados Miembros, al objeto de hacer efectiva la libre circulación de servicios, en cumplimiento del artículo 43, que garantiza la libertad de establecimiento, y del artículo 49, que establece la libre prestación de servicios dentro de la

Comunidad, ambos del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). No obstante, el Proyecto se enmarca, como hemos dicho, en el proceso de transposición de la norma comunitaria y de consecuente adaptación del ordenamiento jurídico interno a sus prescripciones.

El peculiar sistema elegido por el Estado para la transposición de la Directiva, no exento de críticas por algún sector doctrinal, consiste en un volcado de la norma comunitaria al ordenamiento interno en dos niveles: en el primero, hecho efectivo con la Ley 17/2009, se aprueba una ley horizontal que incorpora los principios generales de la Directiva y aporta un marco jurídico de referencia, para proceder, en una segunda fase, a la depuración del ordenamiento jurídico español, mediante la identificación y evaluación de la normativa potencialmente afectada por la norma comunitaria, al objeto de determinar si se acomoda o no a lo previsto en ella y, a la vista de ello, proceder cuando sea preciso a su derogación o adaptación. En este sentido, el Consejo de Estado dirá en Dictamen 99/2009, emitido con ocasión del Anteproyecto de la futura Ley 17/2009, que se trata de *“una ley abierta y flexible que se limita, en muchos casos, a reproducir, a veces con las lógicas adaptaciones, los preceptos de la Directiva, incorporándolos al ordenamiento a modo de grandes principios o mandatos de carácter general que habrán de inspirar la normativa que, en cumplimiento de lo previsto en la disposición final quinta y a fin de completar la transposición, dicten el Estado y las Comunidades Autónomas, así como, en el nivel reglamentario, las Entidades Locales. De este modo, el proceso de transposición de la Directiva de Servicios no se agotará con la aprobación de esta norma, sino que deberá continuar con la adecuación del actual marco normativo de las actividades de servicios a lo establecido en la Directiva y en el propio anteproyecto, en todos los ámbitos sectoriales y territoriales”*. Como ya se ha indicado, a través de la Ley 17/2009, se transpone parcialmente y en una primera fase la DS al ordenamiento español. Su Disposición final tercera señala que corresponde a las Administraciones Públicas competentes, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de la Ley.

En el indicado sistema, la Ley 17/2009, de carácter básico, responde a esa primera fase, mientras que las leyes denominadas “ómnibus” dictadas por el Estado (Ley 25/2009, de 22 de diciembre, por la que se modifican diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) y varias Comunidades Autónomas (Islas Baleares, Ley 8/2009, de 16 de diciembre; Castilla La Mancha, Ley 7/2009, de 17 de diciembre; Andalucía, Decreto-Ley 3/2009, de 22 de diciembre; Galicia, Ley 1/2010, de 11 de febrero; o Navarra, Ley 6/2010, de 6 de abril) se ubican ya en la segunda fase, que no se agota, por otra parte, con la armonización de las normas legales con la DS, sino que se extiende, asimismo, a los niveles reglamentarios.

La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia no es una excepción y dicta su propia Ley ómnibus, la 12/2009, de 11 de diciembre, en la que no se incluye modificación alguna de la LSRM, cuyo artículo 6, letra h) atribuye a la Consejería competente en materia de Sanidad el otorgamiento de autorizaciones de carácter sanitario y el mantenimiento de los registros administrativos establecidos por las disposiciones legales, en relación con cualquier tipo de instalaciones, establecimientos, actividades, servicios o artículos directa o indirectamente relacionados con el uso y el consumo humano.

El artículo 41 de la Ley 25/2009, por su parte, modifica de forma sustancial el régimen de las autorizaciones sanitarias contenido en el artículo 25 LGS, sometiendo la exigencia de aquéllas a su previsión reglamentaria, al cumplimiento de los principios de no discriminación, justificación y proporcionalidad, y a un procedimiento claro, objetivo y transparente.

De hecho, son estas leyes estatales los fundamentos inmediatos del Proyecto sometido a consulta, el cual, por razones cronológicas, si bien en el inicio de su tramitación no contaba con los aludidos referentes legales, lo que justificaría su apoyo o amparo normativo directo en la norma comunitaria, una vez promulgadas aquéllas, queda sometido a ellas, no pudiendo ignorarlas, lo que podría mover a la reflexión de la Consejería proponente de reflejarlo o no en la denominación del futuro Decreto.

Por otra parte, el Estado ya ha dictado algunas normas reglamentarias en ese proceso de adaptación progresiva del ordenamiento a las prescripciones de la DS. Entre tales reglamentos, destacan los siguientes:

a) Real Decreto 109/2010, de 5 de febrero, por el que se modifican diversos reales decretos en materia sanitaria para su adaptación a las Leyes 17/2009 y 25/2009. Entre los reglamentos estatales afectados se deroga el Real Decreto 202/2000, de 11 de febrero, por el que se establecen las normas relativas a los manipuladores de alimentos, suprimiéndose por tanto dos de los elementos esenciales del mismo que entraban en conflicto con la Directiva de Servicios: la autorización administrativa previa por parte de las autoridades competentes (en general, las Comunidades Autónomas) de las entidades formadoras de manipuladores de alimentos y los programas a impartir por dichas entidades. Así, para garantizar los fines perseguidos por dichas autorizaciones, siguiendo lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 852/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la higiene de los productos alimenticios, que en su Anexo II, Capítulo XII, incluye, entre las obligaciones de los operadores de empresas alimentarias, la de garantizar “la supervisión y la instrucción o formación de los manipuladores de productos alimenticios en cuestiones de higiene alimentaria”, de modo que se traslada la

responsabilidad en materia de formación desde las administraciones competentes a los operadores de empresas alimentarias, que habrán de acreditar, en las visitas de control oficial, que los manipuladores de las empresas han sido debidamente formados en las labores encomendadas.

b) Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria, que se dicta en desarrollo de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), en redacción dada por Ley 1/2010, de 1 de marzo, para su adecuación a la DS. De conformidad con su Exposición de Motivos, *“si bien con carácter general las actividades de servicios de distribución comercial no deben estar sometidas a autorización administrativa previa, en lo relativo al ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria se ha considerado necesario su mantenimiento (...) en la medida que este tipo de actividad comercial requiere del uso de suelo público que debe conciliarse con razones imperiosas de interés general como el orden público, la seguridad y la salud pública”*.

La modificación operada sobre el régimen autorizatorio de la normativa anterior, afecta, además de al procedimiento de otorgamiento, a la supresión de los requisitos y criterios de naturaleza económica para su concesión.

En este escenario, el Proyecto objeto del presente Dictamen viene a culminar el proceso de adaptación de la normativa autonómica en materia de autorizaciones sanitarias a las exigencias de la DS, a cuyo contenido, en lo que resulte aplicable, y al de las leyes estatales de transposición habrá de adecuarse, sin contravenir las previsiones de los aludidos reglamentos estatales de carácter básico.

**CUARTA.- La modificación del Decreto 172/1995: la supresión de la mención a la autorización municipal.**

De conformidad con la memoria justificativa del Proyecto, la modificación del Decreto 172/1995 persigue eliminar la mención a la autorización municipal. Si se conecta dicha declarada intención con la de la norma proyectada en la que se inserta, cabría inferir que el órgano proponente considera que, tras la entrada en vigor de la DS, la autorización municipal para la venta de alimentos fuera de establecimientos permanentes ya no sería necesaria.

No obstante, en el extracto de secretaría y en respuesta a una de las alegaciones formuladas por la Consejería de Agricultura y Agua, se matiza que sólo se pretende eliminar la mención en el Decreto a dicha licencia local, no desposeer a los municipios de su competencia para exigir autorizaciones para el desarrollo de la actividad.

Pero aun con dicha matización, y dado que ni siquiera se ha trasladado a la exposición de motivos del Proyecto, lo cierto es que a la luz de la finalidad del mismo, cabría efectuar una interpretación de la supresión de la mención de la exigencia de licencia local, más allá de la intención del legislador, considerando que, en el ejercicio de sus competencias, la Comunidad Autónoma elimina la exigencia de la autorización municipal para el establecimiento de puestos o el ejercicio de la venta ambulante al considerarla contraria a la DS, decisión ésta que no le compete.

En efecto, la Ley regional 11/2006, de 22 de diciembre, sobre el Régimen del Comercio Minorista en la Región de Murcia guarda silencio acerca de la exigencia de dicha autorización. El requisito de licencia municipal para el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria (entendida como la realizada por comerciantes fuera de un establecimiento comercial permanente cualquiera que sea su periodicidad y el lugar donde se celebre, artículo 1.1 RD 199/2010), se establece con carácter básico en la LOCM, cuyo artículo 54, tras la redacción dada por la Ley 1/2010, de 1 de marzo, atribuye a los Ayuntamientos la competencia de otorgar las autorizaciones para el ejercicio de la venta ambulante en sus respectivos términos municipales, conforme a sus normas específicas y las contenidas en la legislación vigente, de acuerdo con el marco respectivo de competencias.

Las competencias locales en la materia son establecidas por la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), que atribuye a los municipios competencias en materia de abastos, ferias, mercados y defensa de los consumidores (art. 25.2, g), y control de alimentos y bebidas (art. 26.2). Además, la LSRM atribuye a los Ayuntamientos competencia en materia de “control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos, directa o indirectamente relacionados con el uso o consumo humanos, así como de los medios de transporte”.

En desarrollo de la LOCM, se dicta el RD 199/2010, el cual persigue culminar la incorporación de la DS en el régimen jurídico de este tipo de venta, desarrollando lo dispuesto en la Ley 17/2009 y en la LOCM. Este reglamento continúa previendo el sometimiento de la venta ambulante o no sedentaria a autorización municipal, lo que no ha sido considerado contrario a la DS por el Consejo de Estado en su Dictamen 2103/2009, una vez se suprimen determinadas condiciones y criterios económicos para su otorgamiento, que la normativa anterior contemplaba y que sí eran incompatibles con la Directiva.

Desde una perspectiva más generalista, el artículo 84 LBRL, en redacción dada por la Ley 25/2009, mantiene la posibilidad de las Entidades Locales de intervenir en la actividad de los

ciudadanos mediante su sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo, si bien cuando dichas actividades estén incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, se estará a lo dispuesto en la misma.

El escenario normativo se completa con el artículo 41 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), que introduce un nuevo artículo 84 bis en la LBRL, para establecer un principio general de no sometimiento a autorización del ejercicio de actividades, fijando como excepción la posibilidad de exigencia de licencia previa para aquellas que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas, o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público. Y esta excepción se cumple en el supuesto de la licencia en cuestión, como claramente indica la Exposición de Motivos del RD 199/2010, al señalar que *“sí bien con carácter general las actividades de servicios de distribución comercial no deben estar sometidas a autorización administrativa previa, en lo relativo al ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria se ha considerado necesario su mantenimiento así como la introducción de ciertas modificaciones, que a continuación se expondrán, en la medida que este tipo de actividad comercial requiere del uso de suelo público que debe conciliarse con razones imperiosas de interés general como el orden público, la seguridad y la salud pública”*.

En cualquier caso, consciente el legislador de las incertidumbres que la evaluación de los supuestos preexistentes de exigencia de licencia local de actividad a la luz de las condiciones establecidas en este artículo 84 bis LBRL puede generar, mandata al Gobierno, a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales para que, en un plazo de seis meses el primero y de doce las restantes Administraciones, efectúen dicha evaluación y, a resultados de la misma, procedan a la modificación de las normas en las que no concurran las razones citadas, eliminando la correspondiente exigencia de licencia local, sin perjuicio de su sustitución por otras formas de verificación y control administrativo (Disposición adicional octava de la LES).

De lo expuesto y en atención tanto a razones sistemáticas como de oportunidad legislativa, considera el Consejo Jurídico que no debe utilizarse el Proyecto sometido a consulta para eliminar del Decreto 172/1995 las menciones a la autorización municipal previa para el ejercicio de la venta ambulante.

Esta consideración tiene carácter esencial.

**QUINTA.-** La modificación del Decreto 17/2003, de 14 de marzo, por el que se regulan las condiciones higiénico-sanitarias de los establecimientos de tatuaje y piercing de la Región de Murcia.

Dos son las modificaciones que el Proyecto propone realizar sobre el aludido reglamento.

1. Eximir de la realización del curso de formación sobre normas higiénico-sanitarias de este tipo de establecimientos, previsto en el artículo 8 del Decreto, a quienes acrediten haber superado los cursos reconocidos por las autoridades sanitarias de otras Comunidades Autónomas o de Estados miembros de la Unión Europea, siempre que su duración y contenidos comprendan los mínimos establecidos en el indicado Decreto (Anexo V), así como también a quienes ostenten un título oficial reconocido en España, en cuyo programa se incluyan las materias contenidas en el indicado anexo.

La exigencia de una formación impartida por una determinada entidad (la Consejería proponente, conforme al artículo 8.2 del Decreto que se pretende modificar) para los aplicadores de las técnicas de tatuaje y piercing puede suponer una traba para la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, pero quizás no tanto por contravenir las previsiones de la DS, sino de otra Directiva comunitaria, la 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales, transpuesta al ordenamiento jurídico español por el Real Decreto 1837/2008, y ello aunque la actividad a la que se refiere el Proyecto no tenga cabida dentro del sistema de reconocimiento de cualificaciones establecido por el citado reglamento estatal, al no recogerse entre las de su Anexo VIII (artículo 4.1 RD 1837/2008).

Ahora bien, que las actividades de tatuaje y piercing, como tales, no tengan cabida en el sistema de reconocimiento de cualificaciones, no impide tomarlo como referente, dada la identidad de fines que inspiran el reglamento estatal, la citada Directiva y el Proyecto sometido a consulta, en la medida en que se trata de reconocer una “cualificación profesional” (en los amplios términos utilizados por el artículo 5 del RD citado y que no se identifican con la etapa educativa específica que en España se conoce como Formación Profesional ni con las cualificaciones profesionales a que se refiere la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesionales), que habilita para el ejercicio de actividades sometidas a algún tipo de exigencia de formación, conocimientos o experiencia.

Y es que, si el reconocimiento de la formación adquirida en otros Estados miembros como habilitante para el ejercicio de la actividad en la Comunidad Autónoma es una medida dirigida a garantizar la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, la plasmación de dicho principio en la redacción propuesta en el Proyecto resulta en cierto modo restrictiva. Y ello porque sólo reconoce esos efectos equivalentes a dos vías específicas de capacitación profesional, como son la titulación oficial y la superación de un curso *ad hoc* para poder ejercer la actividad de

aplicador de tatuajes y técnicas de piercing. Sin embargo, la vía por la que en los Estados Miembros de la Unión Europea se alcanza dicha habilitación (extremo éste que no consta en el expediente que haya sido objeto de análisis) podría no responder a esas concretas modalidades formativas y basarse, por ejemplo, en sistemas de reconocimiento de experiencia profesional, en la realización de pruebas de aptitud, o en sistemas mixtos.

Para evitar dicha limitación caben dos alternativas:

a) Incluir en la nueva redacción del artículo 8.2 del Decreto 17/2003 el término cualificación profesional, en la acepción con que se utiliza por el RD 1837/2008, pues resultaría omnicomprendivo de las diversas modalidades formativas posibles, al referirse a la capacidad para el acceso a o el ejercicio de una determinada actividad, que viene acreditada oficialmente por un título de formación, por un certificado de competencia, por una experiencia profesional formalmente reconocida, o bien por el concurso de más de una de tales circunstancias.

Para precisar dicha acepción de “cualificación profesional” a los solos efectos del Decreto modificado, podría ser útil incluirla en su artículo 2 (definiciones).

b) Hacer referencia no a las vías por las que se puede alcanzar la habilitación para el ejercicio de la actividad, sino a la habilitación misma, al modo de la nueva Disposición adicional segunda que el Proyecto pretende incluir en el Decreto regulador de los desfibriladores, de modo que quedarían eximidos de la realización del curso, además de quienes cuenten con una titulación oficial reconocida en España en cuyo programa de estudios se incluyan las materias relacionadas en el Anexo del Decreto modificado, aquéllos que estén ya habilitados para el ejercicio de la actividad en otra Comunidad Autónoma o Estado miembro, y presenten una declaración responsable en tal sentido.

2. La segunda de las modificaciones propuestas en el Proyecto se configura como una excepción a la exigencia de autorización administrativa sanitaria contemplada en el artículo 9 del Decreto 17/2003, de forma que se sustituye aquélla por una declaración responsable, cuando “el prestador cuente con una habilitación otorgada por la autoridad sanitaria competente de otra Comunidad Autónoma u otro Estado Miembro de la Unión Europea”.

Parece confundir el Proyecto la habilitación personal al aplicador de las técnicas de tatuaje y piercing, como declaración oficial acerca de la capacitación profesional del mismo, con la autorización sanitaria de los establecimientos, a que se refiere el artículo 9 que se pretende modificar. La primera no permite considerar acreditado el cumplimiento de las condiciones higiénico

sanitarias de los establecimientos, permanentes o no, en los que se desarrolla la actividad y, precisamente, la garantía de cumplimiento de tales condiciones reglamentarias para el desarrollo de la actividad es la finalidad de la indicada autorización administrativa.

Procede, en consecuencia, diferenciar la habilitación profesional del aplicador -que, en efecto y coherentemente con lo ya indicado en la Consideración inmediatamente precedente, una vez concedida o reconocida por una autoridad competente autonómica o de cualquier Estado Miembro de la Unión Europea, debe permitir el ejercicio de la actividad en la Región de Murcia-, de la autorización sanitaria del establecimiento.

El mantenimiento de ésta, por su parte, resulta ajustado al régimen establecido por la DS y la legislación de transposición, toda vez que cumple las condiciones que, para el sometimiento de una actividad a un régimen de autorización previa impone el artículo 5 de la Ley 17/2009, con carácter general, y, de forma específica, el artículo 25 LGS para el establecimiento de autorizaciones sanitarias.

Por ello, considera el Consejo Jurídico que es adecuado el mantenimiento con carácter general de esta autorización sanitaria. Y, de hecho, así lo prevé el Proyecto, que sólo persigue eximir de su obtención a quien ya esté habilitado para el ejercicio de la actividad por otra Comunidad Autónoma o Estado Miembro.

Dicha exención ya se ha indicado que no se considera acertada, por sustituir una autorización que persigue garantizar el cumplimiento de requisitos higiénico-sanitarios de un establecimiento (de corte claramente objetivo) con la mera declaración de existencia de habilitación profesional para el ejercicio de la actividad (cuyo referente es claramente subjetivo). Ahora bien, lo que sí cabría prever en el Proyecto es la posibilidad de modular las condiciones exigidas en el Decreto 17/2003 para el otorgamiento de la autorización sanitaria del artículo 9 del indicado reglamento, respecto de quien ya se encuentre establecido en otra Comunidad Autónoma o Estado Miembro, aplicando la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, plasmada entre otras en STJCE, Sala 1ª, de 18 noviembre 2010, según la cual *“un régimen nacional de autorización va más allá de lo necesario cuando los requisitos a los que se supedita la expedición de la autorización dupliquen las justificaciones y garantías equivalentes que exija el Estado miembro de establecimiento, de lo que deduce que el Estado miembro de acogida está obligado a tener en cuenta los controles y verificaciones ya efectuados en el Estado miembro de establecimiento (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de diciembre de 1981, Webb, 279/80, Rec. p. 3305, apartado 20; de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania, 205/84, Rec. p.*

3755, apartado 47; de 9 de marzo de 2000, Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 38, y de 24 de abril de 2004, Comisión/Portugal, antes citada, apartados 60 y 66)".

Es esencial la consideración relativa a la improcedencia de sustituir la exigencia de autorización sanitaria previa del establecimiento por la mera declaración responsable de habilitación profesional del prestador.

**SEXTA.- La modificación del Decreto 349/2007, de 9 de noviembre, por el que se regula el uso de desfibriladores semiautomáticos externos por personal no médico en la Región de Murcia.**

La modificación proyectada merece las siguientes consideraciones:

1. La ampliación del ámbito de aplicación del reglamento a los desfibriladores automáticos externos.

La regulación básica contenida en el Real Decreto 365/2009, de 20 de marzo, por el que se establecen las condiciones y requisitos mínimos de seguridad y calidad en la utilización de desfibriladores automáticos y semiautomáticos externos fuera del ámbito sanitario, sujeta al régimen de utilización que establece tanto a los desfibriladores semiautomáticos (que, según su exposición de motivos, es el modelo más utilizado en los programas de atención inmediata, realizados por personal no sanitario en espacios públicos) como a los automáticos. Y esta extensión de la regulación es la que, con acierto, propone el Proyecto.

No obstante, ha de adaptarse la definición de desfibrilador semiautomático externo a la establecida en el artículo 2 del Real Decreto básico, que califica expresamente dicho equipo técnico como "producto sanitario", con lo que ello conlleva en cuanto al sometimiento del aparato a la normativa correspondiente, hoy establecida en el RD 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios. Esta observación tiene carácter esencial.

2. Sustitución de la acreditación prevista en el artículo 8 del Decreto 349/2007, que posibilita a las entidades públicas y privadas impartir la formación necesaria para el uso de los desfibriladores, por una declaración responsable, respecto de aquellas entidades ya habilitadas para su impartición por otras Comunidades Autónomas o Estados Miembros de la Unión Europea.

Dicha medida se contempla en el nuevo apartado 5 del artículo 8. Ningún reparo de legalidad merece dicha previsión, si bien se sugiere una redacción algo más sencilla, al modo de "Las entidades públicas o privadas ya habilitadas por otra Comunidad Autónoma o Estado Miembro

de la Unión Europea, podrán impartir el curso de formación si cumplen los requisitos establecidos en el apartado 2 de este artículo y presentan declaración responsable previa al inicio de la actividad, conforme a lo dispuesto en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, ...”.

3. Sustitución de la acreditación para el uso de desfibriladores otorgada por la Comunidad Autónoma, por una declaración responsable de haber sido habilitado para ello en otra Comunidad Autónoma o Estado Miembro.

Lo cierto es que la utilización de un desfibrilador semiautomático externo en el marco de regulación del Decreto 349/2007, difícilmente puede configurarse como prestación de servicios en los términos de la DS y de la Ley 17/2009 (artículo 3.1), toda vez que el concepto de “servicio” se define como “actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado de la Comunidad Europea”.

Si la finalidad del Decreto que se quiere modificar es permitir la pronta respuesta ante un fallo cardíaco mediante la instalación de desfibriladores en lugares de gran afluencia de público (aeropuertos, centros comerciales y de ocio, centros deportivos, etc.), de forma que se pueda anticipar el tratamiento ante una situación de emergencia, no es fácil calificar el uso del desfibrilador como una actividad económica y, menos aún, prestada a cambio de remuneración.

No obstante, y dado que se trata de una medida tendente a facilitar el principio de “acceso público a la desfibrilación” a que se refiere la exposición de motivos del Decreto 349/2007, al eliminar un régimen autorizatorio y sustituirlo por una medida de intervención administrativa de menor intensidad como es la declaración responsable, nada obsta a su introducción en el indicado Decreto como una nueva Disposición adicional segunda, uniendo esta modificación a las impuestas por la adaptación del reglamento regional a la DS.

Procede, no obstante, hacer una observación a la redacción proyectada, según la cual la habilitación habrá de ser “comunicada” mediante una declaración responsable. Adviértase que la declaración responsable, a diferencia de la comunicación previa, no se limita a la manifestación de datos y circunstancias (reunir determinados requisitos), sino que implica, además, la afirmación de contar con la documentación acreditativa de aquéllos y un compromiso de mantener su cumplimiento durante el tiempo de ejercicio de la actividad. Como señalamos en el Dictamen 226/2010, “en la declaración responsable, amén de la afirmación de que el interesado cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, se ha de estar en condiciones de probarlo de inmediato porque se dispone de la documentación que así lo acredita, requisito que no contempla la Ley para la figura de la comunicación previa, cuya función es la de *“poner en conocimiento de la*

*Administración Pública competente los datos identificativos y demás requisitos exigibles*". Estos datos y requisitos son los formales que resultan inherentes a cualquier solicitud de iniciación de un procedimiento, como lo prueba la remisión que el artículo 71 bis hace al artículo 70.1 LPAC, que es precisamente el que regula los requisitos de toda solicitud, los cuales se podrán completar con los que sectorialmente se consideren precisos en función de la importancia de cada asunto".

En consecuencia, habría de modificarse la redacción para establecer que podrán usar los desfibriladores quienes, estando habilitados para ello por otra Comunidad Autónoma o Estado Miembro de la Unión Europea, presenten declaración responsable previa al inicio de la actividad, conforme a lo dispuesto en el artículo 71 bis LPAC.

#### **SÉPTIMA.- Otras observaciones.**

- Exposición de Motivos.

Debería ser más amplia la explicación de las medidas que se abordan en el Proyecto, tanto en un sentido activo, indicando qué novedades se introducen en el régimen anterior -lo que sólo de forma muy parcial e insuficiente se aborda-, como también qué autorizaciones sanitarias previstas en los Decretos que se modifican quedan al margen de la reforma y por qué, lo que resulta especialmente exigible al establecer la DS y las leyes de transposición el carácter excepcional de los regímenes autorizatorios que subsistan.

En esta línea, la derogación del Decreto regulador de la formación de los manipuladores de alimentos aconsejaría explicar, en la Exposición de Motivos, que dicha medida no supone una absoluta supresión de controles sobre esta materia, pues los fines perseguidos por las autorizaciones previstas en aquella norma se alcanzan, de conformidad con lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 852/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la higiene de los productos alimenticios, por el cumplimiento de las obligaciones que dicho reglamento impone a los operadores de empresas alimentarias, como la de garantizar "la supervisión y la instrucción o formación de los manipuladores de productos alimenticios en cuestiones de higiene alimentaria". De forma que se traslada la responsabilidad en materia de formación desde la Administración regional a los operadores de empresas alimentarias, que habrán de acreditar, en las visitas de control oficial, que los manipuladores de las empresas han sido debidamente formados en las labores encomendadas.

Así lo hacen el RD 109/2010 y el Decreto castellano leonés 5/2011, de 3 de febrero, por el que, entre otras medidas, se deroga la correspondiente norma regional sobre los manipuladores.

- Artículo Tercero. Modificación del Decreto 349/2007 (desfibriladores).

En el apartado Dos, debe suprimirse el inciso “o normativa básica que lo sustituya”, dado que no es posible conocer si una eventual y futura regulación estatal establecerá la identidad de régimen entre los desfibriladores externos automáticos y semiautomáticos.

- Disposición adicional única. Efectos de la presentación de la declaración responsable.

a) En el apartado 2 se establecen los efectos de la comprobación por parte de la Administración de la inexactitud o falsedad de los datos declarados, decaimiento en el derecho al ejercicio de la actividad, que convendría completar con la previsión del artículo 71 bis, 4 LPAC, “desde el momento en que se tenga constancia de los hechos”.

b) El apartado 5 del artículo 71 bis LPAC ordena que *“las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca y que, en todo caso, se podrán presentar a distancia y por vía electrónica”*.

El Proyecto, sin embargo, no contiene disposición alguna en relación con los modelos que, por imperativo legal, han de existir. Como ha señalado este Consejo Jurídico en Dictamen 226/2010, lo procedente es que en el Proyecto se incluya bien el modelo normalizado de las declaraciones responsables a las que el mismo se refiere, bien la posibilidad de que lo haga *a posteriori* el titular de la Consejería competente en materia de sanidad, indicando, en este último caso, cuál haya de ser su contenido.

- Disposición transitoria única. Mantenimiento de situaciones existentes.

El primer inciso de la disposición ganaría en precisión de introducirse el adverbio “ya” entre “administrativos” e “iniciados”.

- Disposición final segunda. Incorporación de Derecho de la Unión Europea.

Afirma esta disposición que, mediante el futuro Decreto, se incorpora al ordenamiento de la Región de Murcia parte de las previsiones de la DS.

Ya se ha señalado *ut supra* que el Proyecto, aunque se integra en el proceso de transposición de la norma comunitaria, realmente constituye un desarrollo reglamentario de las leyes que de forma directa y primaria la han llevado a efecto, como las denominadas “Paraguas” y “Ómnibus”, ambas de 2009. Ello hace que no sea preciso efectuar una declaración formal de incorporación, en los términos del artículo 44 DS, sin dejar de advertir, además, que el Consejo de Estado, en algún Dictamen (186/2006), ha señalado que *“debería reconsiderarse la inclusión de la disposición final “tercera” del anteproyecto de Ley (“Incorporación de Derecho comunitario”), que - aunque responda a una práctica ya observada en otras disposiciones recientes- no tiene un contenido dispositivo, como es propio de las normas, sino un alcance meramente descriptivo que es más acorde con el contenido de la exposición de motivos”*.

- Habría de efectuarse un repaso ortográfico general del texto, singularmente en orden a homogeneizar el uso de las iniciales mayúsculas al referirse a las Comunidades Autónomas y a los Estados Miembros de la Unión.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma es competente para dictar la regulación proyectada, que ha de adoptar la forma de Decreto del Consejo de Gobierno.

**SEGUNDA.**- El procedimiento de elaboración de la norma ha seguido los trámites establecidos en la legislación aplicable, sin perjuicio de las observaciones formuladas en la Consideración Segunda de este Dictamen.

**TERCERA.**- Tienen carácter esencial las observaciones relativas a los siguientes extremos:

- La improcedencia de utilizar el Proyecto sometido a consulta para eliminar del Decreto 172/1995 las menciones a la autorización municipal previa para el ejercicio de la venta ambulante, conforme a lo expresado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

- La indicada en la Consideración Quinta de este Dictamen, en relación a la modificación del Decreto 17/2003.

- La adaptación del concepto de desfibrilador semiautomático externo a la definición establecida por la norma básica, conforme se indica en la Consideración Sexta de este Dictamen.

**CUARTA.-** El resto de consideraciones, de incorporarse al texto, contribuirían a su mejora técnica y más adecuada inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 84-2011**

**Asunto** Revisión de oficio para declarar nulidad del contrato "Servicio estancias diurnas-sed (año 2005).  
**Consultante** Ayuntamiento de Totana  
**Fecha** 19/04/2011

**Extracto doctrina**

1. La decisión de prorrogar un contrato equivale, en términos económicos, a adjudicarlo durante el tiempo de la prórroga a quien ya era el contratista, lo que incide directamente sobre la necesaria garantía de los principios de publicidad y concurrencia. De ahí que tanto la posibilidad de la prórroga como la duración total máxima del contrato hayan de quedar claramente establecidas ya en el momento de la licitación, de manera que la posible duración del contrato y su proyección económica pueda ser valorada al efecto de presentar las proposiciones correspondientes, de acuerdo con los principios de igualdad y concurrencia.

2. La incardinación del supuesto planteado en la causa de nulidad del artículo 62.1, letra e) LPAC no ofrece dificultades, una vez advertido que se trata de una situación meramente fáctica en la que se presta un servicio a cambio de una remuneración, que, careciendo de soporte formal alguno, nace con omisión de todos los trámites prescritos por la normativa aplicable (expediente de contratación exigido por los arts. 67 y ss TRLCAP, publicidad de la licitación, contemplada en el artículo 78 TRLCAP, vulneración de las normas sobre adjudicación del contrato, etc.) y con vulneración de los más elementales principios de la contratación pública, lo que permite apreciar que se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 14 de junio de 2005, el Ayuntamiento de Totana y la mercantil -- formalizan contrato de ejecución de servicios denominado "Servicio Estancias Diurnas-SED", que consta de los servicios de Enfermería, Fisioterapia, Coordinador-Terapeuta ocasional y Gerocultor-Auxiliares de Enfermería. El importe de adjudicación es de 65.093,21 euros anuales.

La duración del contrato se fija en dos años, a contar desde la fecha del contrato, pudiendo prorrogarse por períodos anuales hasta un máximo de dos prórrogas, de común acuerdo entre las partes.

**SEGUNDO.-** Apenas un mes después de la formalización del contrato, el 15 de julio, se procede a modificarlo, ampliando los servicios a prestar por el contratista, lo que determina un incremento del precio del contrato, que alcanza un total de 70.516,65 euros anuales, equivalentes a 5.876,39 euros al mes.

**TERCERO.-** El 8 de noviembre de 2010, el contratista dirige escrito al Ayuntamiento en requerimiento de abono de cantidades adeudadas, en relación con diversos contratos de servicios (“Servicios varios en Residencia La Purísima”, “Servicio de Ayuda a Domicilio” y “Servicio de Estancias Diurnas”). Manifiesta el contratista que, aunque ha venido prestando los servicios acordados y emitiendo las correspondientes facturas durante toda la vigencia del contrato, la Corporación Local no le ha abonado su importe, adeudándole, a fecha 5 de noviembre de 2010, las siguientes cantidades: 147.707,99 euros, como suma del importe de las facturas pendientes de cobro, y 11.615,18 euros en concepto de intereses moratorios.

De conformidad con la relación de pagos pendientes, se reclaman las cantidades correspondientes a la prestación de servicios realizada entre los meses de octubre de 2008 y octubre de 2010.

**CUARTO.-** El 11 de noviembre el contratista insta la resolución del contrato “Servicio de Estancias Diurnas”, único que sigue prestando a dicha fecha, con fundamento en el artículo 200.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la falta de pago de la Administración. Comunica asimismo al Ayuntamiento que el 1 de diciembre de 2010 dejará de prestar el servicio contratado.

Reclama de la Administración contratante que proceda a indemnizarle por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento, cuya determinación anuncia para un momento posterior, que se le abonen las cantidades adeudadas y que se subrogue en la posición de empleador en las relaciones laborales del personal que venía prestando los servicios contratados.

**QUINTO.-** El 27 de enero de 2011, la Junta de Gobierno Local acuerda iniciar procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad del contrato.

El referido Acuerdo se fundamenta en informe de la Secretaría General del Ayuntamiento, que, tras considerar que la normativa aplicable es la contenida en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), y su Reglamento General, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), rechaza la posibilidad de resolver el contrato, por

encontrarse éste ya extinguido, toda vez que la duración del contrato era de sólo dos años, venciendo dicho plazo el 14 de junio de 2007. Aun en el supuesto de que se hubiese prorrogado el contrato, tales prórrogas sólo podían ser dos anuales, por lo que no podrían haber superado el 14 de junio de 2009. Comoquiera que la prestación de servicios continuó tras esa fecha y que no existe constancia de acuerdo expreso de prórroga del contrato, éstas sólo podrían haber operado de forma tácita, lo que, tras la modificación habida en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 1995 por la Ley 53/1999, estaría proscrito.

En consecuencia, considera que se trata de un contrato cuyo plazo, aun entendiendo que se hubiera prorrogado, se encuentra en la actualidad vencido, por lo que no procede declarar la resolución solicitada.

Antes al contrario, considera que procede declarar la nulidad del contrato, al amparo de la causa contemplada en el artículo 62.1, letra e), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y el abono de las cantidades adeudadas al contratista para evitar el enriquecimiento injusto de la Corporación.

Se informa, asimismo, que se está tramitando un nuevo procedimiento de licitación, requiriendo al contratista para que, en virtud del artículo 65.3 TRLCAP, siga prestando los servicios hasta que se adjudique el nuevo contrato.

**SEXTO.-** Solicitado Dictamen al Consejo Jurídico, por Acuerdo 2/2011, de 21 de febrero, se insta al Ayuntamiento consultante a completar el expediente, pues únicamente se ha remitido el acuerdo de iniciación del procedimiento revisor, advirtiéndose la omisión de trámites esenciales como la audiencia al contratista y la propuesta de resolución. También se recaba el expediente de ejecución del contrato.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 17 de marzo de 2011, se recibe en el Consejo Jurídico escrito del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Totana por el que se remite certificación de acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, el 10 de marzo, en la que se informa que el contratista, tras ser notificado del acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión de oficio, no ha presentado alegación alguna, por lo que se acuerda remitir el expediente al Consejo Jurídico para Dictamen preceptivo. Se reitera al contratista su obligación de continuar la prestación hasta la adjudicación del nuevo contrato.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

Ni en el escrito de solicitud de Dictamen ni en la propuesta de resolución que constituye el objeto de la consulta se especifica el título competencial que determina la intervención preceptiva de este Consejo Jurídico, carácter con el que se recaba el Dictamen por la Corporación Local. Plántese así la primera cuestión: dilucidar cuál es el título competencial que posibilita la actuación del Consejo Jurídico, pues existen dos que podrían ser invocados.

De un lado el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), dispone que este Órgano habrá de ser consultado en supuestos de revisión de oficio de los actos administrativos en los casos previstos por las leyes; de otro, el artículo 12.7 establece el carácter preceptivo para las consultas que versen sobre la nulidad de los contratos en los que se formule oposición por parte del contratista.

Siendo acto y contrato administrativo categorías conceptual y legalmente distintas, habrá que atender en primer lugar a la consulta para determinar qué es lo que se quiere anular, si un acto, lo que determinaría acudir a la regla competencial del 12.6 LCJ, o un contrato, lo que haría aplicable el artículo 12.7 de la misma Ley.

Atendido el escrito por el que el Ayuntamiento consultante solicita el Dictamen, así como los términos en que se expresan los acuerdos de la Junta de Gobierno Local que resuelven iniciar el procedimiento revisor y remitir el expediente a este Consejo Jurídico, se desprende que la voluntad de la Corporación es declarar la nulidad de un contrato administrativo, por lo que habría de estarse a lo establecido en el artículo 12.7 LCJ, como título específico de intervención. Ahora bien, en este caso, la actuación preceptiva del Consejo Jurídico se condiciona a la existencia de un requisito previo, la oposición del contratista (en el mismo sentido, el artículo 59.3, letra a, TRLCAP). Y es lo cierto que la misma no se ha producido, pues no consta que presentara alegaciones con ocasión del trámite de audiencia que, según afirma la Junta de Gobierno Local, se le concedió. En consecuencia, el Dictamen habría de calificarse como facultativo.

No obstante, según se razonará mas adelante, la nulidad ha de referirse no tanto al contrato originario cuanto a la adjudicación de un nuevo contrato que, con el mismo objeto y con omisión de las formalidades y trámites exigibles, uniría a Ayuntamiento y contratista. Tal adjudicación es un acto administrativo, cuya revisión de oficio exige el pronunciamiento preceptivo y favorable de este

Consejo Jurídico por mandato del artículo 12.6 LCJ, sin perjuicio de que los artículos 61 y 65.1 TRLCAP declaren inválidos los contratos administrativos cuando lo sea alguno de los actos preparatorios o el de adjudicación.

**SEGUNDA.- Derecho aplicable y tramitación.**

1. De conformidad con la Disposición transitoria primera de la LCSP, los expedientes de contratación iniciados con anterioridad a su entrada en vigor (1 de mayo de 2008) se regirán por la normativa anterior, que también será la aplicable a los contratos adjudicados antes de ese momento, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas.

Formalizado el contrato objeto del procedimiento de revisión el 14 de junio de 2005 y finalizada su vigencia dos años después, antes de la entrada en vigor de la LCSP, la normativa a aplicar es la contenida en el TRLCAP y RCAP.

2. De conformidad con el artículo 64.1 TRLCAP, la declaración de nulidad del contrato podrá ser acordada por el órgano de contratación de conformidad con los requisitos y plazos establecidos por el artículo 102 LPAC.

Esta remisión a las normas del procedimiento administrativo común determina que la declaración de nulidad sólo pueda acordarse en el plazo de tres meses desde el acuerdo de iniciación del procedimiento, so pena de caducidad, y con el Dictamen favorable de este Consejo Jurídico. Además, conforme a una pacífica y reiterada doctrina jurisprudencial, tal resolución únicamente podrá producirse previa audiencia del contratista.

En relación con este último trámite, no consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico la documentación acreditativa de su efectivo otorgamiento, sino tan sólo la declaración que en tal sentido se contiene en la propuesta de resolución formulada por el Concejal de Hacienda y Contratación del Ayuntamiento, debiendo recordar al órgano consultante la necesidad de que el expediente que se acompañe a la consulta esté completo, lo que sólo ocurrirá cuando conste el cumplimiento de los trámites preceptivos (art. 46.2, letra c, del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril). Tal cumplimiento, tratándose de la Administración Local, debería acreditarse bien mediante la aportación de la documentación correspondiente (acuse de recibo de la notificación efectuada al contratista), bien mediante certificación de la Secretaría General del Ayuntamiento, depositaria de la fe pública local.

### **TERCERA.- Concurrencia de causa de nulidad.**

#### 1. Determinación de la causa de nulidad y su concurrencia.

La propuesta de resolución no es expresiva de la causa de nulidad en la que pretende fundamentarse la revisión de oficio; no obstante, del expediente remitido, singularmente del acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión de oficio, se desprende que la invocada es la establecida en el artículo 62, letra a) TRLCAP, en relación con el 62.1, letra e) LPAC.

La advertida omisión acerca de la causa de nulidad invocada se hace extensiva, asimismo, al razonamiento que permite alcanzar la pretendida invalidez del contrato. En efecto, todo el razonamiento desplegado por el acuerdo de invocación del procedimiento revisor se fundamenta en la existencia de prórrogas tácitas del contrato y en la proscripción que de las mismas efectúa el régimen aplicable a la duración de los contratos, establecido en el TRLCAP.

El artículo 67.1 TRLCAP establece que en los pliegos contractuales habrá de precisarse la duración del contrato y, cuando estuviere prevista, de su posible prórroga *“que, en todo caso, habrá de ser expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes”*. También el artículo 67.2, letra e) RCAP, precisa que en los pliegos se ha de recoger el plazo de ejecución o de duración del contrato, con determinación, en su caso, de las prórrogas de duración, que serán acordadas de forma expresa. En presencia de un contrato de servicios, el artículo 198.1 TRLCAP establece una duración máxima de dos años, prorrogables si así se prevé en el contrato, por mutuo acuerdo de las partes. La duración total, prórrogas incluidas, no puede superar los cuatro años. Tales limitaciones normativas al acuerdo de las partes de ampliar el periodo de prestación de los servicios, consistentes en la existencia de una duración máxima de los contratos - incluidas sus prórrogas- y en la necesidad de indicar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares tanto la duración del contrato como la de las posibles prórrogas, *“tienen como fundamento asegurar la concurrencia y el dinamismo del mercado o del sector de la actividad económica, garantía de comportamiento de eficiencia de un sector empresarial”* (Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, informe 7/2005).

El contrato a que se refiere la consulta es acorde con estas previsiones al fijar un plazo de ejecución de dos años, pudiendo prorrogarse por períodos anuales hasta un máximo de dos prórrogas, de común acuerdo entre las partes (Cláusula Cuarta del contrato). Formalizado el contrato el 14 de junio de 2005, su vigencia finalizó en junio de 2007, sin que conste en el expediente acuerdo municipal expreso de concesión de prórroga ni actuación alguna de la

Corporación Local posterior a dicha fecha, hasta el acuerdo de incoación del procedimiento de revisión de oficio.

En consecuencia, la adecuación del contrato a la normativa reguladora en cuanto a su duración y régimen de las posibles prórrogas y la ausencia de alegación relativa a la existencia de irregularidades en la adjudicación del contrato original, impiden considerarlo incurso en nulidad, conforme a lo establecido en el artículo 61 TRLCAP.

No obstante, la continuación de la prestación del servicio objeto del contrato una vez que éste se extinguió por el transcurso del plazo de vigencia en él establecido, y dado que desde la reforma operada en el artículo 67.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, las prórrogas tácitas, admisibles conforme a la legislación anterior, ya no son posibles, permite considerar que la situación fáctica traduce la extinción por expiración del tiempo convenido del contrato originario y la existencia de un nuevo contrato que, con el mismo objeto que el ya extinguido, uniría a Ayuntamiento y contratista. En idéntico sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en informe 58/2004.

Y es que la decisión de prorrogar un contrato equivale, en términos económicos, a adjudicarlo durante el tiempo de la prórroga a quien ya era el contratista, lo que incide directamente sobre la necesaria garantía de los principios de publicidad y concurrencia. De ahí que tanto la posibilidad de la prórroga como la duración total máxima del contrato hayan de quedar claramente establecidas ya en el momento de la licitación, de manera que la posible duración del contrato y su proyección económica pueda ser valorada al efecto de presentar las proposiciones correspondientes, de acuerdo con los principios de igualdad y concurrencia. En el supuesto sometido a consulta, el contrato formalizado entre el Ayuntamiento y el contratista el 14 de junio de 2005 no preveía una duración superior, prórrogas incluidas, a cuatro años.

En definitiva, dada la prestación de servicios con posterioridad a la finalización del período de vigencia del contrato original, cuando éste ya se había extinguido, y ante la prohibición de acordar prórrogas tácitas, cabe considerar que nos encontramos ante un nuevo contrato, nacido con omisión de los trámites exigidos por el ordenamiento, sin realizar acto preparatorio alguno, adjudicado con clara vulneración de los principios de igualdad en la contratación, publicidad y libre concurrencia, y sin formalizar, al modo de los proscritos contratos verbales (art. 55 TRLCAP), lo que, según ya señaló este Consejo Jurídico en Dictamen 86/2007 *“constituiría, por sí misma, una causa de nulidad radical de los actos objeto de revisión, por haberse omitido el nuevo procedimiento de adjudicación, con los esenciales trámites que garantizan la publicidad y*

*conurrencia de otros posibles interesados*" (Dictamen 86/2007). En similares términos se expresa el Dictamen 130/2009.

En el mismo sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, en el informe antes citado, indica que *"las prescripciones legales no prevén, pues, la posibilidad de prorrogar tácitamente ningún contrato administrativo y, en consecuencia, una vez finalizado el plazo contractual, el contrato debe considerarse extinguido. Por tanto, una eventual prórroga adoptada tácitamente entre las partes resultaría una actuación contraria a las prescripciones de la Ley y, en consecuencia, nula de pleno derecho, de acuerdo con el artículo 62,a del mismo TRLCAP, tal y como sucedería con una contratación verbal"*.

Y es que la incardinación del supuesto planteado en la causa de nulidad del artículo 62.1, letra e) LPAC no ofrece dificultades, una vez advertido que se trata de una situación meramente fáctica en la que se presta un servicio a cambio de una remuneración, que, careciendo de soporte formal alguno, nace con omisión de todos los trámites prescritos por la normativa aplicable (expediente de contratación exigido por los arts. 67 y ss TRLCAP, publicidad de la licitación, contemplada en el artículo 78 TRLCAP, vulneración de las normas sobre adjudicación del contrato, etc.) y con vulneración de los más elementales principios de la contratación pública, lo que permite apreciar que se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido.

## 2. Improcedencia de la resolución contractual instada por el contratista.

Con anterioridad al acuerdo de iniciación de oficio del procedimiento revisorio, el contratista insta al Ayuntamiento a declarar la resolución del contrato por incumplimiento de su obligación de pago.

No procede dicha resolución, y ello en atención al momento en que la empresa la solicita, cuando el contrato se encontraba ya extinguido por expiración del tiempo convenido. La resolución contractual que puede instar el contratista es una forma de terminación anticipada de una relación contractual en vigor y que, en consecuencia, carece de sentido cuando ésta ya ha finalizado, como apunta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias en informe 6/2006, y la STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, número 654/2003, de 20 octubre, que de forma expresiva indica que *"no se puede resolver lo que se había extinguido"*.

Tampoco procedería dicha resolución aunque se entendiera que venía referida al nuevo contrato que, tras la expiración del tiempo convenido en el original, habría justificado la continuidad en la prestación del servicio. Y es que la declaración de su nulidad conlleva una invalidez *ex tunc*,

lo que determina que sus efectos se retrotraigan al momento mismo de su nacimiento. En consecuencia, el contrato de referencia es nulo *ab initio*, siendo improcedente intentar privar de efectos mediante la resolución a un contrato que no los produce.

#### **CUARTA.- Efectos de la nulidad del contrato.**

1. De conformidad con el artículo 65.1 TRLCAP, la declaración de nulidad de los actos preparatorios o de la adjudicación, llevará consigo la del propio contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y, si esto no fuese posible, se restituirá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

Atendidas las circunstancias presentes en el supuesto sometido a consulta, con una prestación de servicios a plena satisfacción del Ayuntamiento (no otra cosa se deduce del expediente) y el incumplimiento por éste de su obligación de pago del precio de los servicios recibidos, debe practicarse la liquidación del contrato, en la que es conforme a la equidad, según criterio jurisprudencial constante, satisfacer al contratista todas las prestaciones debidas resultantes de la parte contractual cumplida y recibida de conformidad por el responsable de su seguimiento, incluidos los intereses moratorios, devolviéndole, también, la garantía definitiva (Dictamen 38/1999, de este Consejo Jurídico).

2. Sobre la aplicabilidad en el supuesto sometido a consulta de la norma contenida en el artículo 65.3 TRLCAP, en cuya virtud el Ayuntamiento impone al contratista continuar con la prestación del servicio hasta la adjudicación del nuevo contrato, ha de advertirse a la Corporación acerca de la necesidad de motivar con un grado de detalle suficiente el grave trastorno al servicio público que la no prestación del objeto del contrato determinaría, máxime cuando el contratista había comunicado a la Administración su intención de dejar de prestar los servicios a fecha 1 de diciembre de 2010.

En cualquier caso, la ausencia de alegaciones frente al acuerdo de iniciación del procedimiento en el que se le impone dicha medida, parece mostrar el acatamiento del contratista, si bien el expediente no es expresivo de si efectivamente ha continuado la prestación.

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

#### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA**.- Se dictamina favorablemente la revisión de oficio a que se refiere la consulta, en los términos indicados en la Consideración Tercera de este Dictamen, al considerar que concurre la causa de nulidad establecida en el artículo 62, letra a) TRLCAP en relación con el artículo 62.1, letra e) LPAC.

**SEGUNDA**.- Los efectos derivados de la declaración de nulidad del contrato son los señalados en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 85-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 19/04/2011

**Extracto doctrina**

El deber de mantenimiento de las carreteras no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, no siéndolo una vigilancia tan intensa que asegure que el tráfico de la calzada esté libre y expedito bajo cualquier circunstancia; de ahí la diversa gradación que se otorga a los deberes de mantenimiento y cuidado de la carretera

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de octubre de 2005 tuvo entrada en el Registro General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia escrito de reclamación formulado por x, donde expone que el día 25 de diciembre de 2004, cuando circulaba conduciendo el vehículo de su propiedad, Renault Megane, matrícula --, por la llamada Ronda Norte de Yecla, chocó con una piedra de grandes dimensiones que había en medio de la calzada. Cuando detuvo el vehículo pudo comprobar que, además de la piedra contra la que había impactado, había muchas más. Como consecuencia del golpe el vehículo del dicente ha sufrido una serie de daños cuya reparación asciende a 571,53 euros, según factura que adjunta. También acompaña a su escrito diversa documentación entre la que figura informe de la Policía Local de Yecla, del siguiente tenor:

*“Que mediante llamada a la central sobre las 08:45 horas del vecino x con DNI -- y domicilio en Yecla, en C/--; se tiene conocimiento de que en la ronda norte intersección con C/ --, había gran cantidad de piedras sobre la calzada.*

*Personados en el lugar se observa gran cantidad de piedras sobre la misma (ver fotos) y a un vehículo estacionado en el carril derecho averiado a consecuencia de los obstáculos en la vía.*

*Que el vehículo que ha resultado perjudicado como consecuencia de los obstáculos en la calzada es un Renault Megane -- propiedad del solicitante causándole daños de consideración en el motor, al romper el “carter” con una de las piedras existentes y que no ha podido esquivar.*

*Que preguntado el perjudicado sobre si ha visto a alguien por la zona que pudiera haber lanzado las piedras a la vía; manifiesta que no; que cuando se ha querido dar cuenta ya estaba encima de las mismas, no observando a nadie por la zona.*

*Se procede a la retirada de todos los obstáculos de la calzada así como a la señalización del vehículo averiado hasta la llegada de la grúa para ser retirado”.*

Finaliza su reclamación solicitando una indemnización coincidente con la cantidad a la que ascienda la reparación del vehículo, por considerar que el accidente tuvo su causa en un mal funcionamiento del servicio público regional de carreteras.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, la instructora requiere al interesado para que mejore su solicitud mediante la aportación de una serie de documentos, que se remiten por el x mediante escrito de 21 de junio de 2006, proponiendo, además, como medio de prueba la documental, consistente en que se tenga por reproducida toda la aportada durante la tramitación del expediente.

**TERCERO.-** Con fecha 5 de octubre de 2006, la instructora solicita de la Dirección General de Carreteras informe acerca de diversas circunstancias técnicas con incidencia en la determinación de la eventual existencia de responsabilidad.

El requerimiento es atendido el día 3 de marzo de 2008, mediante informe emitido por el Jefe de Sección II de Conservación de Carreteras de dicha Dirección General, en el que se indica lo siguiente:

*“1. No podemos confirmar con datos propios de la realidad y certeza del acontecimiento lesivo, ya que solo disponemos de los datos presentados por el reclamante.*

*2. No tenemos constancia de otros accidentes producidos en esa Carretera y con la coincidencia de impactar sobre piedras sueltas en la calzada.*

*3. La carretera se encontraba con toda su señalización reglamentaria en perfecto estado en la fecha del siniestro pues se encontraba inaugurada desde seis días antes.*

*5. Por la información que se nos aporta se deduce que un camión que transitaba delante del vehículo accidentado, dejó caer una piedra de regulares dimensiones que al impactar sobre el*

*pavimento y romperse esparció varios trozos sobre la calzada, contra uno de los cuales impactó el vehículo siniestrado.*

*6. Estimo que no existe causa directa de causalidad entre el siniestro y el anormal funcionamiento del servicio de la Carretera, ya que a mayor abundamiento la visibilidad era normal en el momento del impacto y la velocidad de aproximación debía ser la correcta, ya que el contacto se produjo encima de la señal de parada obligatoria y contando igualmente con que el trozo de piedra era de color blanco”.*

**CUARTO.-** El mismo día 5 de octubre de 2006 la instructora remite copia del escrito de responsabilidad patrimonial al Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, a fin de que informara sobre el valor venal del vehículo, valor de los daños atendiendo al modo de producirse el siniestro, así como cualquier otra circunstancia que se estimara de interés.

En relación con lo solicitado el Jefe de dicho Parque remite informe en el que se indica que el valor venal del vehículo era, en la fecha del accidente, de 7.869 euros. También señala que la valoración de los daños reclamados se considera correcta.

**QUINTO.-** Conferido trámite de audiencia al reclamante al objeto de que pueda examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estime pertinentes, no hace uso de este derecho al no comparecer ni formular alegación alguna.

Seguidamente el órgano instructor emite propuesta de orden desestimatoria de la reclamación formulada, por no constar acreditada la relación de causalidad entre el hecho acaecido y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

Tras incorporar al expediente un extracto de secretaría y un índice de documentos, VE remitió el expediente en solicitud de Dictamen, que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 19 de julio de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.**

La legitimación activa corresponde, cuando de daños materiales en las cosas se trata, a quien ostenta su propiedad, dado que éste será el que sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. En definitiva, la legitimación para actuar deriva de la condición de perjudicado que, en el caso que nos ocupa, reside en el reclamante.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, al ser la carretera donde se produce el accidente de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento.

En lo que a la temporaneidad de la acción se refiere cabe afirmar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que se señala como fecha de ocurrencia de los hechos la del 25 de diciembre de 2004 y la reclamación se interpuso el día 11 de octubre de 2005.

Por último, cabe afirmar que el procedimiento seguido respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.

3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.

4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, en relación directa e inmediata.

5) Ausencia de fuerza mayor.

Por otro lado, la causación de la lesión resarcible puede provenir tanto de una acción como de una omisión de los servicios públicos. En el supuesto que nos ocupa el reclamante sitúa la causa generadora de los daños en una omisión, por cuanto considera que los servicios de conservación y vigilancia dependientes de la Administración Regional no actuaron diligentemente al no haber retirado el obstáculo (piedras) de la vía con la suficiente celeridad, de forma que quedara garantizada la seguridad en la circulación. Pues bien, sólo si se consigue establecer una relación de causa a efecto entre la mencionada omisión y el daño alegado podría ser estimada la reclamación, pues el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva sólo exime de prueba la existencia de culpa, pero no del imprescindible nexo de causalidad entre la conducta de los servicios públicos y el daño.

El Consejo de Estado pone de manifiesto en numerosos Dictámenes (entre otros, los números 968/2002 y 62/2003) que en las reclamaciones por responsabilidad patrimonial la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos "*necitas probando incumbit ei qui agit*" y "*onus probandi incumbit actori*" y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este caso, el reclamante no da detalle alguno adicional al de la mera existencia de la piedra en el lugar y en el momento en los que impactó con ella, sin que tampoco exista constancia, ni para la Dirección General de Carreteras ni para la Policía Local, acerca de otros accidentes causados por el mismo obstáculo, de donde cabe deducir que la presencia de dicha piedra no pudo estar mucho tiempo en la calzada puesto que entonces habría habido otros accidentes anteriores o, de algún modo, se habría informado de su existencia y que, probablemente, la piedra pudo proceder, como indica el informe de la Dirección General de Carreteras, de algún camión que pasó por el lugar del siniestro momentos antes de que lo hiciera el vehículo del reclamante.

Conviene aquí señalar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), que si bien es cierto que existe el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada, también lo es que dicho deber no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, no siéndolo una vigilancia tan intensa que asegure que el tráfico de la calzada esté libre y expedito bajo cualquier circunstancia; de ahí la diversa gradación que se otorga a los deberes de mantenimiento y cuidado de la carretera. Así, en los casos de desprendimientos de piedras, de existencia de baches o deficiente señalización, es decir, cuando la falta de seguridad se puede trabar con los elementos o circunstancias intrínsecas de la calzada, la Administración suele ser responsable de las consecuencias dañosas que se deriven de tales extremos. En cambio, se viene negando normalmente dicha imputación cuando medien o se interfieran elementos o circunstancias ajenas a la vía, como es la irrupción de animales en la calzada o de objetos caídos o arrojados por terceros (entre otros, Dictamen núm. 2.568/2000 del Consejo de Estado y 121/2005 de este Consejo Jurídico).

Ante la imposibilidad de establecer un nexo de causalidad entre la obligación de conservación de la autovía y la presencia de las piedras en la calzada que debieron caer o ser arrojadas a la vía por otros usuarios, sin que tampoco pueda imputarse a los servicios de conservación una demora negligente en su actuación, llevan al Consejo Jurídico a compartir el criterio del órgano instructor, y estimar que no puede apreciarse la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 139 LPAC para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial. Conclusión ésta que hace innecesario pronunciarse sobre los restantes extremos respecto de los que debería versar este Dictamen, es decir, valoración del daño, su cuantía y el modo de la indemnización.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos que determinan su existencia.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 86-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)
<b>Fecha</b>	19/04/2011

**Extracto doctrina**

El nexos causal entre el daño alegado y la actuación administrativa acusa una interferencia concretada en la irrupción en la calzada de un animal.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado en el Registro General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Ventanilla Única de Lorca) el 12 de noviembre de 2007, x, en nombre y representación de x, solicita indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, por los daños sufridos el 23 de agosto de 2007 en el vehículo propiedad de su representado, Mercedes Benz, matrícula --, cuando circulaba por la carretera MU-603 de El Palmar a Mazarrón, al cruzarse en la calzada dos perros de dueño no identificado, sin poder evitar atropellar a uno de ellos.

A la reclamación se unen los siguientes documentos:

a) Informe estadístico ARENA, instruido por la Guardia Civil de Tráfico, en el que se señala que el atropello tuvo lugar en la carretera MU-603 de El Palmar MU-600 a Mazarrón, punto kilométrico 20,5, indicando que se trata de una "Autovía".

b) Factura de reparación del vehículo por importe de 8.425,17 euros.

Finaliza el letrado solicitando una indemnización coincidente con el importe antes citado, al considerar que los hechos traen causa de una conducta omisiva de la Administración regional, al no mantener la carretera de su titularidad en las debidas condiciones de seguridad para sus usuarios.

**SEGUNDO.-** Mediante escrito de 17 de diciembre de 2007, la instructora requiere al reclamante el envío de determinada documentación, lo que se cumplimenta por el interesado mediante escrito fechado el 26 del mismo mes y año, al que une la documentación que se le había solicitado y propone los siguientes medios de prueba:

1. Documental, consistente en los documentos que se acompañaron al escrito de iniciación del expediente, así como los que ahora se unen a este nuevo escrito.

2. Testifical de las siguientes personas:

- De los agentes instructores del ARENA, x, Agente Guardia Civil, Destacamento de Lorca y x, a fin de que se ratifiquen en su atestado.

- Del legal representante de x, a fin de que se ratifique en la factura emitida.

- Declaración de x.

**TERCERO.-** Con fecha 17 de diciembre de 2007, la instructora solicita el preceptivo informe a la Dirección General de Carreteras para que se pronuncie sobre diversos extremos relacionados con los hechos origen de la reclamación.

El requerimiento es atendido mediante la incorporación al expediente de los siguientes informes:

1. Del Jefe de Sección de Conservación III, de la Dirección General de Carreteras, en el siguiente sentido:

*“La carretera objeto de este informe pertenece a la red de carreteras administradas por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.*

*La carretera MU-603 en el punto kilométrico 20+500 presenta una sección tipo de carretera convencional, dos carriles, no ajustándose a las características referidas en el informe estadístico de la Guardia Civil: cuatro carriles, autovía, existencia de mediana entre calzadas, etc.,*

*El accidente se produjo en un tramo de la carretera MU-603 comprendido entre el cruce de esta carretera con la MU-602 y los cruces con las carreteras regionales E-17 y E-11, que se encontraba en obras en la fecha del accidente, por lo que el control del cruce de animales sueltos,*

*perros en este caso, no es obligatorio por la Administración Regional y por tanto la responsabilidad que del mismo pueda derivarse.*

*En todo caso, este informe solicitado debiera ser cumplimentado por el Servicio de Proyectos por encontrarse el tramo de la carretera en obras como se ha indicado”.*

2. Del Técnico de Gestión de Proyectos y Construcción, del mismo Órgano Directivo, del siguiente tenor:

*“El tramo de carretera MU-603, entre la carretera MU-602 y la autovía de Mazarrón, en estas fechas se encontraba en obras, estando todo ello convenientemente señalizado y con limitaciones de velocidad de 50 Km/hora, y pintado en amarillo con línea continua todo el tramo”.*

**CUARTO.-** Conferido el preceptivo trámite de audiencia, el letrado del interesado presenta alegaciones en las que, en síntesis, viene a señalar lo siguiente:

1. Que la vía en la que ocurrió el siniestro no era una carretera convencional, como señala el informe del técnico de la Dirección General de Carreteras, sino una autovía, con mediana, barrera de seguridad, paneles direccionales, hitos de arista y captafaros, tal como indica la Guardia Civil en su informe estadístico elaborado en el lugar de los hechos, lo que hace que debe prevalecer sobre el informe de la Dirección General de Carreteras.

2. Que al no pronunciarse el informe del Técnico de Gestión de Proyectos y Construcción sobre la existencia de vallas de protección de entrada de animales, debe entenderse que no existían.

3. Que, en cualquier caso, acreditado que el accidente tuvo como causa la irrupción en la calzada, titularidad de la Administración regional, de un animal, por no reunir aquella las correspondientes medidas de seguridad, debe apreciarse la concurrencia de responsabilidad patrimonial.

**QUINTO.-** El 12 de julio de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por entender que no ha quedado probada en el expediente la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños alegados.

**SEXTO.-** Con fecha 8 de septiembre de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

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

I. El reclamante acredita la titularidad del vehículo en el que alega haber sufrido daños, gozando, por tanto, de la condición de interesado a efectos de ejercer la presente acción que, a tenor de la fecha de producción de los hechos (23 de agosto de 2007), ha sido ejercitada dentro del plazo de un año legalmente establecido al efecto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Por otro lado su actuación a través de representante ha quedado debidamente acreditada, según exige el artículo 32 LPAC, con la copia de poder notarial otorgado a favor del letrado x.

II. En cuanto al procedimiento, del examen conjunto de la documentación remitida se puede afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos. No obstante, cabe formular las siguientes observaciones:

a) Si la ejecución de las obras en la vía se encontraban contratadas, se debió emplazar al contratista a tenor de lo establecido en el artículo 1.3. Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

b) Por el órgano instructor no se ha despejado adecuadamente la contradicción existente entre los informes de la Dirección General de Carreteras y el de la Guardia Civil de Tráfico, en lo que se refiere a la naturaleza de la vía en la que se produjo el siniestro (convencional para la primera, autovía para la segunda), sin embargo siendo esta circunstancia irrelevante a los efectos de considerar la concurrencia o no de nexo causal, procede que el Consejo dictamine sobre el fondo del asunto.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.

3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.

4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

5) Ausencia de fuerza mayor.

En relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial, la doctrina del Consejo de Estado pone de manifiesto que la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante, de acuerdo con los viejos aforismos *necessitas probandi incumbit ei qui agit* y *onus probandi incumbit actori* y con el art. 217 de la LEC (entre otros muchos, se pueden citar los Dictámenes números 968/2002, 62/2003 y 2396/2003).

También este Consejo Jurídico ha venido destacando que la carga probatoria incumbe a los reclamantes respecto a la acreditación de tales circunstancias (entre otros, Dictámenes números 107/2003, 28/2004 y 85/2004).

En el supuesto que nos ocupa, tal como se indica en la propuesta de resolución, el hecho ha de entenderse probado por el informe estadístico ARENA instruido por la Guardia Civil de Tráfico, pero ello no implica, sin más, que pueda entenderse acreditada la concurrencia del nexo causal

Conviene aquí señalar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), que el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente

garantizada, no obliga, sin embargo, en supuestos como el que es objeto de Dictamen, en el que el nexo causal entre el daño alegado y la actuación administrativa acusa una interferencia concretada en la irrupción en la calzada de un animal: *“La presencia incontrolada de animales en carreteras - dice el alto Órgano Consultivo- no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, ya que su acceso a la vía puede resultar inevitable, atendiendo a las diferentes formas en que pueden irrumpir en la calzada”.*

Si bien la Administración Regional, en su condición de titular de la carretera, debe mantenerla en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación, según reza el artículo 57 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en el expediente objeto de Dictamen no se ha acreditado que los elementos constitutivos de la vía (con independencia de que se tratase de una carretera convencional o de una autovía) se encontraran en condiciones inadecuadas, porque aunque es cierto que se estaban realizando obras, tal circunstancia estaba convenientemente señalizada, sin que tampoco la alegada falta de continuidad en el vallado de protección haya sido probada por el reclamante. De otra parte, como recoge la propuesta de resolución, el deber de vigilancia inherente al servicio público de mantenimiento no puede exceder de lo razonablemente exigible, lo que lógicamente no puede ser una vigilancia intensa y puntual que, sin mediar lapso de tiempo, cuide de que el tráfico en la calzada sea libre y expedito en todo momento.

Por tanto, si bien se ha acreditado la realidad del suceso a través de la prueba antes indicada, sin embargo no se ha probado por la parte reclamante, a quien incumbe, el nexo de causalidad entre la obligación de conservación de la misma y la irrupción de un animal en la calzada, llevando al Consejo Jurídico a compartir el criterio del órgano instructor y estimar que no puede apreciarse la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 139 LPAC para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial. La misma conclusión alcanzó el Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 40/2005, 8/2006 y 136/2008 acerca de la irrupción de animales en las autovías, tal como ha expuesto también el Consejo de Estado, entre otros, en el Dictamen de 30 de octubre de 2003 (expediente 3.184/2003), cuya doctrina es aplicable al asunto aquí consultado:

*“En el caso examinado, no cabe duda de que la lesión se ha producido a consecuencia de la utilización por el reclamante de un servicio público. La Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada. Excede, sin embargo, ese límite un caso como el sometido*

*a consulta. Y es que el Consejo de Estado ha señalado ya en numerosas ocasiones que la presencia incontrolada de animales en las carreteras no genera la obligación de indemnizar, habida cuenta que no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, si se tiene presente que su acceso a las vías públicas puede resultar inevitable. Tal doctrina, generalmente aplicada con relación a colisiones con animales ocurridas en autopistas, resulta con mayor motivo de aplicación al caso de que ahora se trata, en que no tratándose de autopista, sino de autovía, no es obligada la privación, sino la mera limitación, de accesos a las propiedades colindantes”.*

Además, en el presente caso, como en los analizados en los Dictámenes antes indicados, sostener la atribución de la responsabilidad del accidente a la Administración entrañaría una interpretación exageradamente providencialista, al convertirla en una suerte de aseguradora universal (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de noviembre de 2007).

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos que determinan su existencia.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 87-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 27/04/2011

**Extracto doctrina**

La falta de acreditación de una infracción a la “lex artis ad hoc” sanitaria conlleva en este caso a que no exista la relación de causalidad,

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 11 de febrero de 2009, x presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida al Servicio Murciano de Salud (SMS). En síntesis, expone que el 17 de abril de 2008 fue intervenida de artroscopia de hombro derecho en el hospital “*Mesa de Castillo*”, al que fue remitida por el Servicio de Traumatología del Hospital “*Virgen de la Arrixaca*” (en actuación concertada, se deduce).

Cuando despertó de la intervención observó que tenía el pie izquierdo vendado y que le habían dado tres puntos, sintiendo dolor y no pudiendo andar, y que los facultativos le explicaron que le habían hecho una extracción de sangre de las arterias en dicha zona, para su posterior infiltración en el hombro derecho, que le había provocado una flebitis. En fecha 18 de abril de 2008 fue dada de alta. Alega que las molestias en dicho pie y la cojera fueron acentuándose, por lo que el 12 de noviembre de 2008 se le realizó una electromiografía (EMG), que diagnosticó “*afectación del nervio tibial posterior (sensitivo) izquierdo importante*”, aconsejando nuevo estudio a los 6 meses.

A la vista de este resultado, se la remitió al Servicio de Rehabilitación del Hospital “*Virgen de la Arrixaca*”, que la atendió el 30 de diciembre de 2008 y le prescribieron un nuevo EMG. A la fecha de la reclamación no presenta mejoría y las molestias siguen acentuándose, por lo que considera que existió un error en la intervención que se le practicó y que le lesionó el nervio tibial, por lo que solicita la indemnización que corresponda por los días de baja, secuelas, gastos y demás perjuicios.

Adjunta diversa documentación: informe de alta de 18 de abril de 2008, EMG de 12 de noviembre de 2008, informe del Servicio de Traumatología del citado hospital de fecha 13 de diciembre de 2008 y hoja de interconsulta a su Servicio de Rehabilitación, de 30 de diciembre de 2008.

**SEGUNDO.-** Con fecha 16 de febrero de 2009 el Director Gerente del SMS dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, lo que fue notificado a las partes interesadas. Asimismo se solicitó copia de la historia clínica e informe de los facultativos que atendieron a la paciente, al hospital “Virgen de la Arrixaca” y al hospital “Mesa del Castillo”, solicitando del segundo que informase además si la paciente fue asistida por remisión del SMS y si el facultativo que la intervino pertenecía al mismo.

**TERCERO.-** Mediante oficios de 12 y 18 de marzo de 2009 el hospital “Mesa del Castillo” remitió copia de la historia clínica, donde consta que el médico que atendió a la paciente era del Servicio de Traumatología del hospital “Virgen de la Arrixaca” y la intervención fue por cuenta del SMS.

**CUARTO.-** Mediante oficio de 27 de marzo de 2009, el hospital “Virgen de la Arrixaca” remitió copia de la historia clínica e informe de 20 de marzo de 2009 del Dr. x sobre la asistencia prestada a la paciente, destacando del mismo, desde que acudió a consulta al Servicio de Traumatología del citado hospital en febrero de 2008, lo siguiente:

*“En febrero de 2008 solicitó nueva consulta por persistencia del dolor, habiéndole rechazado para nuevo tratamiento por Rehabilitación, y persistencia de imágenes de tendinopatía crónica sin signos de rotura de supraespinoso; de acuerdo con la paciente se propuso nueva revisión artroscópica de hombro derecho, e infiltración intratendinosa con factores de crecimiento plasmáticos autólogos, procedimiento de uso no habitual, pero sobre el que ha ido apareciendo bibliografía reciente con resultados alentadores en casos como el que nos ocupa (y así se le informó expresamente a la paciente). Durante el procedimiento, que precisa de extracción de sangre de la paciente minutos antes de la infiltración, para ultracentrifugado y selección de la fracción del plasma adecuada, y por encontrarse en decúbito lateral izquierdo y con el brazo derecho incluido en el campo quirúrgico, no fue posible la extracción de la vía habilitada en m.s. izquierdo durante la preparación anestésica. Tras intentar el personal de enfermería canalizar otras vías periféricas en esa misma extremidad y en el dorso de ambos pies, y no obtener el volumen necesario, se solicitó al médico anestesista la posibilidad de obtener la sangre de otro vaso, considerando compleja la canalización de una vía venosa central, y optando por la disección de vena tibial posterior, que fue nuevamente dificultosa, pero que permitió la extracción de un volumen mínimo para completar el procedimiento indicado a la paciente (durante la intervención se identificó una lesión de SLAP, reinsertada a glena escapular).*

*En revisión en consultas externas tras el alta hospitalaria de 23 de abril informé personalmente a la paciente del motivo de la herida en tobillo izquierdo, y postulando como origen del dolor un proceso inflamatorio alrededor de la herida quirúrgica, y en caso de irradiación del dolor, la irritación del nervio tibial posterior, por encontrarse situado junto a la vena y arteria del mismo nombre. Remitida a rehabilitación, y al no mostrar mejoría de la sintomatología, se optó por:*

*(...)*

*- En el caso del tobillo izquierdo, y pasados 6 meses de la intervención, con persistencia de dolor neuropático con parestesias y disestesias, se solicitó estudio de EMG, realizado en noviembre de 2008 e informado de afectación sensitiva de nervio tibial posterior de grado importante; recomendaba control con nueva EMG a los 6 meses para observar cambios evolutivos en la lesión.*

*Dada la situación, se informó a la paciente de la actitud expectante que consideraba adecuada en el caso (por la recomendación de nueva EMG pasados 6 meses, y la ausencia de lesiones motoras), ajustando el tratamiento (y recomendado solicitar nueva cita en Unidad del Dolor con esa intención), y emplazándola para nueva revisión en ese plazo para solicitar nueva EMG (y que al parecer desde el Servicio de Rehabilitación se le solicitó antes del plazo recomendado por la Especialista de Neurofisiología que realizó la primera prueba).*

*Expuesto todo lo anterior, y en relación a lo expresado por x en su Solicitud de Indemnización, creo que debo aclarar que:*

*- La paciente fue informada de la necesidad de extraer sangre de una vía periférica para realizar el procedimiento que se le indicó, y al que dio consentimiento previo, que al no poder extraer cantidad suficiente de la vías más accesibles, se decidió durante la intervención extraer de otra, en este caso la vena tibial posterior, y desde la primera revisión en consulta se le informó del motivo de dicha extracción y del posible origen del dolor en ese tobillo.*

*- Que la sintomatología del dolor fue monitorizada y tratada farmacológicamente durante el control evolutivo en consulta, y que al persistir en el tiempo le fue solicitada la EMG, de la misma manera que le fue solicitada para m.s.derecho en 2007 por sintomatología de posible origen neurológico.*

- Que en efecto se remitió al Servicio de Rehabilitación, que decidió solicitar nuevo estudio de EMG en diciembre de 2008, antes del plazo de 6 meses aconsejado tras el estudio realizado en noviembre, para evaluar la evolución de la lesión.

- Que es completamente falso que no se le haya propuesto tratamiento, en la actualidad farmacológico y de rehabilitación, para el control de los síntomas, y que la actitud ante el tipo de lesión informado en la EMG considero que debe ser de observación, y de persistir sin mejoría tras este plazo, se podría considerar la exploración quirúrgica del nervio alrededor de la herida (opción explicada a la paciente en la última revisión), asignándole fecha de revisión para 27/05/09.

- Que considero la lesión del nervio tibial posterior una complicación de la extracción de sangre y no un error, que consideré justificada y solicité realizar para poder completar la intervención para la que la paciente se encontraba en ese momento en quirófano.

- Que la citada extracción se realizó bajo disección abierta, y no punción percutánea, precisamente para intentar evitar/minimizar el riesgo de lesión arterial o nerviosa.

- Que la paciente ha sido atendida informada y tratada cada vez que lo ha solicitado en nuestro Servicio durante los 3 últimos años, que se le han facilitado informes de evolución y/o situación cada vez que lo ha solicitado (hasta en 5 ocasiones, cuya copia se adjunta al presente informe, con fechas 26/02/2007, 3/06/2007, 10/12/2007, 20/02/2008 y 13/12/2008). Que incluso se remitió para una segunda opinión a otro cirujano de este Servicio de las posibilidades de tratamiento tras la persistencia de los síntomas en hombro derecho, y fue remitida a Rehabilitación y Unidad del Dolor en varias ocasiones para el control de los síntomas. (...).”

**QUINTO.**- Obra en el expediente dictamen médico presentado por la compañía aseguradora del SMS, de 11 de mayo de 2009, emitido por varios especialistas en Traumatología y Ortopedia, que concluye lo siguiente:

“1. El día 17 abril 2008 la paciente x es intervenida en el hospital Mesa del Castillo, realizándose una artroscopia de hombro derecho con infiltración tendinosa de factores de crecimiento. Esta intervención es a nuestro juicio indicada y acorde a lo descrito en la literatura para casos como el de la paciente.

2. Durante la intervención no fue posible obtener una vía adecuada para la extracción de los factores de crecimiento, debiendo obtenerse un acceso extraordinario en la zona retromaleolar.

*Esta incidencia fue de carácter intraoperatorio y por tanto no pudo señalarse en el consentimiento informado.*

*3. Según consta en el consentimiento, la paciente era conocedora de que podrían producirse circunstancias no previstas que modificasen la técnica planeada, accediendo a esta condición, según muestra su consentimiento.*

*4. El acceso realizado a nivel retromaleolar es el habitual en estos casos, siendo el tipo de exposición realizado, mediante disección quirúrgica, el más seguro y cuidadoso de los posibles, así como el de menor riesgo para la paciente.*

*5. La paciente presentó una paresia del nervio tibial posterior posiblemente por la separación del mismo en la disección. Esta es una complicación posible y no indica a nuestro juicio una técnica inadecuada.*

*6. El tratamiento realizado de la complicación fue a nuestro juicio del todo correcto, siendo el indicado en la literatura en estos casos.*

*7. Según consta en la historia, la recuperación neurofisiológica de la lesión parece haber sido completa”.*

**SÉPTIMO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, el 3 de junio de 2010 emitió informe, que concluye así:

*“1. x, sufrió nueva recidiva de su omalgia derecha, y por el Servicio de Traumatología se programó tratamiento quirúrgico mediante artroscopia e infiltración de factores de crecimiento. Actitud terapéutica acorde con la bibliografía médica consultada, según las consideraciones médicas expuestas.*

*2. La paciente firma el documento de Consentimiento Informado y es intervenida el 17 de abril de 2008 en el Hospital "Mesa del Castillo" por el facultativo del Servicio de Traumatología del HUVA Dr. x, durante la intervención no es posible la utilización de la vía programada en miembro superior izquierdo para obtención de factores de crecimiento, por lo que finalmente se decide realizar disección de vena tibial posterior para obtención de factores de crecimiento. Visto el contratiempo surgido con la vía programada y estando previsto en el documento de consentimiento informado posibles contingencias durante el acto intraoperatorio (“Si en algún momento del acto quirúrgico surgiera algún imprevisto, el equipo médico podrá variar la técnica quirúrgica*

programada”), la actuación del Servicio de Traumatología es correcta y adecuada en cuanto a la elección de nueva vía y método (disección) para obtención de factores de crecimiento en cantidad suficiente necesarios a infiltrar en articulación.

3. La paciente fue informada en el postoperatorio de la obtención de los factores de crecimiento de la vena tibial posterior y relata molestias en pie y tobillo izquierdo de tipo sensitivo, la actitud del servicio es expectante y, al continuar las molestias, se solicita prueba diagnóstica EMG, que muestra alteración importante de tipo sensitivo del nervio tibial posterior, se valora el resultado de la prueba y se continúa con el tratamiento analgésico en espera de nueva prueba EMG en seis meses, para valoración de evolución, ya que el servicio, tras la disección de la vena tibial posterior, piensa en un trastorno de tipo neuroapraxia del nervio tibial posterior. La actuación del servicio de traumatología, tanto en el diagnóstico como en la actitud terapéutica es correcta y se ajusta a lo establecido en los protocolos para el diagnóstico y tratamiento de lesiones de nervios periféricos.

4. Desde el Servicio de Rehabilitación y a pesar de no haber transcurrido el tiempo indicado para nueva EMG, se solicita prueba diagnóstica, estando dentro de los límites de la normalidad, y en consulta del 20 de febrero se comunica a la paciente la normalidad del estudio EMG y se constata que la omalgia derecha continúa igual. Toda la actuación del Servicio de Rehabilitación es correcta, ajustándose el diagnóstico y tratamiento a los protocolos establecidos para la atención a las lesiones de nervios periféricos según la bibliografía médica actual.

5. No existió error en la intervención que se realizó a la paciente, sino una complicación tras la disección de la vena tibial posterior, que derivó en un trastorno sensitivo del nervio tibial posterior que se resolvió según resultado de EMG de fecha 13 de febrero de 2009. La actitud diagnóstica y terapéutica de los Servicios de Traumatología y Rehabilitación es correcta según lo expuesto en las consideraciones médicas,

6. No hemos encontrado a lo largo del proceso estudiado funcionamiento anormal del Servicio Murciano de Salud o defectuosa asistencia médica, habiendo estado la misma ajustada a los protocolos vigentes para el diagnóstico y tratamiento de lesiones de nervios periféricos que afectaban a la paciente.

7. Toda la actuación médica es correcta y se ajusta a la "lex artis ad hoc".

**OCTAVO.-** Mediante oficio de 25 de junio de 2010 se acordó trámite de audiencia y vista del expediente para los interesados, sin que comparezca ninguno ni se formulen alegaciones.

**NOVENO.-** El 10 de agosto de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que, a la vista de los informes emitidos, no se ha acreditado la adecuada relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama, que es jurídicamente necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial pretendida.

**DÉCIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 RRP.

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a la reclamante, por ser quien sufre los daños por los que reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.****Consideraciones generales.**

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación de éste ha de regirse por la denominada *“lex artis ad hoc”*, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes

números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *“lex artis”* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *“lex artis”*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *“lex artis”* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva

objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la “*lex artis*”, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Los daños por los que se reclama indemnización: examen. Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños a considerar. Inexistencia.**

I. La reclamante imputa a los servicios sanitarios regionales un error en la intervención realizada por éstos el 17 de abril de 2008, por cuanto, al realizar la disección de la vena tibial posterior de su pierna izquierda para obtener sangre para procesarla y obtener de ella factores de crecimiento para su infiltración tendinosa en la artroscopia de hombro derecho a que se sometió en tal fecha, se le lesionó el nervio tibial posterior, causándole dolores en dicha pierna, que no han remitido con el tiempo. Su alegación sobre el daño causado se basa en el resultado de la EMG realizada el 12 de noviembre de 2008, que aporta, que diagnosticó “*afectación del nervio tibial posterior (sensitivo) izquierdo importante*”, indicando estudio posterior a los seis meses para determinar la evolución de la lesión.

Sin embargo, la reclamante no espera dichos seis meses para, a la vista de la nueva EMG, verificar el estado del nervio afectado, limitándose a afirmar, sin soporte alguno más que su manifestación, que persisten los dolores y que la cojera es más evidente. Sin embargo, los informes emitidos ponen de manifiesto, en primer lugar, que la evolución de tal lesión nerviosa ha sido tan favorable que en la EMG realizada el 13 de febrero de 2009 (antes incluso de los aludidos seis meses), es decir, dos días después de presentarse la reclamación, se informa *“que se explora la VCS del territorio del tibial posterior en ambos miembros inferiores –se adjuntan gráficas y valores”* y que *“no se obtienen diferencias significativas en la VCS ni en la amplitud de potenciales obtenidos en el estudio del tibial posterior”*, por lo que *“el estudio VCS está dentro de los límites de la normalidad. La VCS en el nervio tibial anterior no está sistematizada ni existen valores claros de referencia. Sólo tiene algún valor la comparación entre ambos MMII en el caso de que aparezcan diferencias significativas”* (folio 54 exp.). De ello extraen los citados informes que la inicial lesión nerviosa ha ido desapareciendo, debido a la recuperación funcional espontánea de los tejidos, como es propio de esta clase de lesiones (neuroapraxia). En cualquier caso, no hay un diagnóstico final en el que se haya establecido como secuela una lesión irreversible y estabilizada del citado nervio tibial posterior. Por ello, en cuanto a los daños a considerar a efectos de la presente reclamación, sólo cabría plantearse un periodo de incapacidad asociado a la recuperación del nervio lesionado, periodo que, una vez determinado, sería susceptible de indemnización si existiese la responsabilidad patrimonial pretendida, que en el caso no concurre, según se razonará seguidamente.

II. En efecto, en primer lugar, debe señalarse que la reclamante no acredita en forma alguna que en el caso haya existido una infracción a la *“lex artis ad hoc”* en el sentido de que la decisión médica de proceder a la disección de la vena tibial posterior para obtener factores de crecimiento a infiltrar en su hombro derecho fuera inadecuada o incorrecta, ni que lo fuera la técnica empleada, para obtener la sangre necesaria para realizar dicho proceso, habiéndose limitado la interesada, como se dijo, a poner de manifiesto la existencia de la lesión nerviosa a que se refiere la EMG de noviembre de 2008, lo que, *“per se”*, no es revelador de mala praxis alguna, según razonamos en la Consideración precedente. Ello ya sería suficiente para desestimar la reclamación.

Pero es que, además, los informes emitidos coinciden en la corrección de todo el proceso asistencial. Así, el informe de la Inspección Médica del SMS destaca, en primer lugar, que *“no fue posible realizar la extracción (de sangre) de la vía habilitada en el miembro superior izquierdo”*, y ello por las detalladas razones expresadas por el cirujano en el informe reseñado en el Antecedente Cuarto, siendo esto una eventualidad advertida en el mismo acto operatorio, habiéndose previsto en el documento de consentimiento informado la posibilidad de tener que

variar alguna de las técnicas quirúrgicas previstas cuando surjan imprevistos durante la intervención, como fue el caso.

A partir de lo anterior, dicho informe considera correcta la decisión y la técnica elegidas en relación con la vena tibial posterior izquierda. En este sentido, el informe de la aseguradora del SMS es especialmente explícito cuando expresa que *“el procedimiento utilizado en el acceso, la disección quirúrgica previa a la canalización, es a nuestro juicio igualmente correcto e incluso escrupuloso en el mismo, ya que esta zona permite un acceso percutáneo que puede realizarse de modo más rápido. El acceso quirúrgico de la vía permite, sin embargo, una disección cuidadosa evitando dañar de modo directo las estructuras que rodean los vasos tibiales posteriores”*, razón por la que los citados informes consideran que la lesión nerviosa producida (resultado éste que no puede evitarse de modo absoluto, dadas las inevitables limitaciones de la ciencia y técnica médicas), fue lo suficientemente leve como para permitir la recuperación del nervio dañado, según las pruebas posteriormente realizadas, añadiendo el informe de la aseguradora que la decisión quirúrgica tomada fue *“del todo correcta y acorde con una práctica quirúrgica esmerada”*.

Por todo ello, la falta de acreditación de una infracción a la *“lex artis ad hoc”* sanitaria conlleva en este caso a que no exista la relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que se reclama, que es jurídicamente adecuada y necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional. En consecuencia, procede desestimar la reclamación de referencia.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No existe la relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización, que es jurídicamente adecuada y necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 88-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 27/04/2011

**Extracto doctrina**

No se acredita la relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de conservación de carreteras y los daños por los que se reclama indemnización.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 15 de octubre de 2007, x presentó escrito de reclamación por los daños sufridos por su vehículo matrícula -- el 9 de dicho mes, *“por el mal estado de la calzada, sin señalización, en la Ctra. Pinoso de Yecla (Murcia), cuyo presupuesto les adjunto.”* Añade que *“habiéndome dirigido a la Policía Local de Yecla, certifica los hechos y hace reportaje fotográfico del estado de dicho tramo de la calzada y nos informa que debemos remitirnos a Vds., ofreciendo el informe reportaje a su requerimiento”*.

Adjunta factura de un taller, de fecha 15 de octubre de 2007, por importe de 244,16 euros, por reparación de amortiguador y apoyo pendular delantero.

**SEGUNDO.-** Mediante oficio de 14 de marzo de 2008 se admite a trámite la reclamación y se requiere al interesado para la subsanación y mejora de su reclamación, siendo cumplimentado por éste mediante escrito presentado el 8 de abril de 2008. Destaca del mismo su reiteración de que la Policía Local de Yecla instruyó diligencias, que deben serle requeridas, y que el accidente acaeció en la carretera C-3223, p.k. 18, aproximadamente.

**TERCERO.-** Solicitado informe de la Dirección General de Carreteras, fue emitido el 28 de mayo de 2008, en el que indica que la carretera en cuestión es de titularidad autonómica y que desconocen la ocurrencia del accidente o de otros de similar naturaleza en la zona, que se encuentra debidamente señalizada.

**CUARTO.-** Solicitada la Policía Local de Yecla la remisión de la diligencia del caso, el 19 de junio de 2008 el Subinspector-Jefe de dicha Policía informa que, consultados sus archivos, no se ha encontrado ninguna información sobre el siniestro de referencia.

**QUINTO.-** Acordado mediante oficio de 1 de agosto de 2008 un trámite de audiencia y vista del expediente, no consta la comparecencia del interesado ni la presentación de alegaciones.

**SEXTO.-** El 15 de septiembre de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar no acreditada la realidad de los hechos.

**SÉPTIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

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

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al interesado, por los daños materiales que alega haber sufrido el vehículo de su propiedad. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria y ser de su titularidad la vía en donde presuntamente ocurrió el accidente por el que se reclama.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en principio ha de

considerarse formulada en plazo, si se parte de la alegada fecha de ocurrencia del accidente y la de la presentación de la reclamación.

III. En cuanto al procedimiento, cabe señalar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. En el presente caso, de los escuetos escritos presentados por el reclamante se desprende que imputa a los servicios públicos regionales de conservación de carreteras una omisión de sus deberes en la materia, pero en aquéllos no describe en modo alguno el accidente, remitiéndose a unas diligencias policiales que, requeridas a la autoridad competente, ésta informa desconocer, sin que exista ninguna otra forma de acreditación de la realidad de los hechos alegados por el interesado.

En consecuencia, no se acredita la relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de conservación de carreteras y los daños por los que se reclama

indemnización, que es jurídicamente adecuada y necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional. En consecuencia, procede desestimar la reclamación de referencia.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** No se acredita la relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de conservación de carreteras y los daños por los que se reclama indemnización, que es jurídicamente adecuada y necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en la consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 89-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la irregular adjudicación del servicio de cafetería del I.E.S. "El Bohío" de los Dolores de Cartagena (Murcia).

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

**Fecha** 27/04/2011

**Extracto doctrina**

El principio antiformalista y "pro actione" que debe regir en la valoración jurídica de los escritos que los interesados dirigen a la Administración, obliga a ésta a indagar la voluntad real que subyace en las instancias de aquéllos, debiendo atender a tal efecto no sólo a la literalidad de sus términos, sino también a lo que, con arreglo a la finalidad de las alegaciones realizadas y a las circunstancias concurrentes en el caso, quepa razonablemente deducir respecto de las auténticas pretensiones deducidas.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha de 10 de marzo de 2009, x presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido a la Consejería de Educación, Formación y Empleo en el que, en síntesis, expresa que el 11 de septiembre de 1999, y siguiendo el procedimiento reglamentario, se le adjudicó el servicio de cafetería del Instituto de Educación Secundaria "El Bohío", sito en Los Dolores, Cartagena, habiendo sido renovada dicha adjudicación de forma tácita en periodos sucesivos. Alega que en el año 2005 el Director del centro, x, le confirmó que regentaría la cafetería durante seis años más, motivo por el que en dicho año realizó una inversión de 25.795,4 euros en obras de mejora, mobiliario y maquinaria que, de no haber tenido la certeza de dicha renovación, no habría realizado.

Sin embargo, el 12 de Julio de 2008 se insertó un anuncio en el diario "--", de Murcia, mediante el que se abrió un plazo desde el 14 hasta el 30 de julio de 2008 para la presentación de ofertas de una nueva licitación del indicado servicio de cafetería, licitación a la que se presentó. Añade que dicha licitación no fue resuelta de forma expresa, por lo que continuó prestando el servicio hasta el 29 de diciembre de 2008, en que, a requerimiento del Director, le entregó la llave de la cafetería (según documento al efecto de tal fecha, que aporta), debido a que éste le comunicó que el servicio había sido adjudicado a otra persona en una segunda licitación, de la que el reclamante dice que no había tenido conocimiento y que se ha realizado sin respetar los principios

legales de publicidad, libertad de acceso y transparencia. Con motivo de esta adjudicación irregular, y ante la posibilidad de perder todo el contenido de la cafetería (mobiliario y maquinaria), llegó a un acuerdo con el nuevo adjudicatario, *“sin que ello suponga aceptación por mi parte del procedimiento seguido y que es objeto de la presente reclamación”*, alegando que esta adjudicación está incurso en las causas de nulidad y anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y, además, en la causa de nulidad prevista en el artículo 32,b) de esta última ley, porque el adjudicatario no tiene la capacidad exigida, al no tener la experiencia profesional requerida en el PCAP de la licitación.

Por todo ello solicita que *“se declare la lesividad de dicha actuación por cuanto irregular en su procedimiento, con el consiguiente perjuicio económico para mi persona, y en consecuencia se me indemnice por los daños y perjuicios causados”*, por el importe de 25.795,4 euros ya reseñado.

A su escrito adjunta diversa documentación: escrito de 17 de diciembre de 2008, del Secretario del Instituto, indicando que el interesado ha sido adjudicatario del servicio de cafetería desde el 11 de septiembre de 1999 hasta el 22 de diciembre de 2008; escrito de 29 de diciembre de 2008, firmado por el reclamante y el director del Instituto, documentando la entrega de llaves de la cafetería a este último, en el que se hace referencia a que el primero prestaba el servicio desde el 1 de octubre de 1999; diversas facturas sobre inversiones realizadas en la cafetería en septiembre de 2005; y una relación de bienes muebles existentes en aquélla, y su valoración, suscrita por el interesado y el nuevo adjudicatario del servicio, x.

Además, solicita como prueba documental que se incorpore al expediente la documentación relativa al contrato suscrito por él en 1999, la resolución de la licitación anunciada en el diario “--” y la documentación sobre la última contratación realizada.

**SEGUNDO.-** Mediante escrito presentado el 29 de junio de 2009, el interesado solicita información del estado de tramitación de su reclamación y confiere su representación a x.

**TERCERO.-** Obra en el expediente una diligencia del Servicio Jurídico de la citada Consejería, de 8 de julio de 2009, en la que se hace constar la comparecencia de x solicitando la antes mencionada información, en la que se le indica que no consta en sus dependencias dicha reclamación, acordando realizar indagaciones al respecto ante la Dirección General de Centros de la Consejería.

**CUARTO.-** Recabada la correspondiente documentación, el 27 de octubre de 2009 el Secretario General de la Consejería dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación y la tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, lo que se notifica al reclamante.

**QUINTO.-** Solicitado informe al efecto al Director del Instituto, lo emite el 30 de octubre de 2009, del que se destaca lo siguiente:

*“1. En ningún momento se le confirma (al reclamante) que fuese a regentar el servicio de cafetería durante un periodo de seis años, en tanto que en el año 2005 al que refiere realizar la inversión, el periodo de mandato de dirección era de tres años, finalizando el mismo en Junio de 2008, por tanto es imposible que se adquiriera tal compromiso.*

*2. A lo largo de este período de tres años y a instancias de la comisión de cantina y del consejo escolar se le comunica en varias ocasiones el descontento de la comunidad educativa con el servicio de cafetería por la manera de regentar la misma. (Siguen aquí una serie de consideraciones particulares sobre las deficiencias en el servicio, que no es necesario reproducir).*

*(...)*

*6. En el consejo escolar celebrado el día 1 de Julio de 2008, los representantes del Consejo Escolar, debido al continuo incumplimiento de x en base a las indicaciones para corregir el servicio, y ante el comienzo de un nuevo mandato de dirección, insta a la dirección del centro a que se saque a concurso publico la explotación del Servicio de cafetería.*

*7. Con fecha de 8 de Julio de 2008 se le comunica a x la decisión del Consejo escolar. Ante la pregunta de que si podía presentar una nueva oferta, se le comunica que el Consejo Escolar no ha dicho nada a este respecto y que la dirección del centro entiende que puede hacerlo.*

*8. Con fecha 12 de Julio de 2008 se inserta un anuncio en el periódico --, de Murcia, anunciando la apertura del periodo de presentación de ofertas para la explotación del servicio de cafetería, con plazo del 14 al 30 de Julio de 2008.*

*9. El día 1 de septiembre se reúne la Comisión de Cantina, como representación del Consejo Escolar, y a la vista de que las dos solicitudes presentadas no reúnen los requisitos, se acuerda declarar el procedimiento desierto. Al mismo tiempo se acuerda la posibilidad de que el adjudicatario pueda continuar prestando el servicio hasta la fecha de 31 de diciembre de 2008. Esta decisión se le comunica y accede. También se le indica que durante este periodo se procederá a la*

*apertura de una nueva licitación. Se hace constar que durante este periodo de prórroga continúan observándose las mismas incorrecciones que llevan al Consejo Escolar a la petición de la nueva adjudicación.*

*10. El día 16 de octubre de 2008 y mediante anuncio público en el tablón de anuncios del centro se abre un nuevo periodo de licitación del servicio de cafetería, con la presentación de ofertas hasta el 10 de noviembre, y con fecha de inicio (del contrato, se deduce) de 1 de enero de 2009, informándole personalmente al adjudicatario de la apertura del mismo (del nuevo período de licitación, se entiende).*

*11. El 27 de noviembre de 2008 a las 17 horas se reúne la Comisión de cantina para la evaluación y valoración de las solicitudes presentadas. Son presentadas 7 y se consideran válidas por reunir todos los requisitos 6. Una vez analizados todos los criterios se decide por unanimidad adjudicar el servicio de cafetería a la solicitud nº 1, presentada por x. Es al día siguiente cuando se le comunica a x la finalización de su contrato con fecha de 31 de diciembre de 2008.*

*12. En sesión de Consejo Escolar de 4 de diciembre de 2008, la dirección del centro informa del acuerdo adoptado por la comisión de cantina, acuerdo ratificado por la totalidad del Consejo Escolar.*

*13. Respecto a la alegación de que para ser adjudicatario de la cafetería se exigía experiencia profesional, se indica que esta afirmación es falsa, en tanto que en la documentación a presentar por los licitadores aparece la experiencia como un criterio a valorar, con la misma importancia que los 8 restantes que componen el pliego. Por tanto, la ausencia de la misma no es un criterio excluyente.*

*Otras consideraciones particulares:*

*1. En todas las situaciones se le informó al reclamante del inicio del proceso de apertura de cada una de las licitaciones personalmente, no entendiéndose por tanto que alegue falta de publicidad.*

*2. En el periodo que comprende desde el año 1999 hasta 2008, la dirección del centro ha sido siempre sensible a las mejoras realizadas en la cafetería, hasta tal punto de que se le han ido haciendo renovaciones anuales, aun a sabiendas que algún sector de la Comunidad Educativa no estaba totalmente de acuerdo, por las irregularidades mencionadas en puntos anteriores.*

3. *Se hace constar así mismo que el pago de los cánones anuales por el servicio se hacía siempre con demora, argumentando falta de liquidez, hasta el punto de que el pago correspondiente al ejercicio 2008 y cuyo importe es de 1000 euros, todavía no ha sido abonado, pese a los innumerables requerimientos de que ha sido objeto.”*

**SEXO.-** Obra en el expediente un informe de 5 de noviembre de 2009, del Servicio de Gestión Económico-Administrativa de Centros Docentes de la citada Consejería, en el que se indica que la tramitación de los expedientes de adjudicación del servicio de cafetería en los Institutos está delegada por el Consejero en los Directores de los centros.

Al mismo se adjunta el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rigió la adjudicación del servicio de cafetería del citado Instituto para el período del 1 de enero al 31 de diciembre de 2009, para prestar el servicio durante los días hábiles señalados por el calendario escolar, con posibilidad de prórrogas tácitas anuales hasta un máximo de tres años (cláusula 3). En su cláusula 4 se establece que se recabarán al menos ofertas de tres empresas, haciéndolo público en el tablón de anuncios del centro. La cláusula 5, bajo la rúbrica “*documentación a presentar por los licitadores*”, incluye, entre otra documentación, la relativa a ocho aspectos o circunstancias relacionadas con la cualificación profesional de los licitadores y con las condiciones de prestación del servicio, deduciéndose que tales aspectos constituyen los criterios para la valoración de las ofertas (folios 66 y 67 exp.). También se adjunta al referido informe el contrato suscrito por el Director del centro con el nuevo adjudicatario, x (f. 75 exp.).

**SÉPTIMO.-** El 10 de diciembre de 2009, la instructora solicita al mencionado Director copia de determinados documentos y que informe sobre el modo de comunicar al reclamante la finalización de su contrato y la decisión de mantenerlo hasta el 31 de diciembre de 2008, tras quedar desierta la primera licitación.

El 17 de diciembre de 2009, el Director remite diversa documentación (que posteriormente se reseñará) e informa que el procedimiento de comunicación al reclamante de la finalización de su contrato fue verbal, al día siguiente de la reunión del Consejo Escolar de 1 de julio de 2008; y que también se le comunicó verbalmente, tras el acuerdo de dicho Consejo de 2 de septiembre de 2008, que debía seguir con el servicio hasta el 31 de diciembre de 2008, por haber quedado desierta la licitación.

**OCTAVO.-** El 15 de enero de 2010 la instructora solicita al Director una aclaración sobre uno de los documentos remitidos (el PCAP que en 1999 rigió la adjudicación del contrato al reclamante) y sobre si se formalizaron documentalmente las prórrogas de tal contrato.

A ello contesta el Director adjuntando el PCAP que rigió dicha contratación (antes remitió otro distinto, por error) e indicando que todas las ampliaciones del contrato se hicieron verbalmente, por acuerdo entre las partes y con el visto bueno del Consejo Escolar.

**NOVENO.-** La documentación remitida por el citado Director en tal fecha, así como otros documentos obrantes en el expediente, aportados en fechas posteriores, puede sistematizarse así:

1º. Contrato para la prestación del servicio de cafetería firmado el 1 de octubre de 1999 por el Consejero de Educación y Cultura y el reclamante, para prestar dicho servicio desde tal día hasta el 30 de junio de 2000, con arreglo a las previsiones del calendario escolar aprobado para el curso 1999-2000 y conforme con las condiciones establecidas en el PCAP adjunto, que también firman los intervinientes. En su cláusula 3 se estipula que el servicio se prestará en los días hábiles señalados por el calendario escolar vigente, y que el servicio podrá ser prorrogado tácitamente por períodos anuales hasta un máximo de tres años, incluídas las prórrogas, siempre que llegado el vencimiento del contrato ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con tres meses de antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo o modificarlo (f. 66 exp.).

2º. Acta de la reunión del Consejo Escolar de 30 de junio de 2003, en la que se hace constar la propuesta del Director de prorrogar el contrato por un año, a solicitud del adjudicatario, con nueva fecha de finalización del contrato el 30 de junio de 2004, y ello *“una vez transcurrido el período de 4 años de adjudicación inicial”*. Se consigna que el Consejo Escolar aprueba por unanimidad la prórroga.

3º. Acta de la reunión del Consejo Escolar de 1 de julio de 2004, en la que se hace constar la propuesta del Director de prorrogar el contrato por un año, a solicitud del adjudicatario, con nueva fecha de finalización del contrato el 30 de junio de 2005. Se consigna que el Consejo Escolar la aprueba por unanimidad.

4º. Acta de la reunión del Consejo Escolar de 29 de junio de 2005, en la que se hace constar lo siguiente:

*“5. x informa de la propuesta del adjudicatario del servicio de cafetería del centro de realizar obras para la adecuación y mejora de la misma. Al mismo tiempo, solicita continuar prestando sus servicios por un período superior a un año de prórroga, ya que la citada remodelación de la cafetería necesita una inversión que no sería posible amortizarla en el plazo de un año. Dado que el período de mandato de esta Dirección será de tres años, se propone al Consejo Escolar la*

*aprobación de dicha prórroga por este mismo período y con fecha de finalización de 30 de Junio de 2008. No habiendo objeción alguna, el Consejo lo aprueba por unanimidad.”*

5º. Acta de la reunión del Consejo Escolar de 1 de julio de 2008, en la que se hace constar el acuerdo del mismo de “*rescindir*” el contrato y proceder a la nueva licitación y adjudicación del servicio.

6º. Acta de la reunión del Consejo Escolar, de 3 de septiembre de 2008, en la que se da mera lectura al Acta de la reunión de la Comisión de Cantina de dicho Consejo celebrada el día anterior en la que: a) se inadmite, por extemporánea, una de las ofertas presentadas en el proceso licitatorio seguido; b) se hacen constar los criterios para la valoración de las ofertas, incluyendo el de valorar la “*documentación aportada por los licitadores según consta en las bases*”; y c) se analizan las dos ofertas admitidas para la adjudicación del servicio de cafetería (incluyendo la del reclamante) y se desestiman por no aportar la documentación que se exigía en las bases de la convocatoria, proponiendo la continuidad del actual adjudicatario por un periodo de tres meses, sujeto a la valoración positiva del Consejo Escolar.

7º. Posteriormente sólo constan los ya citados documentos de entrega de llaves de la cafetería por parte del reclamante al Director, el 29 de diciembre de 2008 (citado en el Antecedente Primero), y el nuevo contrato -y su anejo PCAP- (Antecedente Sexto), formalizado con el x, a resultas de la segunda licitación del servicio indicada por el Director del centro en su primer informe.

**DÉCIMO.-** Tras diversas actuaciones no significativas, el 13 de abril la instructora acuerda requerir al reclamante para que aporte original o copia compulsada de las facturas en las que basa su pretensión indemnizatoria, así como los documentos que posea en relación con las ampliaciones de su contrato.

**UNDÉCIMO.-** Mediante oficio de la misma fecha, la instructora solicita del Director del Instituto que informe si la segunda licitación del nuevo contrato a adjudicar, a que se refería dicho Director en su primer informe, se publicó en algún diario oficial, aparte de en el tablón de anuncios del centro, y asimismo que remitiese la documentación relativa a la publicación de esta licitación en dicho tablón. El 28 de abril de 2010, el Director informa que no se publicó en ningún diario, pues en la primera licitación el centro tuvo que sufragar los gastos de la publicación en el diario “--”, al quedar desierta aquélla. Con su informe remite diversas actas del Consejo Escolar, ya reseñadas anteriormente.

**DUODÉCIMO.-** El 29 de abril de 2010, el reclamante presenta escrito en el que, en síntesis, reitera que en su día presentó otro en el que *“se solicitaba se declarase la lesividad de la actuación del IES “El Bohío”, de Cartagena, por cuanto a su irregularidad en el procedimiento de adjudicación que se expuso en la reclamación”*, si bien la indemnización que reclama asciende a 23.459,48 euros, según las 5 facturas que aporta, sobre inversiones realizadas en la cafetería en 2005, indicando que no ha reclamado el lucro cesante de los beneficios del contrato durante un año escolar (165 días laborables), a fin de facilitar una terminación convencional. Insiste en sus alegaciones previas de que sin el hecho de que el Director se comprometiera verbalmente en 2005 a que el contrato durara seis años más, no habría afrontado, en la medida en que lo hizo, las inversiones cuyo importe ahora reclama, pues sería ilógico y absurdo haberlas realizado, dado el tiempo que conlleva su amortización. Además, se remite a su escrito inicial en relación con las irregularidades de la nueva adjudicación del contrato.

**DECIMOTERCERO.-** El 7 de mayo de 2010, la instructora extiende diligencia para hacer constar que, en conversación telefónica con el Director del Instituto sobre el plazo del contrato con el reclamante después de finalizar el año de vigencia inicialmente pactado, aquél le manifiesta que el *“mandato”* (sic, debe decir contrato) se concretó verbalmente por el tiempo de vigencia del mandato del Director, y que en los cuatro años siguientes *“las prórrogas se realizan verbalmente”*.

**DECIMOCUARTO.-** Otorgado al reclamante un trámite de audiencia y vista del expediente, el 24 de mayo de 2010 presenta escrito de alegaciones en el que, en síntesis, hace referencia a las actas del Consejo Escolar en donde se hacen constar sus sucesivas propuestas de prórrogas del contrato, siendo aceptadas por aquel órgano, señalando, respecto del Acta de 29 de junio de 2005, que, aunque en ella se acepta una prórroga de tres años, el Director se comprometió verbalmente con él a una prórroga de seis años, pues de lo contrario no hubiera afrontado reformas por la cantidad reclamada, ya que no podría amortizarlas en sólo tres años. Y que resulta indiferente la alegación del Director de que la prórroga fuera sólo de tres años en atención a la duración de su mandato, porque la competencia para contratar corresponde al Consejo Escolar y al Consejero competente. También señala que no se le comunicó verbalmente la decisión del centro de rescindir su contrato y la posibilidad de presentarse a la nueva licitación, sino que sólo se enteró por el anuncio publicado en prensa, presentándose a la licitación *“entendiendo que el Sr. Director cumpliría su compromiso”*, y que entra en contradicción que se quisiera prescindir de sus servicios y que se le permitiera licitar.

Asimismo alega en contra de las deficiencias en el servicio a que se refiere el primer informe del Director y que, en todo caso, ello podía haber motivado que se incoase un procedimiento para rescindir el contrato por tales deficiencias, lo que no se hizo.

Además, en relación con las licitaciones posteriores, alega que no es cierto que se le notificara verbalmente el resultado de la primera, y que, como interesado, el mismo debió notificársele de forma expresa; que es curioso que los criterios para valorar las ofertas se acordaran por la Comisión de Cantina en el mismo momento de su apertura, y que el Consejo Escolar no se pronunció sobre dicha licitación, pues sólo dio lectura al acuerdo de la citada Comisión; que ésta no motiva por qué quedó desierta esta primera licitación y por qué no acordó un trámite para la subsanación de deficiencias de las ofertas presentadas. En cuanto a la segunda licitación, señala que no se justifica que se publicara sólo en el tablón de anuncios del centro y no en un diario, como sí se hizo con la primera, y que debe investigarse la relación existente entre el adjudicatario y el Director, pues es posible que aquél tuviera vínculos familiares con la persona que realiza labores de limpieza en el domicilio de este último, por lo que concluye su escrito solicitando que se verifique dicho parentesco.

**DECIMOQUINTO.-** El 23 de septiembre de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación. En síntesis, considera que, tras las prórrogas tácitas del contrato realizadas hasta el 30 de junio de 2003, dentro de lo que permitía el PCAP del contrato, a partir del Acta del Consejo Escolar de 1 de julio de 2004, el servicio se va contratando verbalmente con el interesado, habiendo constancia de esta contratación en las actas del Consejo Escolar. Aunque ello constituye una actuación contraria a Derecho, surte efectos jurídicos mientras no sea revisada de oficio, lo que no procede, porque los efectos prácticos de dichas contrataciones verbales permanecerían inalterados aun cuando se declarase su nulidad, además de por el tiempo transcurrido desde las mismas. Continúa la propuesta señalando que, según el Acta del Consejo Escolar de 29 de junio de 2005, en tal fecha se prorroga el contrato por tres años, sin que el reclamante aporte prueba que acredite que la prórroga fue de seis años, habiendo de estar a lo expresado en dicha Acta y en el informe del Director de 30 de octubre de 2009. De esta forma, el interesado asumió el riesgo de que, después de tal periodo de tres años, que fue respetado por el centro, pudiera seguir o no con la prestación del servicio, decidiéndose después realizar una nueva licitación, a la que el reclamante se presentó, sin oponerse a la misma, lo que implica que en tal fecha tuvo conocimiento de la decisión del centro de no proseguir con su contrato.

Sobre este aspecto concluye la propuesta posteriormente señalando que el interesado reclama por las mejoras realizadas en el año 2005, no siendo procedente admitir su reclamación porque tuvo conocimiento de la posibilidad de terminación de su contrato a los tres años comprometidos por el centro, asumiendo así el riesgo y ventura en la amortización de las inversiones que realizó en 2005.

En cuanto a las irregularidades que denuncia sobre las licitaciones posteriores, la propuesta señala que, como el reclamante solicita en sus escritos que se declare “la lesividad” de dichas actuaciones administrativas, ello no procede, pues, conforme con lo previsto en el artículo 103 LPAC, tal declaración de lesividad sólo puede ser realizada de oficio por la Administración, y no a instancia de parte.

**DECIMOSEXTO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se ha solicitado respecto de una propuesta de resolución de un procedimiento que ha sido calificado por el órgano consultante como de responsabilidad patrimonial, de los previstos en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP), por lo que ha considerado que el Dictamen es preceptivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, y el artículo 12 RRP. Sin embargo, como se razonará seguidamente, la adecuada calificación y sistematización jurídica de las pretensiones realmente contenidas en el escrito iniciador del presente procedimiento, determina que no sea dicho procedimiento el adecuado para dar respuesta a tales pretensiones y, en consecuencia, que el Dictamen de este Consejo Jurídico no sea preceptivo, no obstante lo cual se realizarán las consideraciones sobre el fondo del asunto que se expresarán más adelante.

**SEGUNDA.- Determinación y análisis de las pretensiones realmente deducidas en los escritos del interesado: pretensión anulatoria de determinados actos administrativos y pretensión indemnizatoria vinculada o dependiente de dicha anulación. Consecuencias en orden al procedimiento a seguir.**

I. En el análisis del contenido del escrito iniciador del procedimiento que nos ocupa y del escrito final de alegaciones del interesado resulta obligado partir de la idea de que el principio antiformalista y “*pro actione*” que debe regir en la valoración jurídica de los escritos que los

interesados dirigen a la Administración, obliga a ésta a indagar la voluntad real que subyace en las instancias de aquéllos, debiendo atender a tal efecto no sólo a la literalidad de sus términos, sino también a lo que, con arreglo a la finalidad de las alegaciones realizadas y a las circunstancias concurrentes en el caso, quepa razonablemente deducir respecto de las auténticas pretensiones deducidas (vid., como ejemplo de plasmación normativa del principio antiformalista en materia de impugnación de los actos administrativos, el art. 110.2 LPAC, sobre el error en la calificación del recurso por parte del recurrente, debiendo atenderse a su verdadero carácter). Por análogas razones, la interpretación del verdadero contenido y alcance jurídico de algunos actos de la Administración también debe superar, en ocasiones, y a la vista de las circunstancias concurrentes, los términos literales empleados en los mismos, debiendo atenderse a la realidad de lo pretendido por aquélla (así, por ejemplo, y como se verá después, la alegada decisión del centro docente de “rescindir” el contrato del reclamante no fue tal, pues en tal momento lo decidido fue no proceder a la prórroga de un contrato cuyo plazo de tres años ya había transcurrido).

En efecto, en lo que se refiere ahora al análisis de los escritos presentados por el interesado, debe señalarse que, a pesar de que haya titulado su escrito inicial como de “reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración”, del contenido del mismo, unido al de su escrito final de alegaciones (formulado una vez que conoce formalmente en el presente expediente la existencia de un acuerdo de la Comisión de Cantina del centro en el que se acordó declarar desierta la primera licitación convocada, a la que se presentó), se desprende que la pretensión indemnizatoria que formula se funda en la ilegalidad que denuncia de ciertos actos administrativos adoptados por el referido centro público: 1º) la decisión de 1 de julio de 2008, del Consejo Escolar, de “rescindir” el contrato de servicios que tenía suscrito con el reclamante y de proceder a una nueva licitación del servicio, rescisión que éste considera improcedente porque, si la misma se fundaba en las deficiencias del servicio que señala el Director del Instituto en su informe, ello debía haber motivado un expediente de resolución del contrato por tal causa, lo que no se hizo; 2º) el acuerdo de 2 de septiembre de 2008, de la Comisión de Cantina del centro, por el que se declaró desierta la primera licitación tramitada para la nueva adjudicación del servicio, acto del que el interesado alega que no se le notificó formalmente, cuestionando además la competencia de dicha Comisión para adoptarlo, así como que no acordase previamente un trámite de subsanación de deficiencias de las ofertas de los licitadores; y 3º) la posterior adjudicación del contrato a x, con efectos de 1 de enero de 2009, de la que alega que se adoptó sin la debida publicidad previa y en favor de una persona que no reunía los requisitos establecidos en el PCAP. Por todas estas actuaciones irregulares, se le producen, a su juicio, determinados perjuicios, que cifra en la cantidad reclamada en el escrito reseñado en el Antecedente Duodécimo.

Es esencial destacar que son todas estas imputaciones de ilegalidad de los referidos actos del Instituto los que, en definitiva, fundamentan la solicitud del interesado de que se declare la “*lesividad*” de tales actuaciones y que, en consecuencia, se reconozca su derecho a la indemnización solicitada. Aun empleando en su escrito la desafortunada, por incorrecta, expresión de solicitar que se declare la “*lesividad*” de la actuación administrativa cuestionada (pues, como señala acertadamente la propuesta de resolución, tal declaración de lesividad es un modo de revisión de oficio de actos administrativos para el que sólo está legitimada la Administración autora de los mismos, ex art. 103 LPAC), lo que realiza el reclamante es una impugnación de los referidos actos administrativos que debe encauzarse como un recurso de reposición, según se razonará seguidamente; y ello para que, una vez anulados tales actos (“*y en consecuencia*”, manifiesta literalmente en su escrito inicial), se le reconozca el derecho a una determinada indemnización.

Ello permite afirmar que, aun cuando aparentemente pareciera que se ejercita una acción de responsabilidad autónoma (y que, en realidad tendría un fundamento contractual, según se desprende de los antecedentes), atendiendo a la realidad del contenido de los escritos de alegaciones, el interesado está formulando también, y previamente, una pretensión de anulación de los actos administrativos antes referidos (al margen, como se dice, de la errónea expresión utilizada al efecto -la solicitud de declaración de lesividad de los mismos). Pretensión anulatoria que, en el caso, debe ser resuelta como presupuesto previo para abordar después la indemnizatoria, pues sólo tras la eventual estimación de la primera y la consiguiente anulación de los referidos actos (de los que, mientras existan, debe presumirse su validez, ex art. 57.1 LPAC), podría determinarse si tal anulación ha generado una lesión indemnizable al reclamante (aunque, como se sabe, esto último no puede afirmarse por el mero hecho de la anulación pues, según el artículo 142.4 LPAC, la anulación de los actos administrativos “*no presupone derecho a la indemnización*”, para lo que deben concurrir, además, los requisitos establecidos en los artículos 139 y siguientes de dicha ley).

II. Y son las circunstancias concurrentes que se analizarán seguidamente, a saber: a) la competencia del Director del Instituto, ejercida por delegación del Consejero, para la contratación de servicios como el que nos ocupa, y b) la falta de la adecuada notificación formal al interesado, en las fechas de su adopción, de los actos administrativos que se cuestionan, lo que determina que la impugnación que realiza de los mismos deba calificarse, como antes se ha apuntado, como propia del recurso potestativo de reposición que cabe contra los referidos actos (tras cuya resolución habrá de dictarse el pronunciamiento que proceda sobre la pretensión indemnizatoria asimismo deducida).

A) En efecto, en primer lugar, debe partirse de que la competencia para realizar la contratación de servicios como el que es objeto de este expediente corresponde al Director del

respectivo Instituto, por delegación del Consejero de Educación, conforme a sucesivas Órdenes dictadas al efecto, de fechas 22 de enero de 2003 (BORM de 7/2/03), 25 de julio de 2007 (BORM de 24/8/07) y 30 de octubre de 2008 (BORM de 10/11/08). De ello se sigue que, formando parte el Director de referencia del Consejo Escolar que decidió el 1 de julio de 2008 “rescindir” el contrato del reclamante y proceder a una nueva licitación del servicio, y de la Comisión de Cantina que el 2 de septiembre de 2008 desestimó las ofertas presentadas en la primera licitación (es decir, y en definitiva, que la declaró desierta), tales determinaciones no están incursas en vicio competencial alguno, como pretende el reclamante, pues, en rigor, estas decisiones deben considerarse adoptadas por el referido Director en ejercicio de la competencia delegada por el Consejero. A ello no obsta, claro está, el hecho de que aquél quisiera obtener el parecer y el apoyo de los demás miembros de la comunidad educativa que forman parte de los referidos órganos del centro, sometiendo las decisiones a adoptar a la consideración de éstos. Por lo dicho, tampoco cabe oponer reparo competencial al contrato suscrito por dicho Director el 1 de enero de 2009 con el x para la prestación del servicio, previa su adjudicación en la segunda licitación realizada.

Dado que las resoluciones que se dictan por delegación se consideran dictadas por el órgano delegante (art. 13.4 LPAC), es decir, en este caso, por el Consejero competente, y agotando los actos de éste la vía administrativa (art. 28, d) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), contra los actos administrativos cuestionados procede recurso potestativo de reposición, que es, por tanto, como hay que encauzar las impugnaciones que, en definitiva, realiza el interesado.

B) En cuanto a la temporaneidad de la impugnación de los referidos actos por parte del reclamante, el Director del centro informa que la decisión de no proseguir con su contrato (ya no se habla –correctamente, según se verá- de rescisión del mismo) y de proceder a una nueva licitación, y la decisión de declarar desierta la primera nueva licitación, le fueron notificadas en su día verbalmente. Sobre la primera determinación cabe decir que, si implicara una indebida rescisión o resolución de su contrato, como alega el interesado, la notificación verbal no sería válida, pues, además de su falta de constancia, no podría en ningún caso considerarse acorde con las garantías que deben adoptarse respecto de un contratista de la Administración. Por las mismas razones, la declaración de una licitación como desierta debe ser notificada formalmente a los licitadores que se presenten a la misma, pues tienen derecho a que ello se les notifique adecuadamente, con expresión de los recursos procedentes, lo que no fue el caso. Respecto de la nueva adjudicación finalmente realizada a favor del x, tampoco consta su notificación al reclamante, por lo que no le es oponible firmeza alguna. No cabe duda, por otra parte, del interés legítimo de éste en la anulación de tales actuaciones, a la vista de las alegaciones deducidas en sus escritos.

III. Todo lo expuesto anteriormente no invalida, claro está, las actuaciones realizadas en el presente expediente, sino que, a la hora de dictar la resolución procedente, se deba realizar la oportuna motivación de la calificación jurídica dada a las pretensiones del interesado, en los términos previamente expresados, y resolver luego en consecuencia, es decir, confirmar o anular, según proceda, las actuaciones administrativas impugnadas y, seguidamente, resolver lo procedente sobre la pretensión indemnizatoria asimismo deducida. A tal efecto, se realizan las consideraciones que siguen.

**TERCERA.- Sobre la legalidad de los actos administrativos cuestionados.**

I. La alegada rescisión del contrato de servicios existente entre el Instituto y el reclamante.

Para dar adecuada respuesta a esta cuestión, debe comenzarse por destacar que el PCAP del contrato de servicios de cafetería del centro formalizado el 1 de octubre de 1999 con el reclamante establecía un plazo de duración de un año, pudiendo prorrogarse, incluso tácitamente, hasta un máximo de tres años, prórrogas incluidas. No cabe duda de que tal limitación debía ser conocida por las partes como parte integrante del contrato que les unía. Ello implicaba, pues, que, si el primer e inicial año escolar de servicios terminaba el 30 de junio de 2000 (estipulación 1ª de dicho contrato), la duración máxima legalmente posible del mismo era hasta el 30 de junio de 2002, en el que se cumplía el tercer año de servicios, prórrogas incluidas. Sin embargo, de los informes emitidos por el Director del centro y la documentación obrante en el expediente se desprende, en primer lugar, que el contrato se fue prorrogando tácitamente hasta el 30 de junio de 2003 (es decir, un año más de lo permitido por el PCAP). Después de tal primer periodo de prórrogas tácitas, se siguen actuaciones en las que ya hay documentadas actuaciones expresas por las partes para seguir prorrogando el contrato. Así, en el acta de la reunión del Consejo Escolar de 30 de junio de 2003 se hace constar la propuesta del Director de prorrogar el contrato por otro año más, a solicitud del adjudicatario, siendo así la nueva fecha de finalización del contrato el 30 de junio de 2004, lo que se aprueba. Al año siguiente se obra igual, pues en el acta de la reunión de dicho Consejo de 1 de julio de 2004 se hace constar la propuesta del Director de prorrogar el contrato por un año a solicitud del adjudicatario, con nueva fecha de finalización del contrato el 30 de junio de 2005, lo que también se aprueba. Estas dos prórrogas anuales, como la anterior que finalizó el 30 de junio de 2003, también resultaban contrarias a Derecho, pues asimismo se rebasaba el plazo máximo de tres años de duración del contrato previsto en su PCAP. No obstante, como señala la propuesta de resolución, a la que en este punto nos remitimos, no es preciso proceder a la revisión de oficio de tales actuaciones, por razones de economía procedimental.

El 29 de junio de 2005, sin embargo, se produce una actuación que va más allá de las prórrogas anuales que se habían producido hasta el momento, pues consta en el Acta del Consejo Escolar de tal fecha que el contratista manifiesta haber realizado obras de importancia en la cafetería, cuya amortización requiere de un plazo superior al año de prórroga que, hasta el momento, y en ejercicios sucesivos, estaba siendo acordado. En dicha acta no consta que el interesado solicitase un plazo de seis años de contrato, como alega en su reclamación posterior, sino sólo que necesita un plazo *“superior a un año”*. Ya no se trata, pues, de una de las prórrogas anuales que, aun en contra de la duración máxima prevista en el contrato, las partes habían estado concertando, sino de un verdadero nuevo contrato, basado en la inversión en las instalaciones a que se refería el interesado. Y a tal petición contesta el Director del centro, en el seno del Consejo Escolar, que accede a tal contratación, por un plazo de tres años, por ser el mismo que el de mandato del Director (que era el órgano de contratación), lo que resulta plenamente verosímil. Considerando todo lo anterior, debe concluirse en que en tal fecha de 29 de junio de 2005 se adjudicó al interesado un nuevo contrato del servicio de cafetería por un plazo de tres años, aun sin seguir las formalidades necesarias para su adjudicación. Por todo ello, la alegación del reclamante de que el plazo concertado con el Director fue de seis años, además de no tener soporte documental alguno (de ser cierto tal plazo, lo lógico es que el interesado hubiera requerido su plasmación escrita antes de realizar las inversiones en cuestión, si es que realmente pensaba que necesitaba de un plazo de seis años para amortizarlas), parece haber sido formulada en la reclamación sólo a la vista de que, una vez transcurrido el citado plazo de tres años y habiéndose presentado a la posterior nueva licitación del servicio, el interesado resultó no ser el nuevo adjudicatario, como pretendía. En este sentido, resultan inadmisibles sus alegaciones de que se presentó a esta nueva licitación (en vez de impugnarla, si realmente pensaba que tenía un contrato vigente hasta el 30 de junio de 2011 –los seis años alegados-) creyendo que, en esa nueva licitación, el Director *“cumpliría su compromiso”* (de adjudicarle el nuevo contrato, se entiende), pues tal alegación sugiere una predeterminación en el resultado de la nueva licitación que revestiría tintes penales en la actuación de dicho funcionario público. Cuestión distinta es lo que haya de decirse sobre el resultado de dicha nueva licitación y de las actuaciones subsiguientes, que después de abordarán.

A los efectos ahora analizados, de todo lo anterior se concluye que el 29 de junio de 2005, con la plasmación en el acta del Consejo Escolar de tal fecha de la decisión del Director de acceder a la solicitud de prestación del servicio por parte del interesado por un plazo superior a un año, se perfeccionó un nuevo contrato de servicios, por el referido plazo de tres años; contrato que estaba incurso, sin duda, en invalidez, por haberse prescindido del preceptivo nuevo procedimiento licitatorio, pero que surtió efectos durante dicho tiempo y que, como se dijo para las indebidas

prórrogas del contrato inicial, tampoco procede ahora revisar de oficio, por las mismas razones indicadas para aquellos casos.

Ahora bien, transcurrido el 30 de junio de 2008 el referido plazo de tres años, y finalizando en tal fecha el año escolar correspondiente, la decisión del centro de proceder a una nueva licitación del servicio para el curso siguiente, además de restablecer así para el futuro la legalidad en la adjudicación de este servicio, no implicó ninguna indebida rescisión o resolución del contrato del reclamante por deficiencias advertidas en su prestación, como alega éste, pues dicho contrato había quedado extinguido por el transcurso del plazo establecido, procediéndose luego a una licitación pública a la que el interesado se presentó, lo que implica de modo inequívoco su conocimiento de la decisión del centro de abrir un proceso selectivo, en el que en modo alguno podía garantizársele ser el adjudicatario. Aun así, y teniendo en cuenta que el 3 de septiembre (es decir, apenas comenzado el nuevo curso escolar) se decide declarar desierta esta licitación, es plenamente verosímil que el Director le comunicara al reclamante su voluntad de que prestara el servicio desde tal fecha hasta el 31 de diciembre de 2008, tiempo durante el que se procedería a una nueva licitación. Y ello aun cuando el reclamante no hubiera sido notificado en forma de la decisión de declarar desierta la licitación realizada, hecho que le permite impugnar tal determinación, pero que es independiente de la circunstancia de que su anterior contrato se hubiera extinguido por el transcurso de su plazo de tres años. Y todo ello, conviene destacarlo, después de haber disfrutado de la contratación irregular del servicio desde el 30 de junio de 2002 (última fecha legalmente admisible al efecto con arreglo al contrato suscrito en 1999, según ya se dijo) hasta el 29 de diciembre de 2008, por las razones anteriormente expresadas.

De todo ello se concluye que no puede aceptarse que el reclamante tenga derecho a indemnización por los costes de amortización de las inversiones realizadas en 2005 (amortizadas en todo caso hasta la citada fecha de diciembre de 2008 y algunas de ellas, relativas al mobiliario, compensadas incluso mediante su abono por el nuevo adjudicatario, según se deduce de las alegaciones y documentación aportada por el mismo reclamante). Y ello porque no puede aceptarse que existiera rescisión contractual alguna, en cuanto no se acredita que el plazo del contrato celebrado en 2005 fuera de seis años, sino de tres, plazo éste que es indiscutido que fue respetado por el centro, e incluso ampliado transitoriamente por cuatro meses más (y todo ello aun con posible concurrencia de las eventuales deficiencias en la prestación del servicio a que se refiere el Director en su primer informe, aspecto que es aquí irrelevante porque no justificaron la incoación de procedimiento alguno al respecto).

Por todo lo expuesto, debe concluirse que las inversiones realizadas por el interesado en 2005 lo fueron a su riesgo y ventura en lo que se refiere a la eventual y no garantizada prestación

del servicio por su parte después de los referidos tres años aceptados por el centro en tal fecha. Y es claro que el hecho de que el reclamante no resultara ser el nuevo adjudicatario tras los posteriores procesos licitatorios es una circunstancia distinta y desconectada causalmente de la reclamación en cuanto se basa en la existencia de un contrato vigente por seis años y su indebida rescisión. En consecuencia, procede desestimar la pretensión indemnizatoria en cuanto se basa en tal fundamentación.

II. La licitación realizada en julio de 2008 y la declaración de 2 de septiembre de 2008 de quedar desierta.

Cuestión distinta de lo anterior es que el reclamante pudiera tener derechos indemnizatorios en cuanto en sus escritos cuestiona la legalidad de los procesos licitatorios seguidos posteriormente. A este respecto, un eventual reconocimiento de su derecho a ser el adjudicatario del nuevo contrato (suscrito finalmente con otra persona, en principio, para el periodo del 1 de enero al 31 de diciembre de 2009, según se reflejó en el Antecedente Sexto), daría lugar al reconocimiento a su favor de una cantidad indemnizatoria equivalente al beneficio industrial que hubiera podido obtener por el referido año de servicios (con el límite máximo de la cantidad reclamada en su escrito de alegaciones, se entiende). Sin embargo, ello tampoco procede, por las circunstancias que se expresarán seguidamente.

A tal efecto, debe analizarse como presupuesto inicial la decisión del centro de declarar desierta la primera nueva licitación realizada. En este sentido, tal determinación se motiva en el hecho de que los dos licitadores admitidos (entre ellos el reclamante) no presentaron la documentación exigida por el PCAP que la regía. Dicha documentación, como señalamos en el Antecedente Sexto, se establecía en la cláusula 5 del PCAP, bajo la rúbrica "*documentación a presentar por los licitadores*", que incluía, entre otra documentación, la relativa a ocho aspectos o circunstancias relacionadas con la cualificación profesional de los licitadores y con las condiciones de prestación del servicio, deduciéndose que tales aspectos constituían los criterios para la valoración de las ofertas (folios 66 y 67 exp.). Además, el pliego establecía que las ofertas se debían presentar en un solo sobre, en el que se había de incluir la correspondiente proposición económica, conforme al modelo que, como Anexo II, se adjuntaba al pliego (f. 71 exp.), y a la que debía acompañarse la relación de documentos relacionados en la citada cláusula 5, relativos, entre otros aspectos puramente administrativos, a la titulación del licitador en el ramo de hostelería, experiencia profesional, lista de precios, recursos humanos y materiales afectos al servicio, actividades propias ofertadas y planes de trabajo para los horarios lectivo y no lectivo del centro; es decir, a los aspectos o criterios técnicos para la valoración de las ofertas.

A este respecto, el acuerdo de la Comisión de Cantina (del que formaba parte el Director del centro), en la medida en que explicitaba determinados criterios para la valoración de las ofertas (sustancialmente coincidentes, en parte, con los previstos en el PCAP) y se refería, entre otros, y de forma general, a *“la documentación aportada por los licitadores según consta en las bases”*, permite considerar que los criterios a seguir para la evaluación de las ofertas eran efectivamente los previstos en el PCAP, los cuales, se insiste, se vinculaban con unas determinadas circunstancias personales, materiales, de precios y de funcionamiento del servicio que debían plasmarse en la documentación a aportar por los licitadores unida a su proposición económica, integrando así su oferta. Y a tal efecto, aunque en el expediente remitido no obra la documentación entonces presentada por los licitadores, el reclamante no niega en sus alegaciones que no aportara la documentación prevista en el PCAP, como expresaba dicha Comisión, sino sólo que no se otorgara trámite de subsanación al efecto. El artículo 135.1, 2º párrafo, LCSP establece que *“el órgano de contratación no podrá declarar desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego”*, de lo que se concluye que cabe dicha declaración si las ofertas o proposiciones presentadas no cumplen con lo establecido en el pliego en orden a la documentación exigible, como no se ha cuestionado en el caso. En consecuencia, no cabe anular el referido acuerdo ni cabe considerar, en consecuencia, que el reclamante hubiera debido ser el adjudicatario en tal licitación, por lo que no puede reconocérsele indemnización alguna al respecto.

### III. La segunda licitación del contrato.

Por lo que se refiere a la segunda licitación del contrato y a su adjudicación, su impugnación se basa en que aquélla no se publicó en un diario, como sí se hizo con la primera, lo que implica la vulneración de los principios de publicidad, libre acceso y transparencia en materia de contratación administrativa; además, y en cuanto a la adjudicación realizada al x, el reclamante alega que contraviene el PCAP de la licitación, porque aquél carece de la experiencia requerida en dicho pliego, sugiriendo asimismo un cierto trato de favor en dicha adjudicación, en los términos indicados en el escrito final de alegaciones.

Sin embargo, no pueden admitirse tales imputaciones ni, en consecuencia, procede anular dicha licitación y adjudicación, pues, como se expresó en el Antecedente Sexto, el PCAP que la regía (el mismo que rigió la primera licitación a la que se presentó el reclamante), establecía en su cláusula 4 que se recabarían al menos ofertas de tres empresas (lo que apunta al procedimiento negociado, permitido para el caso por el artículo 158, e) en relación con el 162.1 LCSP), haciéndolo público en el tablón de anuncios del centro, lo que se cumplió, sin que el hecho de que la primera licitación se anunciara en un diario obligara a proceder de igual forma en esta segunda licitación

(cuando en el primer caso el centro tuvo que asumir los gastos de tal anuncio, según se dijo en su momento); y en dicha segunda licitación se presentaron siete ofertas, según informa el Director y no cuestiona el reclamante.

A partir, pues, de la validez del procedimiento seguido para la segunda licitación del contrato, el hecho de que el reclamante no se presentara al mismo le priva de legitimación para cuestionar la adjudicación posteriormente realizada y, obviamente, que pudiera tener derecho alguno a ser adjudicatario de dicho contrato. En consecuencia, y sin necesidad de realizar mayores consideraciones al respecto, el reclamante carece, también desde esta perspectiva, de cualquier eventual derecho indemnizatorio fundado en un hipotético derecho a prestar el servicio adjudicado.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- A la vista del contenido de los escritos presentados por el promotor del presente procedimiento, cabe concluir que en el fondo de los mismos se contiene una pretensión impugnatoria en relación con determinados actos administrativos adoptados por el centro público docente de referencia, pretensión que debe calificarse como propia de un recurso de reposición implícitamente interpuesto contra los mismos, que debe resolver el Consejero consultante, previa (y acumuladamente) a la resolución de la pretensión indemnizatoria expresamente formulada en dichos escritos, en los términos y por las razones indicadas en la Consideración Segunda del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- Procede desestimar las impugnaciones realizadas por el reclamante respecto de las actuaciones administrativas cuestionadas en sus escritos presentados en este procedimiento, confirmando los referidos actos administrativos. En consecuencia con ello, procede desestimar igualmente la pretensión indemnizatoria deducida. Todo ello en los términos y por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**TERCERA.**- Conforme con lo anterior, se debe formular una nueva propuesta de resolución en la que, con reseña de los Antecedentes recogidos en el presente Dictamen, se incorpore, aun en síntesis, lo expresado en sus Consideraciones Segunda y Tercera. Sin perjuicio de ello, la desestimación de la pretensión indemnizatoria del interesado, que se contiene en la parte dispositiva de la propuesta de resolución dictaminada, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 90-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x. en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	27/04/2011

**Extracto doctrina**

Es abundante la doctrina sentada por el Consejo Jurídico que, reiteradamente, ha propugnado la ausencia de relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, y no por falta de vigilancia exigida al profesorado, (Dictamen 8/2003).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 16 de noviembre de 2010, el director del CEIP “Ntra. Sra. De la Consolación”, de Molina de Segura, emitió un informe de accidente escolar en el que se narraba que el alumno x, de 5º curso de educación primaria, había sufrido la rotura de sus gafas al no conseguir, durante la clase de Educación Física, atrapar un balón pasado por un compañero y golpearle éste en las gafas, las cuales cayeron posteriormente al suelo produciendo el citado desenlace, y sin que dicho alumno precisara asistencia médica.

Ese mismo día, la madre del menor interpuso reclamación de daños y perjuicios por accidente escolar, solicitando declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración Educativa, mediante una indemnización en la cantidad de 169,00 €, correspondiente al importe de las gafas, que acredita con la pertinente factura. Relata brevemente que su hijo recibió un balonazo por parte de un compañero mientras hacían gimnasia, que le ocasionó la rotura de dichas gafas.

**SEGUNDO.-** El 29 de noviembre de 2010, el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo acordó admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora para dicho procedimiento, siendo notificada esta resolución a la interesada el 28 de diciembre de ese mismo año.

**TERCERO.-** El 30 de noviembre de 2010 se solicitó al Director del centro un informe sobre las circunstancias del accidente, recibiendo contestación al mismo el 20 de diciembre de ese mismo año, y en el que se expone, según el propio profesor de Educación Física presente en el incidente, que “*El día 28 de octubre de 2010, durante una clase de Educación Física el alumno x*

*(...) estaba emparejado con un compañero en una posta del circuito de habilidades referida a lanzamientos y recepciones; en un momento de la actividad, la pelota le golpeó en la cara, no fue un lanzamiento violento ni fue intencionadamente agresiva la acción del compañero, de hecho x no recibió nada más que un impacto de la pelota sin ninguna otra lesión. La mala suerte fue que las gafas cayeron al suelo rompiéndose por la parte de la montura. Éstas no tengo muy claro si se rompieron por la acción de la pelota o por la caída al suelo, aunque me inclino por la segunda suposición, puesto que la pelota no portaba la suficiente velocidad como para fracturarse por impacto directo (...). Los alumnos en ningún momento mostraron ninguna intencionalidad, y seguían debidamente mis instrucciones. La actividad estaba programada y temporalizada (...), el material empleado son balones perfectamente homologados para clases de Educación Física en Primaria”.*

**CUARTO.-** El 28 de enero de 2011 se notificó a la interesada la apertura del trámite de audiencia, sin que conste haber ejercitado ese derecho.

**QUINTO.-** El 25 de febrero de 2011 se formuló propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, no acreditada la existencia de nexo causal entre el daño sufrido por x y el funcionamiento del servicio público educativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

La acción ha sido ejercitada por la representante legal del menor que ha sufrido el daño por el que se reclama. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación, Formación y Empleo competente para resolver el

presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro en el que ocurrió el accidente.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse la conformidad de este Consejo Jurídico con la propuesta de resolución que las concluye, al no advertir que concurran en el accidente sufrido por el alumno todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada.

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, aquéllos tienen el derecho a que la Administración les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, el Consejo Jurídico habrá de destacar, al igual que ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y 27 de mayo de 1999). Por su parte, el Consejo de Estado, en reiterados Dictámenes, entre los

que podemos citar el número 229/2001, mantiene también que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996). Dicho Órgano resuelve en el mismo sentido las pretensiones de indemnización formuladas por daños a la Administración en supuestos de “actividades programadas y ordenadas” que no exijan una mayor vigilancia por parte de los pertinentes profesores (Dictamen 2099/2000).

Asimismo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que “durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”. También es abundante la doctrina sentada por el Consejo Jurídico que, reiteradamente, ha propugnado la ausencia de relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, y no por falta de vigilancia exigida al profesorado, (Dictamen 8/2003).

En el asunto consultado puede afirmarse que ese grado de diligencia no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas, dado que el accidente se produjo durante una clase de Educación Física, temporizada y programada, con el material homologado, y de forma involuntaria y sin ninguna intencionalidad, estando los alumnos convenientemente vigilados. La reclamante no ha alegado la concurrencia de circunstancias determinantes de riesgo, peligro, negligencia o mal estado de las instalaciones, que hubieran podido causar el daño o la conexión con el servicio público educativo que es necesaria para estimar la pretensión indemnizatoria formulada.

Para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular. En el procedimiento objeto de la consulta, si bien es cierto que el daño existe, se acredita y, además, se produce con ocasión de prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo impiden que tales hechos desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

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

## **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria en cuanto no aprecia relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio público.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 91-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)
<b>Fecha</b>	27/04/2011

**Extracto doctrina**

La instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial objeto del presente Dictamen, a pesar de invertir en su tramitación casi 4 años, no ha conseguido desvelar ciertas incógnitas, cuya averiguación deviene necesaria en orden a garantizar el acierto de la resolución que le ponga fin.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 20 de marzo de 2007, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transporte, por los daños que dice haber padecido en un vehículo de su propiedad como consecuencia del anormal funcionamiento de los servicios públicos.

Según el reclamante, sobre las 5,30 horas del 27 de enero de 2007, circulaba con su automóvil por la carretera de Guadalupe, entre la Gasolinera y la UCAM, cuando su vehículo se sumergió en un gran charco de agua existente en el badén de la carretera. Dada la gran cantidad de agua existente, el vehículo se quedó totalmente parado, siéndole imposible ponerlo nuevamente en funcionamiento.

Personados los bomberos de Murcia, intentaron poner en marcha de nuevo el vehículo, lo que no consiguieron. Además, como consecuencia de esta maniobra, se introdujo agua en el motor, según informe del taller de reparación, que no aporta.

Los desperfectos sufridos en el coche ascienden a 4.761,94 euros, cifra que se reclama como indemnización, previa actualización a la fecha de la reclamación.

El escrito inicial del interesado no se acompaña de documentación alguna, solicitando aquél que se recabe del Cuerpo de Bomberos informe sobre su actuación y que facilite los datos de los

otros vehículos (cuatro o cinco) siniestrados a causa del mismo hecho, y que se encontraban parados en el mismo lugar.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, se requiere al interesado para que subsane y mejore su solicitud, aportando diversa documentación acreditativa que se le enumera y precisando diversos extremos que quedan oscuros en su escrito inicial.

Dentro del plazo establecido al efecto, el interesado aporta la siguiente documentación:

- Fotocopia del DNI del reclamante.
- Declaración jurada de no haber recibido indemnización alguna ni estar tramitando reclamación por los mismos hechos.
- Tasación pericial de los daños, efectuada por la compañía aseguradora del vehículo.
- Factura de reparación por importe de 4.761,94 euros.
- Certificado bancario de titularidad de cuenta.
- Permiso de circulación del vehículo, expedido a nombre del reclamante.
- Certificado de características técnicas del vehículo y Tarjeta de Inspección Técnica de Vehículos.
- Permiso de conducir del interesado.
- Certificado de correduría de seguros, según el cual el seguro del vehículo está en vigor a la fecha del accidente. Se adjunta, además, recibo acreditativo del pago de la prima y condiciones de la póliza (cobertura de daños a tercero combinado, sin cobertura de daños propios).
- Factura de la grúa que retiró el vehículo del lugar del siniestro.
- Reportaje fotográfico del lugar de los hechos.

**TERCERO.-** Solicitado, el 24 de abril de 2007, el preceptivo informe de la Dirección General de Carreteras, se emite el 4 de marzo de 2008, indicando que se desconoce la realidad del evento

lesivo y que no se puede informar sobre el siniestro, ya que con los datos obrantes en el expediente *“no queda acreditado por los documentos aportados que el siniestro se produjese en esa vía y en el día y hora reseñados”*.

**CUARTO.-** Solicitada al Servicio de Extinción de Incendios y de Salvamentos del Ayuntamiento de Murcia la remisión de las diligencias instruidas en relación al siniestro, se contesta por el referido servicio municipal que *“con fecha 27 de enero de 2007, sobre las 5.48 horas, se recibe aviso de la Policía Local comunicando la existencia de un vehículo atrapado por inundación de agua de la vía pública en Avda. Los Jerónimos de Guadalupe (Murcia). Trasladado el Servicio, y a nuestra llegada, procedemos a sacar a la conductora del interior de su vehículo, un SEAT Toledo con matrícula --, trasladando a continuación el automóvil fuera de la calzada ya que con posterioridad podría originar un peligro a la circulación”*.

**QUINTO.-** Conferido trámite de audiencia al reclamante el 17 de julio de 2008, no consta que éste hiciera uso del mismo.

**SEXTO.-** Con fecha 1 de diciembre de 2009, por la instrucción se recaba nuevo informe de la Dirección General de Carreteras, acompañando el del Servicio de Extinción de Incendios y de Salvamentos.

El 20 de enero de 2010 se emite el informe solicitado, que realiza las siguientes consideraciones:

*“1. El tramo de carretera citado se encuentra con alumbrado público suficiente para advertir a la conductora de la existencia de un charco de agua provocado por la reciente lluvia y a la detención de varios vehículos que no cruzaron el punto anegado circunstancialmente y que se encontraban al borde de la carretera.*

*2. En el tramo de carretera citado se suele producir un enlagueamiento puntual durante ocurrencia de una lluvia torrencial y algunas horas después debido a la interrupción de un paso de badén cuyo desagüe ha sido interrumpido hacia el predio receptor de las aguas pluviales generadas en el margen superior de la citada carretera a causa del cierre del punto de evacuación.*

*3. En relación con los daños alegados por el reclamante y su afirmación de que la actuación de los bomberos al intentar poner el vehículo en marcha, produjo daños de mayor envergadura en el motor del vehículo, debe remitirse esta información al Parque Regional de Carreteras para que*

*sus técnicos puedan emitir un informe sobre la implicación del Cuerpo de Bomberos por la actuación referida”.*

**SÉPTIMO.-** El 25 de junio de 2010 se confiere nuevo trámite de audiencia al interesado, del que tampoco hace uso al no constar que haya presentado alegación o justificación adicional alguna.

**OCTAVO.-** Con fecha 10 de enero de 2011, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar la instrucción que fue la imprudencia del reclamante al intentar cruzar el agua acumulada la que causó el daño, rompiendo con su intervención el nexo causal entre aquél y el funcionamiento del servicio público, por lo que no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 17 de enero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

La reclamación ha sido interpuesta por quien goza de legitimación activa para ello, en tanto que propietario del vehículo, ha sufrido un perjuicio patrimonial como consecuencia del percance, lo que le confiere la condición de interesado (artículos 31.1 y 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y artículo 4.1 RRP), viniendo pues legitimado para reclamar la

indemnización de aquellos daños. En cuanto a la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través de la Consejería consultante, en virtud de su condición de titular de la carretera donde se produce el siniestro, según se desprende del informe de la Dirección General de Carreteras, a cuyas defectuosas condiciones de conservación se imputa el daño.

La reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 142.5 LPAC y 4.2 RRP.

**TERCERA.- De la insuficiente instrucción del procedimiento.**

La instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial objeto del presente Dictamen, a pesar de invertir en su tramitación casi 4 años, no ha conseguido desvelar ciertas incógnitas, cuya averiguación deviene necesaria en orden a garantizar el acierto de la resolución que le ponga fin. Asimismo, se aprecia una omisión de determinados trámites, preceptivos unos y muy convenientes otros, conforme se expresa a continuación:

1. Para el interesado, si bien la causa del accidente radica en un inadecuado mantenimiento de las vías públicas, que permite el embalsamiento de grandes cantidades de agua en las mismas con el consiguiente peligro para la circulación rodada, apunta, como circunstancia agravante de los daños causados, la intervención del Servicio de Extinción de Incendios y de Salvamentos del Ayuntamiento de Murcia.

Como de forma constante viene afirmando este Consejo Jurídico y conoce la Consejería consultante, cuando de la instrucción del procedimiento resulte la posible concurrencia de una Administración Pública diferente de la regional en la generación del daño, resulta preceptivo (artículo 11.1 RRP) otorgarle un trámite de audiencia para que manifieste lo que a su interés convenga, toda vez que a resultas de la reclamación formulada podría derivársele parte de la responsabilidad, ora a modo de concausante del daño, ora mediante la oportuna vía de regreso (por todos, Dictámenes 26/1999 y 165/2009).

No consta en el expediente que se haya dado traslado de la reclamación a la Entidad Local, con indicación de la posibilidad de formular alegaciones, pues la solicitud de informe a uno de sus servicios a efectos de mera acreditación de los hechos no es suficiente a tal efecto.

Procede, en consecuencia, que se confiera trámite de audiencia al Ayuntamiento de Murcia.

2. En el segundo informe de la Dirección General de Carreteras, se afirma que la causa de la gran acumulación de agua que se produce en el lugar del siniestro es *“la interrupción de un paso de badén cuyo desagüe ha sido interrumpido hacia el predio receptor de las aguas pluviales generadas en el margen superior de la citada carretera a causa del cierre del punto de evacuación”*. No especifica, sin embargo, a qué se debe la interrupción del desagüe, si al encintado con aceras de los márgenes de la vía que se aprecia en las fotografías obrantes en el expediente, si a la acumulación de materiales de arrastre en el punto de evacuación, etc.

La determinación de estas circunstancias debería permitir, a su vez, establecer quién causó, por acción u omisión, la indicada interrupción del desagüe. En consecuencia, procede que se realicen las averiguaciones necesarias en orden a conocer a quién resulta imputable el cierre del punto de evacuación de las aguas: a la Administración regional por el defectuoso mantenimiento del desagüe, a la entidad que llevara a efecto la construcción de las aceras, al contratista encargado de su realización material, etc.

Del mismo modo, una vez efectuada tal determinación, en el supuesto de ser una persona pública o privada diferente a la Administración regional, habrá de conferírsele trámite de audiencia.

3. No consta que se haya solicitado el informe del Parque de Maquinaria acerca de la valoración de los daños padecidos por el vehículo y su mecanismo de producción, singularmente, acerca de la eventual agravación del daño por la acción de intentar arrancar el motor del vehículo semisumergido en el agua, que el interesado imputa a los bomberos.

Del mismo modo, atendido el modelo del vehículo y su antigüedad (5 años), sería conveniente conocer su valor venal a la fecha del accidente, pues podría ser inferior al importe reclamado.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Procede que por el órgano instructor se complete la instrucción del procedimiento en los términos indicados en la Consideración Tercera de este Dictamen, tras lo cual habrá de formular nueva propuesta de resolución y deberá remitirse de nuevo el expediente al Consejo Jurídico para emisión de Dictamen sobre el fondo.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 92-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una yegua durante su estancia en el "--" de Lorca.

**Consultante** Consejero de Agricultura y Agua (2004)

**Fecha** 06/05/2011

**Extracto doctrina**

1. Ha de advertirse acerca de la escasa argumentación jurídica que sostiene la propuesta de resolución, la cual, en contra de lo anunciado en su Fundamento Jurídico segundo, letra b), no realiza el necesario análisis de la relación causal, siendo asimismo insuficiente respecto de la antijuridicidad del daño.

2. Atendida la ausencia de una mínima prueba por parte del reclamante acerca de la existencia de elementos de riesgo en la cuadra que excedan de los aceptados como ordinarios, o de la inadecuación o falta de seguridad de las instalaciones para la estabulación de caballos, no puede imputarse el daño a la Administración, sino a la propia conducta de la yegua que se autolesiona, lo que a su vez impide considerar el daño como antijurídico.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 23 de junio de 2010, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que dice haber sufrido una yegua de su propiedad, durante la estancia del animal en el Centro de Inseminación Artificial Equina, dependiente de la Consejería de Agricultura y Agua de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Relata el reclamante que, el 4 de junio de 2009, trasladó a la yegua al indicado centro para su inseminación, quedando a cargo del personal del mismo. Cuando pasa a recogerla, el 23 de junio, el animal presentaba una herida en la pata derecha trasera, de la que cojeaba, siendo preciso someterla a tratamiento veterinario y farmacológico, tardando la herida tres meses en cicatrizar, no pudiendo realizar actividad económica ni recreativa alguna e impidiendo su uso por el propietario.

Se valora el daño en 3.732,53 euros, en concepto de 93 días de imposibilidad de uso del animal, gastos veterinarios y farmacológicos.

La reclamación se acompaña de diversa documentación acreditativa de la estancia de la yegua en el Centro, facturas acreditativas de los gastos sanitarios (por importe de 349,36 euros) y farmacológicos (697,33 euros) e informe veterinario, según el cual:

*“la yegua presenta una herida de pequeña dimensión (a primera vista = 2 cm de diámetro) en la parte ventral de la articulación del tarso (corvejón en su parte delantera).*

*Tras una exploración más precisa, la herida es inciso contusa con una profundidad de otros dos cm, introduciéndose hacia la articulación, sin comprometer ésta, interesando fundamentalmente a piel y tejido subcutáneo. Presentando contaminación bacteriana en la región. La herida no ha sido previamente suturada in situ, por lo que opto por una cicatrización por segunda intención a base de los fármacos que posteriormente anexiono (sic). La herida, por la zona tan comprometida, presenta un pronóstico reservado para su futura vida deportiva.*

*La herida en la fase aguda se encontraba con un acúmulo de material purulento el cual tras las curas evolucionó con degeneración del tejido necrosado, fistulización y posterior cicatrización.*

*En la fase aguda, es decir, en la formación del absceso, la yegua presentaba dolor en la zona, sin fiebre, y fuerte inflamación que comprometía toda la articulación del tarso, mitad de la caña y llegando hasta la región de la babilla, dando lugar a una fuerte cojera de dicha extremidad.*

*La presencia de una tumoración de aspecto inflamatorio rojizo y caliente en todo el margen de la herida se mantuvo durante dos meses (tejido de granulación)”.*

Tras describir el tratamiento pautado sobre la herida, el informe finaliza como sigue: *“la yegua tardó 3 meses en la cicatrización completa de la herida. Quedando una cicatriz en la zona afectada. Al ganadero se le cobró en concepto de servicios veterinarios la cantidad de 350 euros, incluyendo en este precio el desplazamiento, la mano de obra, tranquilización y analgesia en las primeras curas, los vendajes de las curas realizadas por mí, el suero antitetánico aplicado y las tres primeras inyecciones de 10 cm<sup>3</sup> de Fynadine. El resto de productos usados fueron comprados por el ganadero”.*

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, se designa instructor que, como primera actuación, recaba el preceptivo informe del servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño.

El referido informe se emite el 29 de junio de 2010, por el Director Técnico de Ganadería del Centro Integrado de Formación y Experiencias Agrarias (CIFEA) de Lorca, que es del siguiente tenor literal:

*“La Yegua "x", como afirma su propietario, abandonó la Parada de Sementales el 23/06/09, presentando una lesión superficial en la pata trasera derecha. Dicha herida en el momento de abandonar la Parada no hacía que la yegua cojera ni presentara dolor, pues me metí en la cuadra y sin sujetar la yegua por nadie le toqué la pata y la herida, sin que el animal se protegiera ni intentara cocearme, como tendría que haber ocurrido si le doliera la misma.*

*Según el Informe Veterinario, ésta no fue visitada por el Facultativo hasta el día 25 de junio, con lo que no podemos saber si la herida era la misma originariamente, se agravó en el transporte o por algún golpe posterior, pues en la cuadra no se apreció ninguna herida inciso-contusa como refleja el Informe, sino sólo abrasiones producidas por el roce de la yegua en la cuadra.*

*La herida de la yegua se produjo en la cuadra durante la noche del día anterior a su salida (22/06/09), pues la yegua dio una patada a la parte superior de la reja y se debió quedar colgando por el corvejón, teniendo mucha suerte que no se rompiera la pata. En ningún caso, la herida de la yegua ha sido producida por el mal manejo, imprudencia o falta de cuidado por parte del personal de este Centro de Inseminación, por el cual pasan todos los años más de 150 yeguas, no habiendo nunca ningún percance ni reclamación, porque el trato que se dispensa a los animales es exquisito, como no podría ser de otra forma.*

*Dicho esto hago constar que diariamente se verifica el estado general de los animales de la Parada a las 08:00h, por si hubiera algún contratiempo avisar a los propietarios para que se persone su veterinario y revise el animal en cuestión (en la Parada no se hace ningún tratamiento a los animales, sólo a los sementales que están a nuestro cargo, como me consta que no se avisó al propietario pues la herida que se le apreciaba al animal en ese momento no era importante (sólo eran abrasiones provocadas por el roce con la cuadra) pienso pudo haber un mal manejo posterior hasta que se personó el facultativo, agravando en consecuencia la herida.*

*También quiero hacer constar que en cualquier momento que se deposita una yegua en la Parada se le hace saber al propietario que "el personal de la parada no es responsable de ningún daño que pueda sufrir el animal durante la estancia, cubrición, inseminación o como consecuencia de ésta", debiendo acompañar el propietario siempre a la yegua en esos momentos.*

*Esto, aparte de decírselo al propietario, está puesto en el Tablón de Anuncios, que está en la Cuadra de los Animales, junto con la fotocopia del BOE, en la que se reflejan las tasas a percibir por el Fondo de Explotación de Cría Caballar, como canon de cubrición de los sementales de su propiedad.*

*La yegua fue llevada a la parada por un transportista al que se comunicó lo de la responsabilidad del personal (siempre se hace), aunque como el transportista "es cliente" habitual de la parada, ya lo sabía, permaneciendo la yegua en la misma aproximadamente 20 días, sin que el dueño se personase en la Parada.*

*El problema viene ocasionado porque los propietarios llevan a la Parada animales sin domar prácticamente, algunos incluso ni encabestrados, y no soportan estar encerrados en su cuadra individual y con animales que no conocen a su alrededor, dando patadas a los laterales de la cuadra y, aunque es el primer percance que ocurre en la Parada, es sólo achacable al animal, y al mal manejo que tiene.*

*Para terminar, decir que hubo que reparar la reja de la cuadra pues quedo muy deteriorada y no se le pasó factura al propietario de la yegua, pues, como también está reflejado en el Tablón de Anuncios, "el propietario de un animal es responsable de los daños que ocasione". Este año 2010 un animal arrancó de la pared un bebedero y el dueño lo repuso, sin poner en duda la profesionalidad ni la honorabilidad del personal de la Parada, como sí ocurrió con el denunciante, que increpó de forma airada y faltó al respeto al personal de la misma".*

**TERCERO.-** Con fecha 4 de octubre de 2010, el instructor acuerda abrir el período de prueba y practicar la testifical del Director Técnico de Ganadería del CIFEA de Lorca, de dos funcionarios del centro, del transportista del animal y de dos ganaderos que habitualmente usan de las instalaciones del centro. Asimismo se acuerda interrogar al reclamante.

**CUARTO.-** El resultado de las indicadas pruebas, en síntesis, es el que a continuación se expresa:

- Interrogatorio del reclamante. Ante la descripción del estado de la pata de la yegua que el Director Técnico del CIFEA realiza en su informe, el reclamante manifiesta que el animal presentaba hinchazón e inflamación en la pierna muy importante. La herida estaba llena de paja y suciedad y al limpiarla apareció una herida de unos 20 cm (sic) aproximadamente. Esta herida ya la tenía el animal al abandonar el centro. Era la primera vez que llevaba una yegua a la parada.

- Testimonio del transportista. Notó que al abandonar el animal la Parada, cojeaba y presentaba herida, sin poder precisar la importancia de las mismas. En el transporte la yegua no sufrió ningún daño.

- Testimonio de los ganaderos. Afirman conocer el cartel de exoneración de responsabilidad de la Administración por los daños que puedan sufrir los animales en el centro y que sus caballos nunca han sufrido daños allí.

- El Director Técnico de Ganadería del CIFEA se ratifica en el informe transcrito en el Antecedente Segundo de este Dictamen.

- Declaración de los funcionarios del CIFEA. Afirman que la yegua antes de abandonar la Parada sólo presentaba una rozadura externa, que fue limpiada y curada por ellos, con agua oxigenada y yodo.

**QUINTO.-** Conferido trámite de audiencia, presenta el reclamante escrito de alegaciones en el que pone de manifiesto las contradicciones e incoherencias en que, a su parecer, incurre el Director Técnico de Ganadería del CIFEA. Afirma que el personal del centro no se había percatado de la herida y que tuvo que advertirlo él mismo. También insiste en que, en contra de lo manifestado por el personal del centro, la yegua sí cojeaba y presentaba herida, como confirma el testimonio del transportista.

Niega, asimismo, eficacia exoneratoria de responsabilidad al aviso que en tal sentido existe en las instalaciones.

Finalmente, señala que las cavillas de hierro de la cuadra en la que se encontraba estaban dobladas, presentando una anchura entre ellas que posibilitaba que el caballo pudiera meter la pata y lesionarse, de donde infiere que las instalaciones no reúnen los requisitos suficientes de seguridad para los animales, al no prevenir esta eventualidad con la instalación de otro sistema de cuadra que imposibilite que esto pueda ocurrir.

**SEXTO.-** El 16 de noviembre de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no ha podido acreditarse el alcance de la herida que presentaba el animal al abandonar la parada, dadas las versiones contradictorias existentes entre los testigos y el tiempo (dos días) transcurrido entre la salida del centro y el reconocimiento veterinario, lo que posibilita que la herida se produjera durante el transporte.

Se afirma, asimismo, que el propietario tiene el deber jurídico de soportar los daños sufridos por el animal, pues, como avisa el anuncio expuesto en las instalaciones, el personal de la Parada no es responsable de los daños que puedan sufrir los animales durante su estancia en el centro. En consecuencia, cuando los ganaderos depositan sus animales en el centro, asumen el riesgo que supone que algún animal se pueda dañar.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 26 de noviembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. La legitimación activa corresponde al reclamante en su calidad de propietario del animal herido, toda vez que es quien soporta en su patrimonio el coste de sanación del animal y quien sufre el perjuicio de no poder disfrutar de su monta durante el tiempo de curación de la herida, lo que determina una afectación de sus bienes y derechos que le legitima para reclamar su reparación conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

La legitimación pasiva, por su parte, reside en la Administración regional a través de la Consejería de Agricultura y Agua, titular del servicio público de ganadería a cuyo funcionamiento se imputa el daño, y del centro donde el animal resultó herido.

2. La reclamación ha sido formulada el 23 de junio de 2010, dentro del plazo anual que, para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 LPAC, toda vez que los daños por los que se reclama acaecieron el 23 de junio de 2009 y se extendieron durante, al menos, tres meses después, hasta la curación de la yegua, momento en que el perjuicio del interesado quedó plenamente establecido.

3. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el previsto en las normas reguladoras de este tipo de reclamaciones, sin que se aprecien carencias esenciales, al constar el informe preceptivo del servicio al que se imputa el daño y el trámite de audiencia a los interesados.

Ello no obstante, ha de advertirse acerca de la escasa argumentación jurídica que sostiene la propuesta de resolución, la cual, en contra de lo anunciado en su Fundamento Jurídico segundo, letra b), no realiza el necesario análisis de la relación causal, siendo asimismo insuficiente respecto de la antijuridicidad del daño, pues se limita a esgrimir un anuncio de exoneración de responsabilidad expuesto en el centro, cuya eficacia jurídica, como bien alega el reclamante, queda condicionada a que no concurran los requisitos establecidos en el ordenamiento para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial. No habiéndose analizado dos de estos requisitos esenciales (nexo causal y antijuridicidad del daño) e ignorando, además, las alegaciones del actor formuladas en el trámite de audiencia, que introducen cuestiones relevantes en el procedimiento, como la falta de seguridad de las instalaciones, que no han merecido la atención del instructor, la propuesta de resolución es claramente deficiente.

No se acompaña a la consulta el preceptivo extracto de secretaría, que exige el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril. Esta omisión se viene constatando de forma reiterada en las consultas procedentes de la Consejería de Agricultura y Agua, a pesar de las advertencias efectuadas en anteriores Dictámenes (por todos, 120 y 138 del 2010).

**TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Concurrencia.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.

3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.

4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

5) Ausencia de fuerza mayor.

La cuestión fundamental que ha de abordarse en el presente Dictamen es la relativa a la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y los daños que el reclamante alega haber sufrido, lo que exige examinar la medida en que el daño cuya reparación se pide sea imputable precisamente al servicio público.

Para ello es necesario acudir al expediente y fijar qué hechos pueden considerarse probados y cuáles no. Así, está aceptado por el reclamante y por el órgano instructor que la yegua, depositada en el centro dependiente de la Comunidad Autónoma para su cubrición, se autolesiona mientras se encuentra estabulada durante la última noche de su permanencia en el centro. Al acudir el propietario del animal a recogerla, advierte que presenta una herida en la pata trasera, herida que es asimismo apreciada por la persona que iba a trasladar al equino a la finca de origen y por personal del centro.

Hasta aquí los hechos que se pueden considerar probados, pues en relación al mecanismo de producción del daño y a la gravedad o alcance de la herida, no hay acuerdo.

En cualquier caso, no imputándose el daño a un inadecuado manejo del animal por el personal dependiente del centro de mejora caballar, el título de imputación al servicio público viene determinado por las instalaciones del centro. Conviene recordar que cuando el elemento real en el que se produce el daño está dedicado o afecto a un servicio público, no cabe considerar dicho elemento ajeno al servicio. Así, indicamos en nuestro Dictamen 153/2004: *“lo que distingue la actividad administrativa en el sentido de los servicios públicos a los que se refiere la ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no es que sus elementos instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la Administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (satisfacción de los intereses generales), el carácter con que lo hace (de modo continuo o regular),*

*los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico) y las prerrogativas inherentes a la específica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del derecho público. Los elementos personales o reales que se integran en la actividad administrativa no deben ser diferentes de los necesarios para el desarrollo de cualquier actividad humana útil o productiva, pues su característica radica en la afección teleológica o instrumental al servicio”.*

Precisamente a elementos integrantes de tales instalaciones imputa el interesado el daño sufrido por su yegua, cuando señala que las cabillas de hierro de la cuadra se encontraban dobladas, presentando una anchura tal entre ellas que era posible que la yegua metiera la pata y se lesionase, de donde deduce que las instalaciones no reúnen condiciones de seguridad para los animales.

Esta alegación, sin embargo, no puede ser acogida. En primer lugar, no aparece respaldada por una mínima prueba de la existencia de tales elementos en la cuadra en la que se encontraba la yegua, lo cual, si bien podría haber sido fácilmente suplido por una instrucción diligente que hubiera recabado del centro la constatación de tal extremo, ha de ir en contra de aquella parte a quien le corresponde la carga de su prueba, conforme a lo establecido en el artículo 217 LEC, el reclamante, quien, por su parte, podía haber solicitado tal prueba al instructor, lo que no hizo. Del mismo modo, sería preciso probar que tales elementos, por sus características y ubicación, resultan objetivamente peligrosos para los animales.

Pero, además, debe recordarse que la prueba del nexo de causalidad entre la conducta del agente y la producción del daño corresponde al reclamante, sin que sean admisibles las simples conjeturas que induzcan a pensar en una posible interrelación de los acontecimientos que pueden concurrir en la producción de un resultado dañoso. Es evidente que las circunstancias en que se produce el daño, estando el animal sólo en la cuadra, dificultan la aportación de una prueba de absoluta certeza acerca del mecanismo de producción del perjuicio, si bien no puede aceptarse sin más la mera hipótesis planteada por el interesado cuando en el expediente consta otra explicación acerca de la forma de producción del daño, que es la ofrecida por el Director Técnico de Ganadería del CIFEA, según el cual la yegua dio una patada a la parte superior de la reja y debió de quedar colgando del corvejón, lugar en el que se produjo la herida. Afirma, asimismo, que hubo que reparar la reja de la cuadra, que quedó muy deteriorada.

Ha de advertirse, asimismo que, como señala el Consejo de Estado en Dictamen 1267/2003, en un supuesto de reclamación de responsabilidad patrimonial por la muerte de una yegua durante su estancia en un centro de cría caballar, *“la mera circunstancia de que la muerte*

*del animal se haya producido en dicho Centro, adscrito al Ministerio de Defensa, no resulta suficiente para imputar a la Administración el daño sufrido”, señalando en otros casos similares que “el interesado, que voluntariamente solicitó la inseminación artificial de su yegua por los Servicios de Cría Caballar y Remonta, tenía el deber jurídico de soportar los riesgos normales derivados de la prestación de este servicio” (Dictamen 1743/1999), siempre que no concurren elementos o factores que permitan imputar el daño a la Administración, como una falta de diligencia en el cuidado del animal.*

En consecuencia, atendida la ausencia de una mínima prueba por parte del reclamante acerca de la existencia de elementos de riesgo en la cuadra que excedan de los aceptados como ordinarios, o de la inadecuación o falta de seguridad de las instalaciones para la estabulación de caballos, no puede imputarse el daño a la Administración, sino a la propia conducta de la yegua que se autolesiona, lo que a su vez impide considerar el daño como antijurídico. Y ello no, como afirma la propuesta de resolución, porque exista un anuncio general de exoneración de responsabilidad expuesto en las instalaciones, sino en atención al deber jurídico del propietario del animal de soportar los daños sufridos, derivados de la propia conducta de la yegua, cuando no concurren factores ajenos que incidan en la producción del perjuicio, lo que impide imputarlo a un tercero o a la propia Administración.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en cuanto que no aprecia la concurrencia de los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial, si bien debería adecuar su argumentación a la contenida en este Dictamen, singularmente en su Consideración Tercera.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 93-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 03/05/2011

**Extracto doctrina**

Ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta debe resolver respondiendo directamente de los daños causados por el concesionario o contratista, sin perjuicio de la acción de regreso que debe ejercitar contra aquéllos a fin de determinar el grado de responsabilidad que les pueda alcanzar por los hechos.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 18 de mayo de 2005 x presenta ante el Servicio de Atención al Paciente del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia (HUMM), una reclamación en la que refiere que el día 3 de mayo de 2005, cuando atravesaba la puerta de dicho Hospital para sustituir a su hijo que estaba cuidando a su esposa, que se encontraba ingresada en el citado Hospital, fue sorprendido por unas personas que estaban de huelga y habían arrojado huevos, naranjas y otros objetos al suelo. Aunque fue con cuidado no pudo evitar pisar uno de esos objetos, resbalando, cayendo al suelo y produciéndose una serie de lesiones, de las que fue atendido en el servicio de urgencias del citado centro hospitalario. Indica que no pensaba presentar reclamación alguna, pero dado que han transcurrido varios días y no mejora de los dolores que sufre en la columna, ha decidido cursar dicha reclamación.

**SEGUNDO.-** Presentada la reclamación en el mismo Hospital, al remitirla al Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud (SMS), el Director Gerente del HUMM indica lo siguiente:

*“Este Hospital así como sus trabajadores y usuarios del centro, han sufrido las consecuencias de la huelga mantenida durante los días 3 a 10 de mayo por los trabajadores de la empresa de limpieza, haciéndose especialmente evidente en las zonas de acceso al Hospital.*

*Esta Dirección denunció públicamente los hechos vandálicos sufridos apelando a la responsabilidad de todos los implicados, esforzándose al mismo tiempo en optimizar las medidas de seguridad para minimizar los efectos de los hechos referidos”.*

A dicho escrito se acompaña la siguiente documentación:

1. Copia del escrito dirigido al reclamante, informándole de la huelga que en esas fechas habían mantenido los trabajadores de la empresa de limpieza, al tiempo que se le indicaba la posibilidad de iniciar un expediente de reclamación patrimonial.

2. Copia del informe del servicio de urgencias del HUMM en el que se indica que el reclamante fue atendido el mismo día de la caída, con el siguiente juicio clínico: *“Policontusionado. Contractura muscular asociada”*, y prescripción de un relajante muscular y un antiinflamatorio.

3. Informe de alta médica correspondiente a la esposa del reclamante, acreditativa de que la misma se encontraba ingresada en dicho centro el día de la caída de su marido.

**TERCERO.-** Con fecha 8 de febrero de 2006 la Jefa del Servicio Jurídico del SMS se dirige al reclamante para que subsanara la reclamación en los términos que se le indican, evaluando económicamente el daño que alega haber padecido y proponiendo los medios de prueba que tenga por convenientes.

En respuesta a lo solicitado el interesado comparece ante dicho Servicio Jurídico, aportando la siguiente documentación:

1. Parte de consulta del Centro de Salud de Vistabella, de fecha 22 de febrero de 2006, en el que se indica que el paciente *“refiere una caída ‘resbalón’ el día 3-5-6 (sic) en el H.M.Meseguer, de la cual sigue en tratamiento por el dolor en la actualidad”*.

2. Declaraciones de x, hijo del reclamante, en la que narra la caída sufrida por su padre, y de x en la que hace constar lo siguiente:

*“...el día 3 de mayo del 2005, cuando me marchaba de visitar a un amigo en el Hospital Morales Meseguer, me encontré con este señor en el suelo, que había resbalado al pisar las basuras que habían en el suelo por culpa de una huelga dentro del centro. Le ayude a levantarse y acercarlo a Urgencias donde fue atendido por los Servicios de Urgencias”*.

**CUARTO.-** El día 27 de febrero de 2006 el Servicio Jurídico dirige escrito al Centro de Salud de Vistabella, con el ruego de que se remita *“informe elaborado por su médico de cabecera (del paciente) en el que se haga constar si el reclamante ha permanecido en situación de baja médica*

*como consecuencia del accidente referido, y en su caso, se remitan los partes de baja y alta médicas y cualquier otra información médica que pudiese constar en ese centro”.*

Como contestación a lo requerido se remite informe del Dr. x, del siguiente tenor:

*“x...me comunica que tubo (sic) una caída en el Hospital R. Sofía. En la historia no figura ninguna secuela como consecuencia de la caída”.*

**QUINTO.-** El reclamante comparece ante el SMS aportando informe del Servicio de Traumatología del Hospital Universitario Reina Sofía (HURS), en el que el Dr. x, indica lo siguiente:

*“Paciente que acude a consultas externas de traumatología para valoración por dolor en la columna lumbar.*

*El paciente refiere un antecedente traumático en Mayo del 2005, y que desde entonces sufre dolor en la columna lumbar, por lo que porta una ortesis lumbosacra semirrígida.*

*Se realizan RX y un TAC lumbar, encontrándose una destrucción del espacio discal L4-L5 y una retrolistesis de L5.*

*Dado que no conozco el historial del paciente y sin tener imágenes previas, no puedo saber si esta lesión de la columna lumbar guarda relación con el antecedente traumático que refiere el paciente”.*

**SEXTO.-** Con fecha 22 de enero de 2007 se dictó Resolución del SMS admitiendo a trámite la reclamación, lo que se notificó a las partes interesadas, reclamante y aseguradora del SMS.

**SÉPTIMO.-** Seguidamente el órgano instructor solicita al HURS copia de la historia clínica del paciente que, una vez recibida, traslada al Dr. x, a fin de que pueda completar su anterior informe. Así se lleva cabo manifestando dicho facultativo lo siguiente:

*“Paciente que es visto por mí una sola vez en consultas externas de traumatología para valoración por dolor en la columna lumbar. En esta visita me solicita un informe porque él achaca su lumbalgia a un traumatismo que sufrió en Mayo del 2005. Desde entonces sufre dolor en la columna lumbar, por lo que porta una ortesis lumbosacra semirrígida.*

*Se realizan RX y un TAC lumbar, encontrándose una destrucción del espacio discal L4-L5 y una espondilolistesis L4-L5 grado II (en el TAC el radiólogo informa de retrolistesis de L5 sobre S1, pero creo que es más correcto hablar de espondilolistesis de L4 sobre L5).*

*Se me aporta la historia clínica completa del paciente para que determine si la lesión guarda o no relación con el traumatismo. Aspectos a considerar:*

*Sin conocer la historia del paciente me era difícil determinarlo con seguridad, aunque mi opinión ya era que la espondilolistesis que se aprecia en el TAC, con destrucción del espacio L4-L5, es una lesión de larga evolución, y habitualmente de origen degenerativo, no traumático.*

*Revisando la historia del paciente encuentro una referencia con fecha de 19-9-2003 en la que se indica: espondilolistesis, discartrosis L4-L5, y que el paciente ya presentaba dolor y debilidad en miembros inferiores.*

**CONCLUSIÓN:** *Lesión antigua, sin relación con el traumatismo que refiere el paciente”.*

**OCTAVO.-** Solicitado informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, se emite con fecha 12 de abril de 2010, en el que, en el apartado “Juicio crítico”, se afirma que:

*“Tras estudio y análisis de la documentación aportada, incluidos informes solicitados por el Órgano Instructor a los facultativos más directamente implicados en la prestación de su asistencia sanitaria, se puede constatar que el reclamante, x, de 70 años de edad en el momento del hecho cuya responsabilidad reclama a la Administración, padecía de espondilolistesis y discartrosis L4-L5 con gran desplazamiento hacia atrás de L5, patología que le había ocasionado sintomatología previa y por la cual había acudido a consulta de su médico de Atención Primaria.*

*Valorado tras la caída objeto de la reclamación, dichos facultativos han considerado que no hay datos objetivos de secuelas o agravamiento de su patología lumbar previa, considerándose por tanto antiguas sus lesiones”.*

Posteriormente, el inspector actuante concluye del siguiente modo:

*“1. Varón de 70 años de edad en el momento del hecho cuya responsabilidad reclama a la Administración, con antecedentes de patología lumbar sintomática en 2003.*

2. *Manifiesta sufrir una caída resbalón en la puerta del Hospital Morales Meseguer el día 03/05/2005, con ocasión de la huelga de trabajadores de la limpieza manifestados en dicho acceso.*

3. *Tras revisión de la documentación facilitada e informes médicos aportados al expediente, no se evidencian datos de lesiones o secuelas objetivables en relación directa de casualidad con el hecho objeto de la reclamación”.*

**NOVENO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados (empresa contratista del servicio de limpieza y reclamante), sólo comparece este último, para manifestar que aunque ya padecía la lesión cuando sufrió la caída, aquélla empeoró, precisando más tratamiento analgésico e, incluso, varias infiltraciones anestésicas tanto en el HURS como en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, sin que conste en su historia estas infiltraciones, por lo que solicita se revise de nuevo su historia clínica, comparando las imágenes radiológicas antes y después de la caída, para verificar dicho agravamiento.

Seguidamente se elabora propuesta de resolución que concluye en desestimar la reclamación, por no concurrir los requisitos determinantes para entender que existe nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y los daños alegados por el paciente.

**DÉCIMO.-** Con fecha 18 de agosto de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP), el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

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

I. El reclamante ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, al ser el centro hospitalario donde se produce el accidente de titularidad regional, con independencia de que el servicio de limpieza se encontrara contratado con una empresa privada. En efecto, como ya tuvo ocasión de indicar este Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 2/2000, 9, 20, 31 y 32, todos de 2002, y 177/2006, así como en la Memoria correspondiente al año 2003, la interpretación sistemática del artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) -de aplicación en el momento de ocurrir los hechos objeto del presente Dictamen-, como el artículo 198 de la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, nos lleva a concluir que, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta debe resolver respondiendo directamente de los daños causados por el concesionario o contratista, sin perjuicio de la acción de regreso que debe ejercitar contra aquéllos a fin de determinar el grado de responsabilidad que les pueda alcanzar por los hechos. A este respecto el Consejo de Estado ha declarado que los particulares no tienen el deber de soportar la incertidumbre jurídica de la última imputación del daño (Dictámenes de 18 de junio de 1970, 21 de julio de 1994, 28 de enero de 1999 y 22 de febrero y 30 de mayo de 2007). En este mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo al afirmar que la naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad de la Administración impide a ésta desplazar la misma al contratista, sin perjuicio de la acción de repetición de aquélla contra éste (entre otras, sentencias de 19 de mayo de 1987 y de 23 de febrero de 1995), a lo que habría de añadirse, sin perjuicio también de que el contratista, tras la resolución administrativa, satisficiera voluntaria y directamente el pago al perjudicado, que sería lo lógico en aras de la economía de trámites (Dictámenes 2/2000 y 177/2006).

En el presente caso, pues, de resultar acreditada la existencia de responsabilidad debido a un deficiente funcionamiento de la empresa de limpieza a la que, ante el legítimo ejercicio del derecho de huelga por parte de sus trabajadores, correspondía fijar los servicios mínimos necesarios para garantizar la seguridad de los usuarios del Hospital, deberá satisfacer la indemnización que pudiera fijarse, bien voluntariamente una vez determinada tal circunstancia por la Administración, bien por la vía de regreso.

II. Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que el perjudicado deduzca su pretensión ante la Administración. En

efecto, según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Añadiendo que en caso de daños a las personas de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Pues bien, en el caso que nos ocupa las actuaciones anómalas que se imputan a la Administración regional se habrían producido el día 3 de mayo de 2005, y la reclamación se presentó el día 18 del mismo mes y año, es decir, antes de que transcurriera un año, por lo que ha de entenderse deducida dentro de plazo.

III. A la vista de las actuaciones que se constatan en el expediente remitido, puede afirmarse que se ha cumplido sustancialmente lo exigido por la LPAC y su desarrollo reglamentario sobre tramitación de esta clase de reclamaciones, salvo en lo que afecta al plazo para resolver.

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

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

a) que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica,

b) que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla,

c) que la lesión sea imputable a la administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos,

d) que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor.

En el presente supuesto no se imputa el daño a la actuación médica de los servicios sanitarios, sino a sus elementos materiales (HUMM), en donde se presta dicho servicio, por lo que conviene recordar que cuando el elemento real presuntamente causante del daño está dedicado o afecto a un servicio público, no cabe considerar dicho elemento ajeno al servicio. Pues como recuerda la Sentencia anteriormente citada: *"...lo que distingue la actividad administrativa en el sentido de los servicios públicos a los que se refiere la ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no es que sus elementos instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la Administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (satisfacción de los intereses generales), el carácter con que lo hace (de modo continuo o regular), los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico) y las*

*prerrogativas inherentes a la específica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del derecho público. Los elementos personales o reales que se integran en la actividad administrativa no deben ser diferentes de los necesarios para el desarrollo de cualquier actividad humana útil o productiva, pues su característica radica en la afección teleológica o instrumental al servicio...".* Desde este punto de vista no ofrece duda que la zona donde se produjo la caída se integra instrumentalmente en el servicio público, puesto que su fin es el de permitir el acceso de los ciudadanos que acuden en demanda de la asistencia sanitaria.

#### **CUARTA.- Sobre el fondo del asunto.**

En lo que al fondo de la reclamación respecta, resulta claro que el reclamante sufrió una caída como consecuencia del deficiente estado en el que se encontraba el suelo de un centro sanitario de titularidad de la Administración regional, de la cual fue atendido en el Servicio de Urgencias del mismo Hospital. Circunstancias que han sido debidamente probadas por el interesado al que le corresponde hacerlo de acuerdo con el principio general sobre carga de la prueba contenido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con lo que, más específicamente, para el régimen de la responsabilidad objetiva de la Administración, dispone el artículo 6.1 RRP.

Sentado así el hecho de existencia de responsabilidad de la Administración sanitaria como titular del servicio público prestado en el HUMM, su carácter directo no puede verse excluido por la interposición de un contratista en su gestión (concesionaria del servicio de limpieza), pues, como se indica en la Consideración Segunda de este Dictamen, lo contrario haría quebrar el carácter garantista que la institución tiene para los particulares.

Sin embargo, lo que no ha quedado demostrado es que, como consecuencia de dicha caída, el reclamante haya sufrido lesión o secuela alguna. En efecto, alega el paciente en su escrito inicial que debido al accidente sufrido presenta una lesión en la columna, en concreto, una destrucción del espacio discal L4-L5 y una retrolistesis de L5. Posteriormente, en fase de alegaciones, una vez que los informes médicos obrantes en el expediente se pronuncian sobre la existencia de dichas lesiones con anterioridad a la caída, aduce el interesado que la lesión sufrió una agravación como consecuencia del traumatismo sufrido. Pues bien, el x, a quien incumbe, como decíamos antes, probar la existencia del daño que alega padecer, no ha aportado medio de prueba alguno más allá de sus propias aseveraciones, huérfanas de todo respaldo técnico.

Por el contrario, la Administración ha desplegado una actividad probatoria exhaustiva que permite afirmar que la caída que sufrió el reclamante no influyó en la dolencia lumbar que ya

padecía. Así, el Dr. x, en el informe que emite tras analizar la historia clínica y las pruebas radiológicas efectuadas, constata que el paciente sufría de espondilolistesis desde el año 2003, es decir, dos años antes de sufrir la caída. Se trata además de una dolencia de larga evolución y de origen degenerativo y no traumático. Finaliza este facultativo afirmando que se trata de una *“lesión antigua, sin relación con el traumatismo que refiere el paciente”*. Por otro lado, tampoco el médico de atención primaria del Centro de Salud de referencia del reclamante, respalda la versión de éste, al indicar en su informe que *“en la historia clínica no figura ninguna secuela como consecuencia de la caída”*.

Aunque lo anterior constituiría, por sí mismo, prueba suficiente de que la tesis mantenida por el interesado no se ajusta a la realidad de los hechos, la Inspección Médica abunda en el mismo sentido al señalar que *“...en el momento del hecho cuya responsabilidad reclama a la Administración, padecía de espondilolistesis y discartrosis L-4L-5 con gran desplazamiento hacia atrás de L5, patología que le había ocasionado sintomatología previa y por la cual había acudido a consulta de su médico de atención primaria”*. Tras lo cual concluye afirmando que no se evidencian datos de lesiones o secuelas objetivables en relación directa de causalidad con el hecho objeto de la reclamación.

Así las cosas, puede afirmarse que la carga de la prueba que al reclamante corresponde no ha sido debidamente desempeñada, lo que conduce a que este Consejo Jurídico no pueda dictaminar favorablemente la pretensión indemnizatoria por no apreciar que se haya producido un daño real, efectivo, individualizado y susceptible de valoración económica, como consecuencia de la caída sufrida.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 94-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x., en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

**Fecha** 03/05/2011

**Extracto doctrina**

Los daños físicos constituyen un riesgo inherente a la práctica deportiva que han de ser soportados por quien los sufre, máxime cuando, por un lado, no se ha constatado que la concreta actividad se apartase de las reglas ordinarias de su práctica y, por otro, tampoco la parte reclamante se ha detenido en alegar la concurrencia de circunstancias determinantes de riesgo, peligro, negligencia o mal estado de las instalaciones, que hubieran podido causar efectivamente lesiones.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El día 16 de junio de 2010 x, en nombre y representación de su hija menor de edad x, presenta escrito en solicitud de indemnización fundamentada en la responsabilidad patrimonial que a la Administración incumbe según los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC), por los daños sufridos por la menor, alumna del Instituto de Enseñanza Secundaria (IES) Alfonso Escámez, de Águilas, como consecuencia de un accidente escolar ocurrido el día 8 de febrero de 2010, cuando estando en clase de Educación Física practicando baloncesto recibió el impacto de dos balones (uno después del otro), lo que le provocó una serie de lesiones y la rotura de las gafas. Solicita una indemnización de 343,40 euros y acompaña a su solicitud la siguiente documentación: a) informes médicos; b) facturas de honorarios médicos y billetes de autobús; c) fotocopia del Libro de Familia acreditativo del parentesco entre la menor y la reclamante.

**SEGUNDO.-** Mediante escrito de 18 de marzo de 2010, el Director del citado IES envía informe del accidente, en el que señala lo siguiente:

*“El día 8 de febrero, en clase de Educación Física, la alumna x recibió, de forma fortuita, el impacto de un balón de baloncesto (el balón había tocado previamente el aro). Tras examinar y*

*preguntar a x por su estado, se le acompaña a Jefatura, ya que la alumna se queja principalmente de que las gafas se le han torcido.*

*La alumna no presentaba herida, no estaba mareada, no tenía vómitos, tenía la zona del impacto enrojecida y las gafas ligeramente descuadradas”.*

**TERCERO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería consultante de fecha 4 de octubre 2010, aquélla solicitó, con fecha 11 de octubre de 2010, el preceptivo informe del centro.

Dicho requerimiento fue cumplimentado mediante escrito del Director remitido el siguiente día 29, en el que se indica:

*“La actividad en la que participaba la alumna estaba programada al ser una hora lectiva (4ª hora) de la asignatura de Educación Física.*

*Por indicación del profesor los alumnos estaban lanzando balones a los distintos aros de baloncesto, situados en la pista polideportiva, recibiendo el impacto de un balón de forma fortuita.*

*Se encontraba debajo del aro cuando recibió ambos balonazos.*

*Estando el profesor presente en todo momento en la pista polideportiva, si bien no vio cuando recibió los balonazos. Al ser advertido por los alumnos y tras examinar y preguntar a la alumna por su estado, se le envió a Jefatura de Estudios, acompañada, llamando inmediatamente a su casa”.*

**CUARTO.-** El Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo procedió, con fecha 2 de noviembre de 2010, a designar nueva instructora, dando traslado a la reclamante a efecto de que pudiera ejercer, en su caso, el derecho que le asistía a la recusación de aquélla, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 en relación con el 28 LPAC.

**QUINTO.-** La nueva instructora requiere a la dirección del centro para que complete su informe en el siguiente sentido:

1. Relato pormenorizado de los hechos.
2. ¿Se pudo haber evitado el accidente?
3. Cómo califican los alumnos el accidente ¿fortuito o intencionado?

En cumplimiento de lo solicitado el Director del IES remite a la instructora declaraciones de seis compañeros de la alumna lesionada, entre los que figura el lanzador del balón que impactó sobre x, coincidiendo todos ellos en el carácter inevitable (por ser inherente a la práctica deportiva de baloncesto) y fortuito (no intencionado) del accidente sufrido por su condiscípula.

**SEXTO.-** Con fecha 16 de diciembre de 2010 se notificó a la interesada la apertura del trámite de audiencia sin que hiciera uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

A continuación la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud, al considerar que no existe nexo causal entre los daños sufridos por la alumna y el funcionamiento del servicio público prestado por el centro donde se produjo el accidente.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 10 de enero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

#### **SEGUNDA.- Tramitación.**

Si bien es cierto que el artículo 12.2 RRP señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, también lo es que para un correcto pronunciamiento sobre dichos extremos el Consejo Jurídico ha de valorar el resto de presupuestos

que inciden sobre dicha institución, incluido el examen del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir.

La legitimación activa corresponde, a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil, a las personas que ostenten y acrediten la representación legal del menor, circunstancia que, respecto de la reclamante, se constata con la fotocopia compulsada del Libro de Familia.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería consultante competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el IES Alfonso Escámez, de Águilas.

Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

Por lo que se refiere al resto de trámites que integran el procedimiento se puede afirmar que, en términos generales, se ha cumplido lo establecido en el RRP.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse la conformidad de este Órgano Consultivo con la propuesta de resolución que las concluye, al no advertir que concurran en el accidente sufrido por la alumna todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada a causa del mismo.

En efecto, según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, aquéllos tienen el derecho a que la Administración les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Asimismo el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que *“durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”*. En el supuesto examinado puede afirmarse que ese grado de diligencia no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas, y que el evento se produjo en el desarrollo de la clase de Educación Física, como consecuencia de la realización de una actividad programada de baloncesto, y hay que tener en cuenta que los daños físicos constituyen un riesgo inherente a la práctica deportiva que ha de ser soportado por quien lo sufre, máxime cuando, por un lado, no se ha constatado que la concreta actividad se apartase de las reglas ordinarias de su práctica y, por otro, tampoco la parte reclamante se ha detenido en alegar la concurrencia de circunstancias determinantes de riesgo, peligro, negligencia o mal estado de las instalaciones, que hubieran podido causar efectivamente lesiones derivadas de la práctica del ejercicio, sin que quepa imaginar cómo el profesor de Educación Física pudiera haber evitado el accidente, por lo que no existe la conexión con el servicio público educativo que es necesaria para estimar la pretensión indemnizatoria formulada.

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que *“deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”*, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996). En este mismo sentido se ha manifestado dicho Órgano Consultivo en supuestos similares al que nos ocupa (balonazos fortuitos durante la práctica de baloncesto), estimando la no concurrencia de responsabilidad de la Administración educativa (entre otros, Dictámenes 1098/2002 y 1005/2003)

También es abundante la doctrina sentada por el Consejo Jurídico que, reiteradamente, ha propugnado la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone la práctica deportiva escolar, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (por todos, Dictamen 40/2002).

En definitiva, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es preciso que concorra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, a partir del relato del Director y del testimonio de los compañeros de la menor se pone de manifiesto que los balonazos se producen sin intencionalidad alguna, en unos lanzamientos a canasta propios de la ejecución del juego, lo que, como ya se adelantaba antes, no permite apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por la menor y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 95-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, y, z., por los perjuicios causados por la anulación del canal de desagüe de la zona.

**Consultante** Consejero de Agricultura y Agua (2004)

**Fecha** 03/05/2011

**Extracto de doctrina**

La inadmisión, sin entrar en el fondo del asunto, de una reclamación por presunta responsabilidad patrimonial de una Administración pública, teniendo en cuenta la amplia casuística que presentan estos procedimientos en los que los perfiles de dicha responsabilidad resultan no pocas veces discutibles, ha de constituir una posibilidad muy restringida, de modo que en ningún caso se prejuzguen los elementos de juicio que puedan aportarse en el procedimiento.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de marzo de 2010, x, y, z presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Agricultura y Agua por los siguientes hechos:

*“Que el núcleo rural de -- en Pozo Estrecho está localizado en la zona perteneciente a la Comunidad de Regantes del Campo de Cartagena, zona regable oriental, sector 11.*

*Desde hace varios años los vecinos del núcleo rural de -- en Pozo Estrecho estamos padeciendo las consecuencias de la anulación del canal del desagüe que sí aparece en todos los planos, pero que en la realidad física ha sido tapado por algunos propietarios de parcelas colindantes con dicho canal de desagüe (este extremo se puede comprobar fácilmente con una visita al lugar).*

*Así, cuando llueve el agua no puede discurrir por el lugar previsto e inunda por completo el paraje de -- haciéndolo inaccesible e intransitable para vehículos y personas, y entrando el agua en viviendas que quedan anegadas, causando importantes perjuicios.*

*Esta situación ha sido denunciada verbalmente y por escrito ante diversas instituciones sin que a día de hoy se haya obtenido respuesta alguna”.*

Las reclamantes atribuyen la responsabilidad a la Consejería de Agricultura y Agua, por dejación de las tareas de prevención, falta de control y vigilancia, puesto que le corresponde velar por el correcto mantenimiento de las instalaciones e infraestructuras hidráulicas con las que cuenta la Región a fin de evitar que causen perjuicios a los ciudadanos, exigiendo a los propietarios de las mismas, en el caso de que no fuesen dichas infraestructuras de titularidad pública, la corrección de las conductas contrarias a la legalidad vigente. También que dicha responsabilidad genera un deber de indemnizar y así se debe reconocer en la resolución del procedimiento, aunque no concretan la cuantía del daño.

Designan a la letrada x como representante, suscribiendo también el escrito de reclamación en prueba de su aceptación.

Finalmente, acompañan las denuncias presentadas ante el Ayuntamiento de Cartagena y ante la Comunidad de Regantes del Campo de Cartagena por estos mismos hechos, acompañadas de fotografías sobre las inundaciones denunciadas.

**SEGUNDO.-** Recabado un informe de la Dirección General de Regadíos y Desarrollo Rural, un técnico de gestión visitó el lugar donde se producen las inundaciones, acompañado de algunos de los vecinos afectados, evacuando un informe el 16 de julio de 2010 en el sentido de expresar:

1º) Que, según exponen los vecinos, estas inundaciones se vienen produciendo desde que hace unos años se tapó un desagüe que recogía las aguas de las fincas que están en la parte norte de las anteriores y más altas que ellas, de manera que el agua de escorrentía va a parar a sus fincas afectando a viviendas y animales (Sectores X y XI).

2º) Que el desagüe al que hacen referencia es el denominado como d-XI-3-4 cuya construcción, según el proyecto de canales, redes principales y secundarias de riego, desagües y caminos de las zonas regables del campo de Cartagena, correspondía al Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA).

3º) Se acompañan fotografías aéreas en las que se puede apreciar que en el año 1982 el desagüe estaba abierto y que a partir de ese momento se fue tapando en tramos, desde el camino que discurre paralelo a la tubería T-XI-4 hasta el núcleo rural de -- (erróneamente se escribe --), siendo el más próximo a éste el último en taparse.

**TERCERO.-** Constan las actas de entrega de las obras a la Comunidad de Regantes del Campo de Cartagena, y la transferencia del dominio a dicha Comunidad por parte del IRYDA, en relación con los sectores I, II, III, IV y V.

**CUARTO.-** El asesor jurídico, con el visto bueno de la Jefa de Servicio de la Consejería de la Consejería de Agricultura y Agua, formula propuesta el 9 de noviembre de 2010, en virtud de la cual se acuerda la inadmisión de la reclamación de responsabilidad patrimonial por cuanto las obras fueron entregadas a la Comunidad de Regantes del Campo de Cartagena, según las actas que se acompañan, no ostentando competencias la Consejería consultante.

**QUINTO.-** Con fecha 24 de noviembre de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Dictamen se ha recabado por el titular de la Consejería con carácter preceptivo, citando a este respecto el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

Sin embargo, la propuesta elevada contiene el pronunciamiento de la inadmisión de la reclamación de responsabilidad patrimonial, en lugar de una propuesta de resolución desestimatoria de la pretensión, entrando a conocer el fondo de la misma, siguiendo en este último caso lo preceptuado en el artículo 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP): *“Concluido el trámite de audiencia, en el plazo de diez días, el órgano instructor propondrá que se recabe, cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, el dictamen de este órgano consultivo o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma. A tal efecto, remitirá al órgano competente para recabarlo todo lo actuado en el procedimiento, así como una propuesta de resolución que se ajustará a lo dispuesto en el artículo 13 de este Reglamento (...).”*

Tal consideración no resulta baladí si se tiene en cuenta que el Dictamen de este Órgano Consultivo se incardina, según dicho procedimiento de responsabilidad patrimonial, en una fase

posterior al trámite de audiencia a los interesados, debiendo ajustarse la propuesta de resolución a lo dispuesto en el artículo 13 RRP sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño y la cuantía de la indemnización, entrando, en suma, en el fondo de la reclamación presentada, sea con carácter estimatorio o desestimatorio.

La falta de previsión en el Reglamento citado sobre el Dictamen de este Órgano Consultivo en los supuestos de inadmisión de la reclamación, posibilidad que la Consejería consultante considera fundada en la expresión genérica del artículo 6.2 del mismo (“si se admite la reclamación por el órgano competente”), cuyo alcance será tratado posteriormente, motiva que este Consejo Jurídico deba considerar, en primer término, el carácter con el que se emite el presente Dictamen, a la vista de que en otros procedimientos, como en el caso de la revisión de oficio, se prevé legalmente que el órgano competente pueda acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar el Dictamen del Órgano Consultivo, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones (artículo 102.3 LPAC), si bien tal posibilidad no se contempla en los procedimientos de responsabilidad patrimonial (se alude a un procedimiento general y abreviado en el artículo 142.3 LPAC).

Atendiendo a la regulación contenida en la norma de creación del Consejo Jurídico (artículo 12.9 de la Ley 2/1997), el Dictamen sería preceptivo en relación con todas *“las reclamaciones que en concepto de responsabilidad patrimonial se formulen ante la Administración regional”*, siendo indiferente, según el tenor literal, la fórmula concreta adoptada por el órgano competente en relación con la reclamación presentada. Apoyaría también esta interpretación la falta de previsión legal de una fase de admisión previa de la reclamación de responsabilidad patrimonial, de modo similar a como ocurre en los supuestos indicados de la revisión de oficio (artículo 102.3 LPAC).

En este último aspecto pone acento la doctrina del Consejo de Estado, al afirmar que la distinción entre inadmisión y desestimación tiene carácter procesal y sólo cobra sentido en aquellos procedimientos que constan de dos fases, una orientada a comprobar la concurrencia de los requisitos formales de la reclamación, y otra encaminada a resolver sobre el fondo. Sin embargo, continúa dicho Órgano Consultivo, en el ámbito de los procedimientos establecidos para resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ni la LPAC, ni el RRP, prevén la existencia de un procedimiento estructurado en dos fases, como se ha indicado. Por ello, concluye que *“dirigida una reclamación a la Administración en solicitud de indemnización por perjuicios derivados de una actuación administrativa, la comprobación de que no se ha presentado en tiempo hábil o de que no concurren las condiciones legales precisas para que el Estado indemnice no puede concretarse en una declaración administrativa de inadmisibilidad sino en un pronunciamiento desestimatorio”* (por

todos, Dictamen núm. 4812/1998). En congruencia con tales postulados, y evacuando su dictamen con carácter preceptivo, el citado Órgano Consultivo ha dictaminado la procedencia de la desestimación de la reclamación formulada, siguiendo la tramitación propia de la responsabilidad patrimonial, aún en supuestos de incompetencia del órgano que resuelve (por todos, Dictámenes núms. 972/2003 y 1722/2007).

Por último, aún cuando no se desarrollara la argumentación que lo sustenta, con tal carácter preceptivo se evacuó el Dictamen núm. 132/2007 por este Consejo Jurídico, en un supuesto de propuesta de inadmisión de una reclamación de responsabilidad patrimonial.

**SEGUNDA.- Sobre la propuesta de inadmisión a trámite sometida a consulta.**

Atendida la propuesta de inadmisión sometida a consulta, debe recordarse la doctrina de este Consejo Jurídico acerca de tales pronunciamientos, plasmada en Dictámenes como en los números 110/2003 y 132/2007.

En los precitados Dictámenes se señaló:

*“Con el fin de evitar la tramitación de procedimientos inútiles que carecen de razón de ser, las normas reguladoras de determinados procesos prevén un trámite de admisión, que permite declarar a limine la inadmisibilidad de reclamaciones, recursos o demandas que adolezcan de defectos procedimentales insubsanables. Ahora bien, el criterio antiformalista vigente en todo tipo de procedimientos, tendente a asegurar la aplicación del principio pro actione de forma que siempre quede garantizada la mayor viabilidad de la pretensión deducida, en orden a obtener una resolución que aborde todas las cuestiones planteadas, lleva a una aplicación muy restrictiva de esta posibilidad, de modo que sólo es posible admitirla en aquellos supuestos para los que venga expresamente prevista, y previo cumplimiento del procedimiento establecido al efecto.*

*En efecto, en el ámbito de los procedimientos establecidos para resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, la LPAC nada prevé sobre la existencia de un trámite de admisión; en tanto que el RRP sólo contiene una expresión ambigua en la que poder sustentar tal posibilidad reflejada en la dicción de su artículo 6.2, en la que la impulsión del procedimiento en todos sus trámites aparece condicionada al hecho de que la reclamación haya sido admitida por el órgano competente, lo que permitiría, sensu contrario, colegir la posibilidad de inadmisión. Sin embargo, ese criterio pro actione al que hacíamos referencia al principio de la presente Consideración nos lleva a una aplicación muy restrictiva de tal posibilidad, que debe quedar ceñida a hipótesis de reclamaciones no ajustadas a los términos del artículo 70 LPAC y del propio artículo 6 del*

*Reglamento, es decir, reclamaciones defectuosas en su planteamiento, que impidan la continuación del procedimiento de no ser debidamente subsanados los requisitos omitidos, e incluso en estos supuestos resulta procedimentalmente más correcto actuar conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de dicho texto legal.*

*También podría pensarse que una interpretación más amplia del citado artículo 6.2 pudiera llevar a la inadmisión de pretensiones temerarias o descabelladas, pero, aun así, habría que tener en cuenta lo previsto en el artículo 89.4 LPAC que permite a la Administración resolver “la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el Ordenamiento Jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto por el artículo 29 de la Constitución”, precepto que se encuentra ubicado en la regulación del contenido del acto terminal del procedimiento cual es la resolución, cuya culminación presupone el agotamiento de las fases previas incluida la de instrucción”.*

Por tanto, se puede colegir que la inadmisión, sin entrar en el fondo del asunto, de una reclamación por presunta responsabilidad patrimonial de una Administración pública, teniendo en cuenta la amplia casuística que presentan estos procedimientos en los que los perfiles de dicha responsabilidad resultan no pocas veces discutibles, ha de constituir una posibilidad muy restringida, de modo que en ningún caso se prejuzguen los elementos de juicio que puedan aportarse en el procedimiento. Esta posibilidad de inadmisión a trámite por carecer de fundamento ha sido considerada ajustada a derecho por la sentencia núm. 480/2008, de 23 de mayo, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.2 RRP, en relación con el 89.4 LPAC, respecto a una reclamación que ya había sido resuelta por otro órgano de la misma Administración regional.

Aplicada la doctrina expuesta del Consejo Jurídico al presente supuesto, resulta que frente a las imputaciones genéricas de la parte reclamante, que atribuye una suerte de competencia global de la Consejería consultante respecto a las infraestructuras hidráulicas con las que cuenta la Región de Murcia (omitiendo las competencias de la Administración General del Estado sobre el dominio hidráulico), la propuesta de inadmisión se fundamenta en que la infraestructura causante del daño fue entregada a la Comunidad de Regantes del Campo de Cartagena por el IRYDA, siendo recepcionada el 30 de diciembre de 1981, fecha a partir de la cual no ostenta competencias la Consejería de Agricultura y Agua.

Sin embargo, aunque pueda ser ajustada la inadmisión de una reclamación cuando resulte manifiesta y ostensible la falta de competencia del órgano al que se dirige (no debe olvidarse que el artículo 6 RRP se refiere siempre al órgano competente para su tramitación), haciendo innecesario

por inútil la continuación del procedimiento, otorgando, en todo caso, un trámite de audiencia al interesado, esta posibilidad de inadmisión a trámite conlleva a *priori* cierta dificultad sin la debida instrucción del procedimiento, puesto que en la práctica de la acción administrativa se producen múltiples formas de concurrencia competencial entre Administraciones o pueden existir otras competencias transversales del mismo órgano resolutorio que la inadmite por incompetente (a título de ejemplo, la Consejería consultante no sólo ostenta las competencias regionales en infraestructuras agrarias, sino también las que ostenta la misma Administración en materia hidráulica, a tenor de lo dispuesto en el Decreto 26/2011, de 25 de febrero).

Sin embargo, este Consejo Jurídico no considera adecuada la inadmisión de la reclamación en el presente caso, puesto que puede alcanzarse la misma conclusión desestimatoria por incompetencia siguiendo el procedimiento reglamentariamente establecido para este tipo de reclamaciones, que incluye un trámite de audiencia a las interesadas, por las siguientes razones:

1ª) La titularidad de la Comunidad de Regantes del Campo de Cartagena se fundamenta en un acta obrante en el expediente (folio 19), suscrita el 30 de diciembre de 1981, si bien dicha acta hace referencia a los sectores I, II, III, IV y V del Campo de Cartagena, mientras que el técnico de gestión hace referencia a que las fincas afectadas pertenecen a los sectores X y XI.

2ª) La tramitación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, conforme al procedimiento previsto en el artículo 7 y ss. RRP, resulta más garantista para la defensa de los derechos de las afectadas, en tanto se les otorga un trámite de audiencia para formular alegaciones (lo que no consta que se haya hecho en el presente caso), teniendo en cuenta, según exponen las reclamantes, que llevan varios años sufriendo inundaciones tras la supresión del canal de desagüe y que los organismos a los que hasta ahora se han dirigido no les han contestado.

3ª) En el procedimiento previsto en el RRP (artículo 11) se incardina igualmente la audiencia a otros interesados, antes de formular la propuesta de resolución, teniendo pleno sentido en el presente caso que se otorgue no sólo a las reclamantes, sino también a la Comunidad de Regantes cuya titularidad se sostiene por la propuesta sometida a consulta, e incluso a otras Administraciones con competencias sectoriales (las comunidades de usuarios tienen el carácter de corporaciones de derecho público adscritas al organismo de cuenca, que velará por el buen orden del aprovechamiento).

4ª) La instrucción, a través del procedimiento general previsto para este tipo de reclamaciones de responsabilidad patrimonial, permite ofrecer a las reclamantes una respuesta

fundada frente a sus pretensiones, imprescindible para poder ejercitar las acciones que procedan frente a los órganos que finalmente la resolución considere competentes.

5ª) Por último, la instrucción del procedimiento previsto en el RRP permite incorporar al procedimiento otros datos que pudieran resultar de interés para la resolución del asunto, y que deban ser tenidos en cuenta en la propuesta de resolución que se adopte, analizando si se han acreditado por las reclamantes otros requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial (falta de concreción del daño y su cuantificación, etc.).

En suma, ha de someterse formalmente la reclamación a los trámites establecidos en el Título X LPAC y en el RRP, otorgando un trámite de audiencia a los interesados a fin de que pueda examinar el expediente y formular, en su caso, las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estime oportunos.

Concluida la instrucción del expediente y redactada la propuesta de resolución por el instructor, se remitirá todo lo actuado en el procedimiento a este Órgano Consultivo para la emisión del preceptivo Dictamen.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de inadmisión elevada, por las razones esgrimidas en la Consideración Segunda, procediendo a la tramitación de la reclamación conforme al procedimiento previsto en el RRP, otorgando un trámite de audiencia a los interesados, y recabando el Dictamen de este Consejo Jurídico sobre la propuesta de resolución del órgano instructor.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 96-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	09/05/2011

**Extracto de doctrina**

Siendo el título de imputación la falta del adecuado mantenimiento de las instalaciones hospitalarias y no habiendo conseguido probar la actora que la causa de la caída se deba a tal circunstancia, no resulta posible considerar acreditada la relación causal entre ambos hechos.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 18 de febrero de 2009 x, en nombre y representación de x, presenta ante el Servicio de Atención al Paciente del Hospital Santa María del Rosell de Cartagena (HSMR) una reclamación en la que refiere que el día 6 de febrero de 2009, a las 5:30 horas, la x, que se encontraba ingresada en el citado centro hospitalario, sufrió una caída en el cuarto de baño de la habitación 511, al pisar la tapa de desagüe que se encontraba suelta. Solicita resarcimiento de los daños físicos y económicos sufridos.

**SEGUNDO.-** Presentada la reclamación en el mismo Hospital, al remitirla al Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud (SMS), el centro acompaña documentación relativa a la evolución clínica de la accidentada y otros documentos, de entre los que cabe resaltar, a los efectos que aquí nos ocupa, los siguientes:

1. Informe de alta en el que figura que la paciente ingresó el día 27 de enero de 2009, en el Servicio de Neurología por cefalea brusca, y fue dada de alta el día 10 de febrero de 2009.  
En el apartado “exploraciones complementarias” de este documento, figura la realización de Rx en parrilla costal izquierda, que evidencia fisura en séptima costilla (folio 4).
2. Parte de avería de fecha 6 de febrero de 2009, en el que se indica que “la tapa del registro del suelo de la 511-2 en el baño está levantada ” (folio 5).
3. Hoja de Evolución, en la que, en el apartado “Observaciones acerca del curso clínico”, correspondientes al día 6 de febrero, se indica: “...la caída de esta mañana

- ha sido accidente, por tropiezo en el baño, según me cuenta la paciente a la palpación en parrilla costal izquierda sin Rx: fisura*". (folio 6).
4. Anotación correspondiente a las 6:45 horas del mismo día, en la que se señala: *"Avisaron porque se ha caído en el baño. La paciente estaba durmiendo y se ha levantado para orinar, entonces se ha mareado (no pérdida de conocimiento) y se ha dado en el costado y pierna izquierda.... Pido Rx parrilla costal izquierda + cadera izquierda*". (folio 7).
  5. Parte de caídas obrante al folio 8, en el que se hace constar lo siguiente:
    - Estado general del enfermo: Orientado
    - Circunstancias de la caída: en el baño. No estaba acompañado.
    - Hora de la caída: 5:30.
    - Motivo de la caída: mareo
  6. Hoja de evolución de los cuidados de enfermería, en la que se contiene la siguiente anotación correspondiente al día de la caída: *"...caída en el cuarto de baño al ir a orinar. Refiere haberse mareado y después se ha caído y aviso a (ilegible) porque tiene dolor en flanco izquierdo*". (folio 9).
  7. Nota interior del Jefe de Servicio de Mantenimiento del siguiente tenor: *"Por la presente le comunico que el día 6 de Febrero nos llegó un parte de avería, de UE5ªB para comunicarnos que la tapa del bote sifónico del aseo de la habitación 511 estaba levantada, como en este parte pone urgente, rápidamente un operario fontanero de Mantenimiento se desplazó a este cuarto de aseo y solucionó el problema. No sabemos el motivo por el cual la tapa estaba levantada, pero esto suele pasar cuando se le da un golpe o más difícilmente cuando por algún motivo se afloja el tornillo que sujeta dicha tapa*". (folio 106).

**TERCERO.-** Mediante escrito de fecha 11 de junio de 2009 la Jefa del Servicio Jurídico del SMS, solicita al de Neurología del HSMR informe al objeto de determinar cuál fue el motivo real de la caída, ya que la versión mantenida por la interesada en su reclamación difiere de la que se desprende de la historia clínica y demás documentos que la acompañan.

El requerimiento fue cumplimentado mediante informe de la Dra. x, del Servicio de Neurología, en el que se indica lo siguiente:

*"x sufre una caída en el cuarto de baño la madrugada del día 6/02/09 a las 6:45 horas, siendo atendida por enfermería y por neurología de guardia, realizándose Rx parrilla costal en que se evidencia fisura de C7 izquierda.*

*Yo valoro a la paciente por la mañana durante el pase de visita y leo las incidencias de la noche en la historia clínica, donde se notifica que la paciente se ha mareado en el baño, y ha caído golpeándose en parrilla costal izquierda y pierna izquierda. Pregunto a la paciente sobre el incidente de la noche, la cual me contesta muy indignada, que la caída ha sido accidental, porque ha tropezado en el baño con la tapa del desagüe, que estaba suelta. Me niega que en ningún momento se haya notado mareada. También me informa en ese momento de que piensa reclamar al hospital tras el alta por dicha caída.*

*Puesto que yo no presencié el incidente, sólo hice constar en la hoja de evolución de la historia clínica lo que la paciente me relató”.*

**CUARTO.-** Asimismo el citado Servicio Jurídico se dirige al reclamante para que subsane la reclamación, acreditando la representación que dice ostentar de la x y evaluando económicamente el daño que alega haber padecido.

En respuesta a lo solicitado la interesada presenta escrito en el que reproduce la narración de los hechos efectuada por su esposo ante la unidad de Atención al Paciente del HSMR, indicando que como consecuencia de la caída se rompió la séptima costilla izquierda y la pelvis en la rama iliopubiana izquierda.

Manifiesta que, además, la caída le ha ocasionado importantes secuelas que la obligan a permanecer en situación de baja laboral. Acompaña documentación del INSS referente a la evaluación de prórroga de incapacidad temporal de la reclamante. Continúa relatando que por esa situación de prórroga de incapacidad temporal en la que se encuentra, ha dejado de percibir el 25% de su salario, lo que le ha supuesto, desde marzo de 2009, una disminución en sus ingresos mensuales de 260 euros. Añade que se ha visto obligada a contratar a una persona para que le ayude en las tareas domésticas, a la que abona la cantidad de 300 euros mensuales desde febrero de 2009. A estos gastos y pérdidas de ingreso, cabe adicionar los gastos que para adquisición de medicamentos se ve obligada a realizar y que ascienden a 60 euros mensuales.

Acompaña nómina, subsidio de incapacidad temporal por enfermedad común correspondiente al período comprendido entre el 1 de marzo de 2009 y el 31 de mismo mes y año, así como dos recibos firmados por x, acreditativos del percibo de 600 euros (300 correspondientes al mes de febrero y 300 al mes de marzo), en concepto de los servicios domésticos prestados a la reclamante.

Finaliza afirmando la imposibilidad de evaluar económicamente los daños en el presente momento, al no haberse concluido el tratamiento sanitario.

**QUINTO.-** El Director Gerente del SMS dicta resolución por la que se admite a trámite la reclamación y se encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicar a la interesada la información a que se refiere el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Asimismo, comunica la interposición de la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la compañía aseguradora a través de la correduría y a la Dirección de los Servicios Jurídicos.

**SEXTO.-** Seguidamente el órgano instructor solicita al HSMR que por la auxiliar de planta que se encontraba de guardia el día en el que la paciente sufrió la caída, así como por el resto del personal sanitario conocedor del incidente, se elabore un informe sobre los hechos.

Mediante escrito de 9 de octubre de 2009 la Directora Médica de Atención Especializada del Hospital, remite informe del supervisor de la unidad de enfermería de la planta donde se encontraba ingresada la x, en el que se indica lo siguiente:

*“Sobre la caída que en la madrugada del día 5 al 6 de febrero de 2009 sufrió la enferma x he de decir que yo no presencié personalmente la caída ni se cómo se produjo, puesto que no estaba con ella en el lugar en que ella dice que sufrió la caída. Fue atendida con diligencia, tras requerir ayuda y me reafirmo en lo expuesto en el Parte de Caídas y en la hoja de Evolución de Cuidados de Enfermería, que fueron escritos tras atender a la enferma en su cama de la habitación 511 usando datos que la propia enferma nos dio en ese momento”.*

**SÉPTIMO.-** El 11 de febrero de 2009 se requiere a la reclamante para que proponga los medios de prueba de los que pretende valerse, siendo propuestos los siguientes:

1. Que se requiera al HSMR a fin de que aporte el parte de incidencias de la madrugada del 6 de febrero de 2009, partes de reparación y mantenimiento correspondientes a la habitación que ocupaba, así como su historia clínica.
2. Que se requiera al Hospital a fin de que informe sobre los datos completos tanto de la limpiadora como de la auxiliar que le asistieron cuando se cayó, y que responden a los nombres de x, y, respectivamente, a fin de que se les tome testimonio.
3. Que preste declaración su esposo, x, sobre los siguientes extremos:

- Realidad de la caída y de la localización de la misma en la habitación en la que se encontraba la exponente.
  - Realidad de que la misma fue causada por las deficiencias en el centro hospitalario apuntadas en su escrito de reclamación.
  - Realidad de la reparación de dichas deficiencias por el equipo técnico de mantenimiento del citado hospital.
  - Realidad de las lesiones sufridas por la paciente.
4. Que se incorpore al procedimiento copia de expediente del INSS relativo a la incapacidad de la reclamante.

El órgano instructor notifica a la reclamante la admisión de la prueba documental. Respecto a la prueba testifical propuesta, se le informa que se estima procedente la relativa a la limpiadora y auxiliar que le asistieron la madrugada de los hechos. Por el contrario, se estima innecesaria la testifical de x, en la medida que su práctica no aportaría ningún dato nuevo al expediente, siendo la cuestión a dirimir de carácter técnico en relación, a los hechos que pretende acreditar con su declaración.

**OCTAVO.-** Requerida la Dirección Gerencia del HSMR para que se identifique y tome declaración a la auxiliar y a la limpiadora que atendieron a la reclamante cuando sufrió la caída, aquélla informa lo siguiente:

*“...les notificamos que puestos en contacto con la Responsable de la Empresa de la Limpieza nos informa que las limpiadoras que hacen turno de noche ninguna, se corresponde con el nombre de x. Nos informa asimismo, que puesta en contacto con ellas, dicen no haber presenciado ninguna caída de paciente en planta, al mismo tiempo que les informamos que a esas horas de la madrugada la limpiadora no ha comenzado todavía a realizar sus actividades en planta.*

*Por otro lado, la Auxiliar de Enfermería tampoco se corresponde con el nombre de x.*

*Se encontraron de turno aquella noche el Enfermero x y la Auxiliar de Enfermería x, de los cuales adjuntamos informe sobre los hechos acaecidos”.*

El informe del enfermero x se ha reproducido en el Antecedente Sexto del presente Dictamen. En cuanto a la auxiliar, x, se manifiesta del siguiente modo:

*“Con respecto al accidente sufrido la noche del día 5/02/09 por la enferma x digo que no presencié la caída y me presenté en la habitación porque la enferma requirió nuestra presencia. A*

*la pregunta de qué le había pasado respondió que al ir a orinar se puso de cuclillas para orinar directamente en el contenedor de recogida de orina (en lugar de usar la cuña para recoger la orina), perdió el equilibrio y se cayó, esto sucedió en el cuarto de baño. Hubo que cambiarla de ropa porque tiró el contenedor de orina (que estaba recogiendo desde la mañana del día 5 a la del 6) y se mojó”.*

Asimismo se incorpora al expediente copia del expediente de incapacidad permanente de la reclamante tramitado en el INSS, en el que figura Dictamen Propuesta elaborado por el Equipo de Valoración de-Incapacidades de la Dirección Provincial del INSS, de fecha 26 de enero de 2010, en el que se refleja que la x, auxiliar de enfermería, cursó baja por incapacidad temporal el 6 de febrero de 2008 a causa de esguince de tobillo derecho.

**NOVENO.-** Notificada a la reclamante la apertura del trámite de audiencia, ésta no hace uso del mismo al no comparecer ni formular alegación alguna.

Seguidamente el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no ha quedado acreditada la relación causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público.

**DÉCIMO.-** En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 18 de junio de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración Regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, de conformidad con lo previsto en el artículo 12.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los

Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en lo sucesivo RRP).

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

I. La reclamante ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 LPAC en relación con el 4.1 RRP

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, imputándose el daño a los elementos materiales en donde se presta dicho servicio público, concretamente, al aseo de la habitación en la que se encontraba ingresada la reclamante, por lo que conviene recordar que cuando el elemento real en el que se produce el daño está dedicado o afecto a un servicio público, no cabe considerar dicho elemento ajeno al servicio. Así, indicamos en nuestro Dictamen núm. 153/2004: *“lo que distingue la actividad administrativa en el sentido de los servicios públicos a los que se refiere la ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no es que sus elementos instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la Administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (satisfacción de los intereses generales), el carácter con que lo hace (de modo continuo o regular), los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico) y las prerrogativas inherentes a la específica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del derecho público. Los elementos personales o reales que se integran en la actividad administrativa no deben ser diferentes de los necesarios para el desarrollo de cualquier actividad humana útil o productiva, pues su característica radica en la afección teleológica o instrumental al servicio.*

II. La reclamación ha sido presentada dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar.

III. El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y RRP.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia en interpretación de los artículos 139 y siguientes LPAC y 106 de la Constitución Española (por todas, la STS, Sala 3ª, de 21 de abril de 1998):

a) Que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica.

b) Que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla.

c) Que la lesión sea imputable a la administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

d) Que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor.

En el presente supuesto no se imputa el daño a la actuación médica de los servicios sanitarios, sino a sus elementos materiales (HSMR, de Cartagena), en donde se presta dicho servicio. Como ya se ha adelantado en este Dictamen, cuando el elemento real presuntamente causante del daño está dedicado o afecto a un servicio público, no cabe considerar dicho elemento ajeno al servicio.

Desde este punto de vista no ofrece duda que la zona donde se produjo la caída (aseo de la habitación donde se encontraba ingresada la interesada) se integra instrumentalmente en el servicio público sanitario que se presta en el citado Hospital.

Tampoco es dudoso el hecho mismo de la caída, toda vez que consta debidamente documentada en la historia clínica de la paciente, así como tampoco lo es la producción de un daño (fisura en parrilla costal izquierda postraumática y en rama iliopubiana izquierda).

Ahora bien, el carácter objetivo que es propio de la responsabilidad patrimonial de la Administración no supone que ésta responda de forma automática, sólo con constatar la realidad del daño. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 13 de Septiembre de 2002, unifica criterios en torno al alcance de la responsabilidad objetiva de la Administración respecto al funcionamiento de sus servicios públicos, recordando: *“reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo que tiene declarado, en Sentencia de 5 junio de 1998 (recurso 1662/94), que ‘la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier*

*eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico'. Y en la sentencia de 13 de noviembre de 1997 (recurso 4451/1993) también afirmamos que aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Sala como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla".*

En materia de responsabilidad patrimonial, corresponde a los reclamantes probar la relación de causalidad entre el evento lesivo y el actuar de la Administración (arts. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6 RRP) y a la Administración la de los hechos que la desvirtúen (art. 217.3 de la referida Ley), sin perjuicio del deber de colaboración para el esclarecimiento de los hechos que pesa sobre la Administración.

En el supuesto sometido a consulta, la reclamante no ha acreditado el nexo causal sobre el que sustenta su acción, pues ha quedado carente de prueba que la caída se produjera debido a que la tapa del sumidero del aseo estuviese suelta y desatornillada. Según manifiesta la propia reclamante cuando se produjo la caída se encontraba sola en el aseo (parte de caídas obrante al folio 8 en el que se indica que no estaba acompañada), por lo tanto sólo ella conocía los motivos reales de la caída, y todas sus declaraciones en los momentos inmediatamente posteriores al incidente coinciden en que sufrió un mareo, aunque no perdió el conocimiento, y que eso fue lo que la hizo caer. Esta versión de los hechos se refleja en numerosos documentos obrantes en el expediente, así:

1. El parte de caídas, antes indicado, en el que se hace constar como causa un mareo.
2. Hoja de evolución de los cuidados enfermería, en el que se recoge *"...refiere haberse mareado y después se ha caído"*.
3. Informe del Supervisor de la Unidad de Enfermería, mediante el que ratifica el contenido del parte de caídas y de la hoja de evolución que fueron elaborados con los *"datos que la enferma nos dio en ese momento"*.
4. Informe de la Auxiliar de Enfermería, en el que señala que al acudir a la llamada de la enferma, inmediata a la caída, y preguntarle qué había ocurrido, refirió *"que al ir a orinar se puso de cuclillas para orinar directamente en el contenedor de recogida de orina (en lugar de usar la cuña para recoger la orina) perdió el equilibrio y se cayó, esto sucedió en el cuarto de baño"*.

Posteriormente la reclamante cambia la versión de los hechos y achaca su caída a un tropiezo en la tapa sifónica que se encontraba levantada, y si bien este último hecho ha resultado acreditado por el informe elaborado por el Jefe de Servicio de Mantenimiento, el primero, es decir, la circunstancia del tropiezo, se halla huérfana de toda prueba, resultando más probable, como se indica en el citado informe técnico, que la tapa se levantara por haber recibido un golpe, que pudo ser el causado por el impacto de la paciente sobre ella al caer al suelo.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe añadir que tampoco existen datos en el expediente que permitan determinar si dicha anomalía en la tapa del bote sifónico suponía un riesgo capaz de provocar una caída como la sufrida por la interesada.

Así pues, siendo el título de imputación la falta del adecuado mantenimiento de las instalaciones hospitalarias y no habiendo conseguido probar la actora que la causa de la caída se deba a tal circunstancia, no resulta posible considerar acreditada la relación causal entre ambos hechos, lo que impide apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

Aun cuando la no concurrencia de los elementos necesarios para generar la responsabilidad patrimonial determina que no haya de abonarse indemnización alguna a la reclamante, ello no obsta para que se efectúe una consideración acerca de la carencia de prueba en lo que se refiere a que los períodos de tiempo en los que la paciente estuvo en situación de baja laboral sean imputables a las lesiones que sufrió como consecuencia de la caída, ni que por este motivo presente secuela alguna. De la documentación remitida por el INSS se desprende que con fecha 25 de enero de 2010 (folio 156), la x, fue objeto del siguiente juicio diagnóstico: *“Fx de astrágalo en enero 08. Súdeck. Osteocondritis astrágalo derecho. Cefalea en trueno. Polineuropatía sensitiva de origen tóxico-carencial”*. Asimismo en el apartado “limitaciones orgánicas o funcionales” se afirma lo siguiente: *“Patologías actualmente estabilizadas, no se objetivan limitaciones funcionales subsidiarias de IP”*, de donde se deduce que el período incapacitatorio no tuvo su origen en las lesiones provocadas por la caída y que, en cualquier caso, a la fecha antes indicada no presenta limitación funcional alguna.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir en el supuesto sometido a consulta todos los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 97-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 09/05/2011

**Extracto de doctrina**

Se advierten deficiencias en aspectos relevantes que determinan la necesidad de retrotraer las actuaciones para practicar diversas actuaciones de instrucción

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 21 de junio de 2007, x, y presentaron un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido a la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio. En síntesis, en el mismo expresan que el 20 de mayo de 2007, sobre las 16:55 horas, circulaban en su vehículo matrícula -- por la Autovía del Noroeste, por su carril derecho, en dirección a Caravaca de la Cruz, cuando, a la altura del p.k. 16,200, en un tramo curvo, divisaron una caja de fruta que había en la línea divisoria del arcén derecho y, cuando el coche se fue aproximando a aquélla, el viento mueve la caja hacia el centro del carril derecho, de forma que, para evitar la colisión con ella, el primero de los reclamantes, conductor del vehículo, giró de forma brusca hacia la izquierda, chocando con el bordillo de la isleta ajardinada de la mediana de la Autovía, quedando aquél finalmente en el carril izquierdo de ésta. Añaden que por tal accidente sufrieron daños corporales y en su vehículo, sin que puedan ser valorados todavía. Alegan que el obstáculo en cuestión representaba un peligro importante para la circulación, ya que, al estar en una autovía, la velocidad era alta y, al ser una caja de plástico, el viento las mueve de un lado a otro sin que se pueda prever su trayectoria en caso de visionarse, como le pasó al conductor, siendo su proceder el normal en estos casos, tendente a esquivar el obstáculo. Considera que existió una inadecuada conservación de la vía, cuya competencia corresponde a la Administración regional. Por todo ello, solicita la indemnización que en su momento se determine, y como prueba documental que se recabe del servicio 061 la historia clínica de los reclamantes y, de la Guardia Civil de Tráfico, los datos de que disponga.

Adjuntan a su escrito copia del informe estadístico “ARENA”, de la Dirección General de Tráfico, correspondiente al accidente, parte de declaración amistosa de accidente, suscrito por el conductor, documentos relativos a la asistencia sanitaria dispensada a los reclamantes por el

servicio 061 y el Servicio de Urgencias del hospital “Virgen de La Arrixaca”, y partes médicos de incapacidad laboral relativos a la reclamante.

**SEGUNDO.-** Mediante oficio de 5 de septiembre de 2007 se admite a trámite la reclamación y se requiere a los reclamantes para su mejora y subsanación, presentando aquéllos diversa documentación el 19 de septiembre de 2007.

**TERCERO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, mediante oficio de 25 de enero de 2008 adjunta el de 11 anterior emitido por la concesionaria del servicio de conservación y mantenimiento de la Autovía, que expresa lo siguiente:

*“La actual Autovía del Noroeste-Río Mula (C-415) pertenece a la Red de Carreteras de la Región de Murcia, siendo por lo tanto de titularidad autonómica.*

*A.- En el lugar, fecha y hora indicados en el escrito de reclamación, el siniestro en cuestión fue atendido por el personal de vigilancia de esta empresa concesionaria, según consta en los partes y registros de los que se dispone.*

*B.- La caída de un objeto desde un vehículo y la posterior colisión con el mismo deben considerarse un suceso imprevisible, en cuanto no puede mediar entre las dos circunstancias una vigilancia y actuación instantáneas en cualquier punto y a lo largo de los 62 Kms. que conforman el recorrido completo de la autovía.*

*C y D.- Se hace constar que en el centro de control de la autovía y en las horas previas al incidente, no se recibió comunicación alguna de la existencia de obstáculos en la calzada por parte de los servicios que habitualmente informan de este tipo de incidencias, esto es, la sala del 112, Guardia Civil de tráfico, policías locales, etc.*

*Posteriormente y una vez producida la colisión, se recibió aviso en la sala de control a través del poste SOS existente en las cercanías, desplazándose inmediatamente al lugar del siniestro el personal de mantenimiento que en ese momento estaba efectuando la ronda periódica de vigilancia por la zona.*

*Así pues, ante un hecho imprevisible, provocado por un tercero, y que es atendido en el momento en que se tiene conocimiento, no debe imputarse responsabilidad alguna a la Administración y al servicio público que desarrolla esta empresa concesionaria.*

*E y F.- No se han llevado a cabo actuaciones en la zona distintas de las que corresponden habitualmente a la conservación y explotación de la autovía.*

*La señalización, tanto vertical como horizontal, así como el balizamiento en toda la autovía y accesos es la preceptiva según la normativa vigente. Al tratarse de una vía de gran capacidad que discurre alejada de zonas urbanas no dispone de iluminación en ningún tramo, como es normal en este tipo de vías.*

*G.- Al no ser materia de su competencia, esta concesionaria no puede emitir ninguna valoración de los daños materiales y personales alegados por el reclamante.*

*I y J.- Como ya se ha explicado, la causa principal del siniestro es la colisión con un objeto (caja de fruta) caído desde un vehículo, actuando el servicio de vigilancia permanente que presta esta concesionaria a los pocos minutos de haberse producido y conforme a las normas establecidas.*

*La caída de cajas como las que provocaron el accidente en cuestión lamentablemente se produce con relativa frecuencia durante las campañas de recogida de fruta, recibándose en el centro de control de esta concesionaria numerosos avisos por parte de la sala del 112 a partir de las llamadas de los usuarios que las detectan sobre la calzada. Todos estos avisos son atendidos inmediatamente en el momento que se tiene conocimiento de los mismos.*

*Durante las campañas anuales de recogida de fruta, tanto Guardia Civil de tráfico como el personal de vigilancia de esta concesionaria extreman la atención ante estas situaciones imprevisibles que se producen a lo largo de toda la autovía y sus accesos.*

*Es importante reseñar nuevamente, la ausencia de cualquier comunicación previa por parte de los servicios y organismos que habitualmente notifican a nuestro centro de control cualquier anomalía o incidencia detectada en la vía, generalmente comunicadas por los usuarios de la misma y que son atendidas por el servicio de vigilancia permanente.*

*A partir de la descripción de los hechos que se hace en el escrito de reclamación, podría deducirse un cierto grado de impericia por parte del conductor del vehículo pues, suponiendo que la colisión con la caja de fruta hubiera sido inevitable -percibe con cierta antelación la existencia de la caja y ve como se desplaza por efecto del viento -, la maniobra evasiva que realiza provoca un accidente de mayores consecuencias y gravedad que el que se hubiera producido de haber*

*impactado directamente contra la caja, lo que habría ocasionado únicamente daños materiales de escasa consideración en el vehículo.”*

**CUARTO.-** El 11 de junio de 2008 los reclamantes presentan escrito en el que manifiestan haber percibido 3.447,62 euros de una compañía aseguradora en resarcimiento de parte de los daños causados en el vehículo por el accidente de referencia, y que, según factura de 31 de mayo de 2007, que aportan, los gastos de reparación del vehículo ascendieron a 10.000 euros, por lo que por tal concepto reclaman la diferencia, es decir, 6.552,38 euros.

En la misma fecha presentan informe médico privado, de 16 de enero de 2008, sobre el tratamiento, periodo de incapacidad y secuelas advertidas en la reclamante por el accidente en cuestión, en el que se hace referencia a determinadas actuaciones sanitarias públicas y privadas seguidas con aquélla; asimismo, adjuntan copia de dos facturas por determinados servicios en la sanidad privada, por importes de 420 y 1.875 euros, respectivamente.

El 13 de junio de 2008 presentan copia de otra factura por asistencia sanitaria privada, por importe de 150 euros.

**QUINTO.-** El 30 de junio de 2008 los reclamantes presentan un escrito en el que cuantifican la indemnización solicitada del siguiente modo: para el x, 20.300,08 euros, por diferentes conceptos: secuelas, periodo de incapacidad y daños en su vehículo no resarcidos por la compañía aseguradora; para la x, 22.224,77 euros, por determinadas secuelas y período de incapacidad y por gastos realizados en la sanidad privada. Adjuntan a dicho escrito la documentación ya aportada previamente y un informe de un facultativo privado, de 25 de junio de 2008, sobre el tratamiento, período de incapacidad y secuelas advertidas en el reclamante, en el que se hace referencia a diversas actuaciones sanitarias públicas y privadas seguidas con éste.

**SIXTO.-** Mediante comparecencia personal el 14 de noviembre de 2008, los reclamantes otorgaron representación en el expediente en favor de un tercero.

**SÉPTIMO.-** Acordado un trámite de audiencia y vista del expediente a los reclamantes, éstos presentaron alegaciones el 28 de noviembre siguiente, en las que, en síntesis, expresan su disconformidad con lo señalado en el informe de la empresa concesionaria del servicio, pues la presencia de un obstáculo como el que dio lugar al accidente no puede considerarse un hecho imprevisible e insuperable, pues precisamente dicha empresa informa que ello es frecuente durante la campaña de recogida de fruta; además, alegan que no se puede determinar el tiempo que llevaba la caja en la calzada porque era día festivo y al mediodía, por lo que el tráfico previo era

mínimo, además de que dicha empresa no ha señalado cuánto tiempo hacía que habían circulado sus operarios de mantenimiento por el tramo en cuestión, lo que es un dato importante. En cuanto a la impericia del conductor en la maniobra realizada, alegan que se trataba de un tramo curvo, con lo que la posibilidad de maniobra se decidió en milésimas de segundo, obrando aquél como sería lo normal en estos casos, para esquivar el obstáculo. Concluye señalando que, producido el daño, es a la Administración la que corresponde probar que actuó con diligencia para mantener la vía expedita y en condiciones de seguridad, lo que no ha ocurrido, por lo que reclaman indemnización en los términos expresados en su escrito anterior. Además, solicitan la práctica de prueba testifical en las personas que identifican a tal efecto.

**OCTAVO.-** Solicitado en su día informe al Parque de Maquinaria de la ya referida Dirección General, fue emitido el 18 de agosto de 2008, en el que, además de señalar que el valor venal del vehículo es de 9.990 euros y que no se le ha adjuntado factura de reparación del mismo (por lo que no pueden valorar los daños), expresa lo siguiente:

*“Ha ocurrido aquí un accidente muy aparatoso provocado por una caja de plástico que ha quedado sin un solo rasguño, según se desprende de las fotos que se aportan al expediente.*

*Según veo en una de las fotos de la caja que se incluyen en el expediente, se trata de una caja de plástico, de las utilizadas para el transporte de fruta, rotulada con el nombre de la Cooperativa "--".*

*El conductor del vehículo también es vecino de Mula, según consta en el permiso de conducción y, al parecer, ha preferido estrellar su coche contra el bordillo de la mediana que hacerlo contra la caja de plástico, cuyas características no le deben resultar desconocidas, pues el vehículo implicado es una furgoneta mixta con enganche de remolque y, quizás en alguna ocasión se le haya presentado realizar algún transporte de alguna mercancía en ese tipo de envase.*

*No me parece esa una reacción instintiva de un conductor normal, al volante de un vehículo, cuya inercia es capaz de destrozar la caja a costa de unos daños mínimos en el parachoques delantero del coche.*

*La caja, como puede observarse en la foto (identificada como IMG 5406), cuenta con muchas perforaciones en todo su perímetro, e incluso en su base, con el fin de que circule bien el aire hacia su interior, cuando está llena de fruta.*

*Esa misma circunstancia hace que ofrezca poca resistencia al viento, y, por tanto, para ser movida por éste, estando dicha caja sobre una superficie rugosa, como es el firme de la carretera, necesita de un viento relativamente fuerte.*

*Si esas eran las circunstancias en el momento del accidente, el vehículo no podría ir a mucha velocidad para no ver perturbada su trayectoria por la deriva que le pudiera producir el empuje del viento lateral y, por tanto, los daños en el mismo deberían de ser de poca consideración, así como los daños corporales de los ocupantes del vehículo.*

*En el Informe Estadístico de la Guardia Civil se señala que hacía buen tiempo en el momento del accidente, y no se indica que hubiese ninguna otra circunstancia adversa para la circulación.*

*El accidente, según se dice, se produjo un domingo a las 16:55 horas con circulación fluida, según el Informe de la Guardia Civil, y con una anchura total de la vía, compuesta de dos carriles y dos arcenes (ver fotos IMG 5416 e IMG 5417).*

*En el Informe Estadístico de la Guardia Civil se dice que el número de ocupantes del vehículo era 1 y en el apartado de estado del vehículo (página 3 del Informe) se señala "aparentemente ningún defecto".*

*Las fotos del vehículo (identificadas como IMG 5413, IMG 5414 y IMG 5415) no dejan lugar a dudas de que sí hubo daños de consideración en el vehículo, luego parece que hay aquí una incoherencia entre la realidad de los hechos y lo que se dice en el informe Estadístico que se adjunta al expediente.*

*La lógica indicaría que en la definición de "ocupantes" habría que incluirse al conductor y a los pasajeros, pero desconozco si esa es la interpretación que hace la Guardia Civil.*

*Lo que sí resulta claro es que el Informe tiene un apartado específico titulado "CIRCUNSTANCIAS DE LOS CONDUCTORES", en donde se detalla el nombre y apellidos del conductor, y otro, titulado "CIRCUNSTANCIAS DE LOS PASAJEROS", en el que no se ha hecho constar ningún dato.*

*Por último, no he podido encontrar en las fotocopias del Informe Estadístico de la Guardia Civil la fecha en que se ha cumplimentado dicho informe."*

**NOVENO.-** El 31 de mayo de 2010, tras realizar varias citaciones infructuosas a los testigos propuestos, se practica prueba testifical respecto de uno de ellos, que viene a ratificar los hechos alegados por los reclamantes en cuanto a la ocurrencia del accidente y su causa.

**DÉCIMO.-** Otorgado un nuevo trámite de audiencia y vista del expediente a los reclamantes, el 16 de julio presentaron escrito de alegaciones en el que, en síntesis, vienen a ratificar lo expresado en sus escritos anteriores.

**UNDÉCIMO.-** El 22 de septiembre de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que no existe la adecuada relación de causalidad que es jurídicamente necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues existe una imposibilidad material de evitar el daño ante la caída de un objeto, la caja de frutas, proveniente de un previo vehículo, aludiendo a que tal objeto debía haber caído hacía poco tiempo, dado el tráfico de la vía, según la IMD (intensidad media diaria de tráfico) de la misma; además, señala que la conducta del conductor produjo los cuantiosos daños reclamados, al girar bruscamente el vehículo e impactar contra la mediana, cuando el impacto contra la caja de plástico de fruta no hubiera provocado tales daños.

**DUODÉCIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en concordancia con el artículo 12.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento de la reclamación.**

I. Los reclamantes ostentan legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, en cuanto son las personas que sufrieron los daños físicos y materiales por los que en cada caso solicitan indemnización.

En la medida en que la reclamación se dirige contra la Administración regional por imputarse los daños alegados al funcionamiento de un servicio público de su titularidad, está legitimada pasivamente para resolver la reclamación.

II. Ésta ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), vistas las fechas de ocurrencia del accidente y de la presentación de la reclamación.

III. En cuanto al procedimiento, se advierten deficiencias en aspectos relevantes que determinan la necesidad de retrotraer las actuaciones para practicar diversas actuaciones de instrucción.

1. En primer lugar, no se ha recabado de la Guardia Civil de Tráfico los antecedentes de que pudiera disponer sobre el accidente de referencia, incluyendo el informe estadístico y fotos anejas cuya copia –no autenticada- aportan los reclamantes. Tampoco se ha recabado de la sanidad pública la historia clínica de sus asistencias a los reclamantes por los hechos de que se trata, como se desprende de los informes médicos aportados por los interesados, lo que resulta indispensable en orden a una eventual determinación de los daños físicos por los que reclaman, si ello fuera procedente.

2. Por otra parte, la propuesta de resolución se refiere a un dato, la IMD (intensidad media de tráfico) de la vía en cuestión, que no figura acreditada en el expediente, debiéndose incorporar al mismo.

3. Se debe requerir al reclamante la copia de la documentación justificante de la indemnización que dice haber percibido, acreditando la compañía, incluyendo el finiquito de indemnización y el concepto en que ésta se reconoció.

4. Además, tratándose de daños acaecidos durante la utilización de un servicio público gestionado mediante concesión administrativa, se advierte que no se ha otorgado trámite de audiencia al concesionario del servicio (al que sólo se le solicitó la emisión de un informe, sin emplazarlo propiamente en el procedimiento), cuando no cabe duda de su condición de interesado, ya que en la resolución del mismo podría determinarse su responsabilidad por los daños

reclamados, de conformidad con lo establecido en el artículo 97 del RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en la fecha de los hechos, y en el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

El concesionario del servicio es, por tanto, un interesado en el presente procedimiento, en cuanto la resolución que se adopte en el mismo puede afectar a sus derechos (art. 31, b) LPAC), por lo que, al margen de haberle solicitado un informe sobre los hechos (y que la Dirección General de Carreteras lo asuma como propio y el preceptivo que debe evacuar en estos procedimientos), debe otorgarse a la referida empresa concesionaria un trámite de audiencia tras la instrucción ya realizada y la que procede realizar según lo expuesto con anterioridad, y ello para evitar su eventual indefensión, dándosele la específica posibilidad de que pueda completar lo expresado en el informe que emitió, con la presentación de los partes de trabajo o protocolos análogos en los que pueda acreditar la frecuencia de sus labores de vigilancia y paso respecto de la vía y la fecha en cuestión, por ser un factor relevante en estos casos, sin que ello implique necesariamente prejuzgar el sentido de la resolución final, que deberá serle notificada en su momento.

Por todo ello, una vez se practiquen las actuaciones reseñadas en los anteriores puntos 1, 2 y 3 procederá otorgar un nuevo trámite de audiencia y vista del expediente a los reclamantes y a la empresa concesionaria, con posterior formulación, cuando proceda, de una nueva propuesta de resolución, que deberá ser remitida a este Consejo Jurídico para la emisión de Dictamen sobre el fondo del asunto.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Procede retrotraer el procedimiento para practicar las actuaciones reseñadas en la Consideración Segunda, III del presente Dictamen, por las razones allí expresadas.

**SEGUNDA.-** En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, desestimatoria de la reclamación, se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 98-2011**

**Asunto** Reclamación patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 09/05/2011

**Extracto de doctrina**

Fuerza mayor es la acción de una causa externa e irresistible, inevitable, insuperable, con independencia de que se pueda o no prever, y siendo, como es, una excepción al principio general de responsabilidad, si la Administración pretende oponerla deberá probar que una acción exterior de esa naturaleza interrumpe el nexo causa

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 1 de junio de 2007, x, Procurador de los Tribunales, en representación de x, y, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados al vehículo propiedad de la primera (marca Opel, modelo Corsa, matrícula --), cuando circulaba por la Carretera A-15, en dirección a Jumilla, dentro del término municipal de Yecla, conducido con la debida autorización por el hijo de la primera, x y viajando como ocupante la x. Según el reclamante los hechos ocurrieron el 7 de marzo de 2007 cuando el viento arrancó un pino existente en el margen de dicha carretera, cayendo sobre el citado vehículo, provocando serios daños materiales al mismo, así como lesiones a la x.

Acompaña a su escrito la siguiente documentación:

1. Copia del permiso de circulación del vehículo siniestrado.
2. Copia de la peritación y presupuesto de reparación del automóvil por importe de 2.814,44 euros.
3. Copia de las Diligencias núm. 56/2007, levantadas por la Guardia Civil, puesto de Yecla.
4. Copia del parte de la asistencia sanitaria prestada en el hospital Virgen del Castillo a la x, en el que consta como diagnóstico hematoma en frente y cervicalgia.

Propone los siguientes medios de prueba:

1. Que se solicite informe a la Guardia Civil de Tráfico de Murcia, para que indique si tiene constancia de los hechos sobre los que se basa la reclamación.
2. Que se solicite informe de la Guardia Civil, puesto de Yecla, en el mismo sentido y, además, sobre si efectuaron diligencia de reconocimiento del lugar del accidente.
3. Que se solicite informe a la Policía Local de Yecla en el mismo sentido antes indicado.

Considera que los hechos son constitutivos de un supuesto de responsabilidad patrimonial y solicita una indemnización de 2.814,44 euros, por los daños sufridos en el vehículo propiedad de la x, así como el importe que resulte de la valoración de las lesiones de la x.

**SEGUNDO.-** Con fecha 20 de septiembre de 2007, el órgano instructor requiere al reclamante para que aporte la documentación y facilite los datos que se hacen constar a los folios 25 y 26 del expediente, entre los que se incluyen los siguientes:

- Acreditación, por cualquier medio válido en derecho, de la representación con la que afirma actuar.

- Fotocopia compulsada del informe de urgencias, así como de los partes médicos de baja y alta justificativos del tiempo que ha estado la lesionada impedida para el desempeño de sus actividades habituales.

**TERCERO.-** Simultáneamente el órgano instructor recaba de la Dirección General de Transportes y Carreteras, informe sobre la acreditación de la titularidad de la carretera, así como de otros aspectos relacionados con el accidente y que figuran al folio 18 del expediente; del Centro Meteorológico Territorial de Murcia, informe sobre la velocidad del viento el día y hora en el que se produjeron los hechos causantes del accidente; de la Guardia Civil de Yecla, remisión de la copia autenticada de las Diligencias instruidas como consecuencia del accidente

**CUARTO.-** La Guardia Civil del puesto de Yecla remite las diligencias número 56/2007, en las que se hace constar que el día 13 de marzo de 2007, se personó x, denunciando los siguientes hechos:

*“Que sobre las 11:40 horas del día 13 de marzo de 2007, se persona, el que acredita llamarse por medio de su D.N.I. n° --, x, natural de Alicante (Alicante), nacido el día 03-07-80, hijo de x, y, con domicilio en la Pedanía de -- (Yecla-Murcia), en C/ --, con nº teléfono --, denunciando:*

*Que el día 07 de marzo de 2007, sobre las 23:00 horas cuando circulaba por la A-15, en dirección Jumilla a --, en el Término municipal de Yecla (Murcia), con el turismo OPEL CORSA, MATRICULA --, propiedad de su madre x, junto a su novia x (--), en un tramo de curvas en donde se encuentran varios pinos en ambos lados de la carretera, uno de dichos pinos fue arrancado de cuajo a consecuencia del fuerte viento reinante que había en ese momento por la zona, cayendo encima del vehículo que conducía, ocasionándole numerosos desperfectos en dicho turismo, así como daños personales a su novia que en esos momentos iba en el asiento del copiloto.*

*Que el vehículo aún podía circular llevándose a su domicilio en --, dirigiéndose posteriormente a Yecla para llevar a su novia -- al Hospital VIRGEN DEL CASTILLO para que la atendiera de los daños que le había provocado el pino al caer sobre el vehículo por el lado del acompañante, sufriendo ella la peor parte del accidente.*

*Que llegando a Yecla vio a la Policía Local de Yecla diciéndole lo ocurrido y que en el lugar del accidente había un pino atravesado en la carretera para que fueran los bomberos a quitarlo para evitar más accidentes.*

*Que el jueves día 08, siguiente al día del accidente, fue a la oficina del seguro, que tiene en --, de la localidad de Pinoso (Alicante), sita en la Avda. --, para comunicar el accidente y llevar los partes médicos, diciéndole el responsable de la compañía de seguros que pusiera denuncia ya que el viento marcaba 90 Kms/hora y que para hacerse cargo del siniestro el viento tiene que llegar a 140 Kms/hora.*

*Que presenta parte de lesiones expedido por el Hospital Virgen del Castillo de Yecla (Murcia), así como factura (sic) de los daños ocasionados al turismo, expedido por el taller --, sito en Pinoso.*

*PREGUNTADO porque no llamó al servicio de emergencias 112 para que atendiera a su novia o a la grúa para que se llevara el vehículo del lugar del accidente, manifiesta que el vehículo al poder circular y estar cerca de -- y por el fuerte viento que había en esos momentos iba a tardar menos para que atendieran a su novia en el Hospital de Yecla*

*PREGUNTADO si tiene algo más que decir, manifiesta que no, que lo dicho es la verdad en lo que se dice y manifiesta”.*

A dichas diligencias se unen parte médico de asistencia y copia del presupuesto de reparación del vehículo. Asimismo, en el apartado “Diligencia de prácticas de gestiones”, se indica lo siguiente:

*“Por la presente se hace constar, que tras llamada telefónica al número (x) del Servicio de Conservación de carreteras de la Comunidad Autónoma de Murcia, participaron que efectivamente en el tramo de la carretera A-15 a unos 3 kilómetros del cruce con la C-3223, (lugar donde ocurrió el accidente) por parte de dicho Servicio de conservación, durante la mañana del día 8 de los presentes, se había efectuado la retirada de la vía de varios árboles caídos por el viento reinante”.*

**QUINTO.-** Mediante escritos fechados el 10 y el 17 de octubre de 2007, el x cumplimenta el requerimiento que se le había efectuado, aportando diversa documentación entre la que figura la siguiente:

- Escritura de poder de representación procesal otorgada por x a favor, entre otros, del Procurador actuante.

- Peritación y presupuesto de reparación del vehículo siniestrado.

No se acompañan, sin embargo, los partes médicos acreditativos de los días en los que la x pudo estar impedida para la realización de sus tareas habituales.

**SEXTO.-** El Centro Meteorológico Territorial en Murcia informa que la máxima velocidad alcanzada por el viento en la estación meteorológica de Yecla “--”, que es la más próxima a la carretera A-15 dirección Jumilla, dentro del término municipal de Yecla, que mide dicha variable, el día 7 de marzo de 2007, fue, a las 20:20 horas, de 95 km/h.

**SÉPTIMO.-** Requerida la Policía Local de Yecla para que informe sobre los hechos objeto de la reclamación, mediante escrito de 17 de diciembre de 2007, lo hace en el siguiente sentido: *“tras consultar nuestros archivos, no se ha encontrado ninguna información sobre el siniestro de referencia”.*

**OCTAVO.-** El Jefe de Sección II de Conservación de Carreteras de la Dirección General de Transportes y Carreteras emite informe el 3 de marzo de 2008, contestando del modo siguiente a las preguntas formuladas por el órgano instructor:

*“1. En este servicio no se tiene constancia de este siniestro concreto aunque se puede afirmar que en la noche reseñada se produjo un vendaval que provocó diversos daños en las Carreteras del entorno del Altiplano y de la Comarca Oriental.*

*2. La realidad y certeza del accidente aparece justificada por las manifestaciones y documentos aportados por la reclamante.*

*3. Durante la noche del 7 al 8 de Marzo de 2007, se produjo un vendaval que produjo el desgajamiento de un pino y su caída hacía la carretera A-15 ocupando la mitad de la calzada de la misma.*

*4. Estimo que no existe relación de causalidad entre el siniestro y el anormal funcionamiento del servicio público de carreteras, ya que hemos de tener en cuenta que la Red Regional de Carreteras tiene más de 3.000 Kms. y que no se puede prever la ocurrencia de un vendaval y la caída de ramas en diversas carreteras de un territorio tan amplio como las comarcas del Altiplano Oriental en los Municipios de Abanilla, Fortuna, Blanca Jumilla, Yecla y Abarán y poder atenderlas de manera inmediata, aunque hay que manifestar que desde el momento en que se tuvo conocimiento del vendaval, todo el personal adscrito al servicio estuvo retirando ramas y demás obstáculos que podían ocasionar problemas a los usuarios de esas carreteras”.*

**NOVENO.-** Conferido trámite de audiencia al Procurador actuante, éste no hace uso del mismo al no comparecer ni formular alegación alguna.

Seguidamente el órgano instructor redacta propuesta de resolución que desestima la reclamación por considerar que el nexo causal se rompió a consecuencia del fuerte viento registrado que ha de considerarse como un hecho constitutivo de fuerza mayor.

**DÉCIMO.-** Con fecha 16 de septiembre de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

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

Las reclamantes ostentan legitimación activa, puesto que han acreditado en el expediente ser la propietaria del vehículo presuntamente dañado (x) y haber sufrido lesiones como consecuencia del accidente (x), aunque la solicitud no es formulada por ellas sino por el x, Procurador, que afirma actuar en nombre de ambas. Sin embargo, la acreditación que el firmante dice tener conferida sólo se ha realizado respecto de la x, con la aportación de la escritura de poder otorgada a su favor. La representación que también afirma ostentar en relación con la x no ha resultado acreditada, al no obrar en el escrito de interposición de la reclamación, ni en ningún otro posterior, la rúbrica de ésta, sin que tampoco se haya llevado a cabo por cualquier otro medio válido en derecho, según prevé el artículo 32.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Por ello, previamente a la resolución del procedimiento, es necesario que la interesada ratifique los actos realizados por el que compareció en su nombre; en caso contrario, no podrá resolverse el procedimiento en lo tocante a la misma, al carecer el pretendido representante de toda legitimación al efecto.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, al ser la carretera donde se produce el accidente de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento. El órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2,o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (LRJMU).

En lo que se refiere al cumplimiento del plazo para su ejercicio, esta reclamación se ha presentado dentro del plazo de un año previsto al efecto por el artículo 142.5 LPAC.

Por último, cabe afirmar que el procedimiento seguido se ha ajustado en términos generales a los trámites previstos en el artículo 6 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP). No obstante cabe formular las siguientes observaciones:

a) En los extremos sobre los que se requirió informe a la Dirección General de Transportes y Carreteras, se debió incluir los relativos a las labores de conservación desarrolladas en relación con el árbol caído, así como sobre su ubicación (si formaba parte de una masa arbórea o se encontraba aislado), sus características y su porte, todo ello a fin de poder dilucidar más claramente la incidencia que el viento reinante en el momento del accidente pudo tener sobre su desprendimiento.

b) Apartándose de la práctica a la que normalmente se atiene la Consejería consultante no se ha solicitado, en el presente caso, informe del Parque de Maquinaria. En este sentido, conviene recordar que el Consejo Jurídico viene, al menos desde nuestro Dictamen 56/2001, indicando la conveniencia de recabar un informe adicional de los servicios técnicos del Parque Móvil, pues ello asegura la necesaria correspondencia entre el accidente y los daños cuya indemnización se reclama.

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

El artículo 139.1 LPAC establece que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Aplicado lo anterior al supuesto que nos ocupa, la Consejería consultante no discute en ningún momento la realidad de los hechos y de los daños alegados, así como su cuantificación (aunque sólo en relación con la reclamante x). También admite la antijuricidad del daño por el que se reclama, ya que *“según la normativa anteriormente referida en el apartado anterior (art. 141 LPAC), incumbe a la Administración el deber de mantener las carreteras de su titularidad abiertas a la circulación en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen quede normalmente garantizada”*.

No obstante, el órgano instructor propone la desestimación de la reclamación, basándose para ello únicamente en la existencia de fuerza mayor como consecuencia de la velocidad de 95 km/h que alcanzó el viento el día en el que ocurrieron los hechos.

La jurisprudencia ha venido a concretar, con respecto a la Administración, que por fuerza mayor se entiende la producción de acontecimientos insólitos y extraños al campo normal de las

previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su naturaleza y que sean imprevisibles o inevitables en caso de ser previstos. Vemos, pues, que la interpretación dada por los Tribunales a la excepción de fuerza mayor es muy restrictiva. Así, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999, afirma que concurre esta causa de exoneración cuando *“hay indeterminación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir, aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: `Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado”*.

En definitiva, fuerza mayor es la acción de una causa externa e irresistible, inevitable, insuperable, con independencia de que se pueda o no prever, y siendo, como es, una excepción al principio general de responsabilidad, si la Administración pretende oponerla deberá probar que una acción exterior de esa naturaleza interrumpe el nexo causal del perjuicio ocasionado por la acción administrativa (SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 5 y 15 de diciembre de 1997, entre otras).

En este sentido el Consejo entiende que en el presente caso la Administración no ha practicado prueba suficiente para que tal exoneración pueda aplicarse, pues sólo se ha basado para esgrimirla en un certificado de datos meteorológicos en el que se refiere que en la Estación de Yecla “--”, la más próxima al lugar del accidente, la máxima velocidad alcanzada por el viento el día 7 de marzo de 2007, se produjo a las 20:20 horas (casi tres horas antes de la ocurrencia del siniestro), y fue de 95 Km/h, siendo insuficiente este dato para que, por sí mismo, se pueda deducir la existencia de fuerza mayor.

En efecto, aun admitiendo que el viento que dio lugar al desgajamiento del árbol alcanzara una fuerza inusual, no ha quedado demostrado en el expediente por parte de la Administración (a quien incumbe, como antes se decía) el cumplimiento del deber de conservación del arbolado de la carretera, con la aportación de los partes de revisiones y talas efectuadas, pues el desarrollo normal del ejercicio de la función preventiva constituye en estos casos un dato de trascendental relevancia, a los efectos de calibrar la responsabilidad patrimonial en la que hubieran podido incurrir los servicios públicos, sin que tal circunstancia haya quedado acreditada en el expediente. Tal carencia probatoria y el hecho de que, según se desprende de lo actuado, sólo se arrancara un árbol -cuando según manifiesta el conductor en su comparecencia ante la Guardia Civil, eran varios los pinos existentes en la zona-, nos lleva a afirmar, como lo hace el TSJ en la Región de Murcia,

en Sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 63/2000, de 19 de enero, dictada en un supuesto similar al que nos ocupa, que sin duda la caída del árbol se produjo porque no se hallaba en las debidas condiciones de seguridad.

Por otro lado, en lo que se refiere al dato relativo a la velocidad del viento, si acudimos, a título orientativo, como lo hace el TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia de 23 de mayo de 2006, al Real Decreto 300/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios, se constata que en su artículo 2 establece que la fuerza del viento debe superar los 135 km/h como viento extraordinario (apartado 1,e),4º), para que tenga la consideración de “riesgo extraordinario”, y todo ello, añade la Sentencia, sin que quepa equiparar de un modo automático dicho carácter extraordinario con la existencia de fuerza mayor.

Así pues, no ha quedado acreditada la concurrencia en este caso de fuerza mayor, ya que ni el viento reinante tuvo carácter extraordinario, ni la Administración ha probado que actuara diligentemente en la revisión, conservación y talado de los árboles, a pesar de lo cual no se hubiera podido evitar el daño. Por tanto, procede estimar la reclamación e indemnizar en los términos que se indican en la siguiente Consideración.

#### **CUARTA.- Indemnización.**

Afirmada la existencia de nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños alegados por las reclamantes, se hace necesario examinar ahora la efectividad de éstos y, en su caso, su cuantificación.

En relación con las lesiones sufridas por x, con independencia de la falta de acreditación de la representación a la que se hace referencia en la Consideración Segunda del presente Dictamen, no se han aportado al expediente, a pesar del requerimiento expreso que al respecto se formuló por el órgano instructor, los partes médicos de baja y alta que permitieran determinar el alcance y cuantificación del daño alegado, por lo que se ha de entender que no ha resultado probada la concurrencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, al que hace referencia el artículo 139.2 LPAC.

Respecto de los daños ocasionados al vehículo se acreditan en el expediente mediante un informe pericial y un presupuesto del coste de la reparación, ambos coincidentes en señalar como tal la cantidad de 2.814,44 euros. Como ha indicado este Consejo Jurídico en varias ocasiones, el detrimento o perjuicio patrimonial efectivo y evaluable económicamente al que hace referencia el

citado artículo 139.2 LPAC, se produce cuando se ocasiona el daño de que se trate (aquí cuando el pino cae sobre el vehículo y le produce los daños descritos en el informe pericial). Cuestión distinta es la relativa a la cuantificación económica de ese daño que, en estos casos, está constituido por el valor de reparación o sustitución de lo dañado.

A tal efecto, no cabe duda de que la factura de la reparación del bien dañado constituye, frente al simple presupuesto de los trabajos de reparación, un documento mucho más fiable para que, a su vista, el instructor y, en su caso, los servicios técnicos de la Administración (aquí, el Parque de Maquinaria), determinen si los gastos allí reflejados se corresponden con el daño imputable a la Administración. Sin embargo, de igual modo que el afectado no tiene que esperar a la conclusión del procedimiento de reclamación para reparar el daño, tampoco puede exigírsele en todo caso que proceda previamente a su reparación, pues resulta lícito y comprensible que aguarde a la resolución del procedimiento para decidir si afronta o no el desembolso (por ejemplo, porque considere que la responsabilidad no está clara y, por tanto, tampoco el eventual reembolso de lo que tuviera que abonar por la reparación).

Por ello, producido y acreditado un daño efectivo (aquí, repetimos, los relacionados en el peritaje), y no constando indubitadamente su efectiva reparación, se trata de determinar, a la vista de las concretas circunstancias del caso, si el presupuesto aportado constituye un documento probatorio suficiente para fijar el valor de reparación de los daños producidos, o si la naturaleza y características de éstos hacen dudar fundadamente de la estimación realizada en el presupuesto, circunstancia esta última que podría acontecer cuando no es posible determinar *a priori* con suficiente exactitud la entidad de las labores de reparación (lo que, a su vez, podría dar lugar a una estimación económica al alza en el correspondiente presupuesto, por motivos de cautela que a nadie escapan).

En el presente caso, tratándose de un vehículo muy antiguo (la fecha de matriculación data del 18 de marzo de 1996), surgen dudas respecto a la efectiva reparación de los daños que sufrió, por lo que el Consejo considera que se ha de solicitar informe del Parque Maquinaria en el que se deberá expresar la conformidad con el presupuesto o la conveniencia técnica de que se requiera a la interesada la factura de reparación, procediendo a indemnizar, en el primer caso por el importe del presupuesto, es decir, 2.814,44 euros, y en el segundo por el importe que resulte acreditado por las facturas de reparación presentadas, con el límite de valor venal del vehículo. Cantidades que, en cualquier caso, han de actualizarse en aplicación de lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC, y conformarse, como ya se ha dicho, por el Parque de Maquinaria.

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

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que sí concurren, en relación con la reclamante x, elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, sin que pueda apreciarse concurrencia de fuerza mayor.

**SEGUNDA.**- La determinación de la cuantía de la indemnización habrá de atender a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 99-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por la falta de notificación del laudo dictado por el Colegio Arbitral de Consumo.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 09/05/2011

**Extracto de doctrina**

"1.El servicio al que se le imputa el daño es el de arbitraje desarrollado por la Junta Arbitral de Consumo, la cual depende de la Comunidad Autónoma.

2. La mera comprobación de que en un expediente se han superado los plazos fijados para su resolución no se desprende, de forma mecánica, el derecho del interesado a ser indemnizado. Si, ciertamente, el cumplimiento de los plazos es, no sólo deseable, sino jurídicamente obligatorio, ello no puede llevar a vincular a la Administración todos los daños y perjuicios derivados de un retraso, aun leve y justificado, pues ello supondría la extensión del instituto resarcitorio más allá de sus límites naturales."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 23 de junio de 2010, x presenta ante la Consejería de Sanidad y Consumo una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por la falta de notificación de un laudo arbitral, dictado el 18 de diciembre de 2009, por el Colegio Arbitral de Consumo con sede en Cartagena.

En el arbitraje de referencia, el interesado reclamaba la devolución del importe de la compra de un producto adquirido en una gran superficie comercial, más los intereses de mora correspondientes. A la fecha de la reclamación, dicho laudo, que ha podido saber que es favorable a su pretensión, todavía no ha sido notificado.

Considera el reclamante que la falta de notificación en plazo del laudo le supone un daño patrimonial al impedirle el cobro del importe reclamado en el procedimiento arbitral, solicitando una indemnización equivalente a los intereses de mora de la cantidad que finalmente recoja el laudo arbitral, a calcular desde el 8 de octubre de 2009, fecha límite para dictar el laudo.

**SEGUNDO.-** Consta en el expediente el indicado laudo, en el que se condena al establecimiento comercial a devolver al interesado el importe de la compra (83,90 euros), más una

indemnización por los perjuicios causados del 15% de dicho importe (12,58 euros), ascendiendo el total a pagar al interesado a 96,48 euros. Señala, asimismo, como plazo máximo de ejecución, un mes desde su notificación.

Consta, asimismo, que dicho laudo fue remitido por el Servicio de Arbitraje de Consumo dependiente de la Dirección General de Atención al Ciudadano, Drogodependencias y Consumo a la Oficina Municipal de Información al Consumidor (OMIC) del Ayuntamiento de Cartagena, el 1 de marzo de 2010, *“para su firma por parte de los árbitros”*, de su Presidenta y *“su posterior envío a las partes”*.

**TERCERO.-** Admitida a trámite la reclamación, se designa instructora que procede a notificar al interesado dicha admisión y a solicitar de la Dirección General de Atención al Ciudadano, Drogodependencias y Consumo el preceptivo informe. Éste, emitido por el Jefe de Servicio de Arbitraje, informa que el laudo, una vez dictado, fue remitido a la OMIC del Ayuntamiento de Cartagena para ser firmado por los árbitros y, posteriormente, ser notificado al administrado, función que, según convenio firmado en su día entre el Ayuntamiento y la Comunidad Autónoma, corresponde al Ayuntamiento. El servicio de consumo municipal informa que, en el momento en que los árbitros firmaron el laudo, se cursó su notificación al interesado de forma inmediata.

Considera el Jefe de Servicio de Arbitraje que procede inadmitir la reclamación, pues la demora en la notificación por parte del Ayuntamiento habría estado causada por el retraso en su firma por los árbitros y el daño causado únicamente podría identificarse con los intereses de demora de la cantidad a abonar por el establecimiento comercial reclamado y condenado en el procedimiento arbitral, intereses que apenas alcanzarían el montante de 1 euro.

**CUARTO.-** Conferido trámite de audiencia a la OMIC del Ayuntamiento de Cartagena y al reclamante, no consta que presenten alegaciones.

**QUINTO.-** Con fecha 22 de diciembre de 2010, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por falta de legitimación pasiva de la Administración regional, dado que el presunto daño sufrido por el reclamante lo habría sido por la falta de notificación del laudo arbitral, función de carácter administrativo que corresponde al Ayuntamiento de Cartagena.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 3 de enero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

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

1. El reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC), en relación con el artículo 31 de la misma Ley, respecto del perjuicio patrimonial cuyo resarcimiento se reclama.

2. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 LPAC.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en términos generales, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales.

#### **TERCERA.- De la legitimación pasiva.**

Según la propuesta de resolución, la Administración regional carece de legitimación pasiva respecto de la reclamación presentada, al señalar como Administración causante del presunto daño al Ayuntamiento de Cartagena, a través de su OMIC, a la que correspondía la función administrativa de notificar el laudo arbitral.

No comparte el Consejo Jurídico esta apreciación. El servicio al que se le imputa el daño es el de arbitraje desarrollado por la Junta Arbitral de Consumo, la cual depende de la Comunidad Autónoma. En efecto, de conformidad con el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, las Juntas Arbitrales de Consumo son los órganos administrativos de gestión del arbitraje institucional de consumo y prestan servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría, tanto a las partes como a los árbitros (art. 5), correspondiéndoles gestionar e impulsar los procedimientos arbitrales de consumo (art. 6). Estarán integradas, entre otros, por un presidente y un secretario, cargos que deberán recaer en personal al servicio de las Administraciones públicas, y serán designados por la Administración de la que dependa la Junta (art. 7.1). El secretario de la Junta Arbitral de Consumo garantizará el funcionamiento administrativo de la Junta, siendo responsable de las notificaciones de los actos de aquélla, que se efectuarán conforme a lo dispuesto en los artículos 58 y siguientes de la LPAC (art. 7.3). Ello no obsta a que, como ocurre en el supuesto sometido a consulta, la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad Autónoma cree delegaciones territoriales, como la de Cartagena, que cuenta con su propio secretario.

La creación de dicha delegación se realiza a través de un convenio entre la Comunidad Autónoma y la Corporación Municipal, de octubre de 1994 (folios 26 y siguientes del expediente), por el que se crea una sede descentralizada de la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia en la OMIC del Ayuntamiento de Cartagena, para la resolución de los conflictos de consumo que se produzcan en el ámbito territorial del municipio y su comarca. La dependencia de dicha delegación respecto de la Junta Arbitral de Consumo regional se plasma en el nombramiento de los colegios arbitrales específicos por el Consejero competente en materia de consumo y en la obligación de remitir los expedientes arbitrales a la Junta para su archivo. El convenio prevé, asimismo, el nombramiento de un secretario de colegio arbitral para la sede, que realizará las funciones inherentes al cargo, conforme a lo establecido en el Real Decreto regulador del Sistema Arbitral de Consumo.

El carácter de sede descentralizada del referido órgano arbitral y su dependencia de la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia, determinan que, aunque llegara a considerarse que la causa del daño alegado fuera la demora en la realización de sus funciones notificadoras por parte del secretario de la indicada sede, y aunque no consta en el expediente qué Administración nombró al secretario, no pueda negarse la legitimación pasiva de la Comunidad Autónoma para la tramitación de la presente reclamación, que deriva del ejercicio de sus competencias en materia de arbitraje de consumo, si bien lo hace de forma descentralizada mediante una delegación para un ámbito territorial específico.

Y ello sin perjuicio de afirmar también la existencia de legitimación pasiva del Ayuntamiento de Cartagena que “a través de la OMIC y con sus medios personales y humanos” asume la tramitación de las correspondientes solicitudes de arbitraje y aporta de su personal el necesario para la constitución de los colegios arbitrales, entre los cuales se encuentra el Secretario del mismo, a quien corresponde ejercer las funciones inherentes a dicho cargo, entre las que el RD 231/2008, le asigna la de notificar los actos del órgano arbitral. Por ello, resulta acertado que se haya otorgado un trámite de audiencia a la Corporación Local, de acuerdo con la doctrina de este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen núm. 26/1999), cuando se advierte la posible responsabilidad de otra Administración en los hechos objeto del procedimiento, debiendo considerarse a ésta como interesada, pues, en la medida en que pueda ser objeto de una acción de regreso o, incluso, de una directa imputación de corresponsabilidad, ha de entenderse que la resolución podría afectar, mediata o inmediatamente, a sus intereses.

#### **CUARTA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial.**

El artículo 139.1 LPAC dispone que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. A los anteriores requisitos hay que añadir la antijuridicidad del daño (artículo 141.1 de la misma Ley), es decir, sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

##### a) El daño.

Para el interesado, el daño alegado se identifica con los intereses de demora de la cantidad que recoja el laudo, a calcular desde el día 8 de octubre de 2009, plazo máximo para dictar el laudo, hasta la fecha en que éste se notifique de manera efectiva.

Ha de señalarse, en primer lugar, que, si bien al momento de formularse la reclamación, el 23 de junio de 2010, el laudo todavía no le había sido notificado, éste lo fue el 7 de julio de 2010, antes de que se admitiera a trámite la resolución y se designara instructora, por lo que la primera actuación de ésta debió ser la de requerir al interesado para la mejora de su solicitud, fijando la evaluación económica del daño, conforme a lo establecido en el artículo 6.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP), pues tal determinación ya resultaba posible al interesado una vez conociera la cantidad establecida en el laudo.

En cualquier caso, cuando el interesado solicita que se le abonen los intereses de demora de la cantidad que recoja el laudo, lo que persigue es que se le compense por la imposibilidad de cobrar de la empresa reclamada dicho importe hasta que se notifique a las partes la decisión arbitral. Considera el Consejo Jurídico que, a tal efecto, el interés aplicable habría de ser el legal del dinero, fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, en aplicación analógica de lo establecido en el artículo 1.108 del Código Civil para los intereses moratorios en defecto de pacto entre las partes.

Que la aplicación de ese interés (4%) a la cantidad establecida en el laudo (96,48 euros) arroje un importe indemnizatorio muy reducido, en contra de lo indicado por el Jefe de Servicio de Arbitraje de Consumo de la Consejería consultante, no es obstáculo para la admisión de la reclamación y ulterior declaración de responsabilidad patrimonial, si se constata la concurrencia de todos los elementos generadores de aquélla, y ello porque el sistema de responsabilidad patrimonial persigue garantizar al interesado su indemnidad respecto de "*toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos*" (art. 106.2 CE). La justicia y adecuación de la valoración habrá de basarse, por tanto, en el carácter integral de la misma, es decir, que la víctima o perjudicado por el funcionamiento del servicio público resulte indemne, independientemente del valor del resarcimiento. En este sentido, este Consejo Jurídico ha llegado a establecer la procedencia de indemnizar a una interesada por importe de un euro (Dictamen 26/2008) y el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de marzo de 1.991, también señala la procedencia de declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración aun en presencia de un quebranto patrimonial de escasa entidad económica, cuando concurren el resto de requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico.

b) Nexos causal y antijuridicidad del daño.

De conformidad con el artículo 49.1 RD 231/2008, el plazo para dictar un laudo será de seis meses a contar desde el día siguiente al inicio del procedimiento arbitral. En el supuesto sometido a consulta, tal comienzo coincide con la admisión a trámite de la solicitud de arbitraje (art. 37.3), que tiene lugar el 7 de abril de 2009.

En consecuencia, el plazo para dictar el laudo y notificarlo vencía a los seis meses a contar desde el día siguiente a dicha fecha, el 7 de octubre de 2009. Sin embargo, consta en el expediente que el colegio arbitral no se reúne hasta el 18 de diciembre de 2009, fecha en la que se intenta la conciliación entre las partes y, ante el resultado negativo de la misma, se procede a dictar laudo. Éste es remitido por el Servicio de Arbitraje de Consumo a laOMIC de Cartagena, siendo

recibido el 1 de marzo de 2010. Dicha remisión se efectúa para su firma por los miembros del Colegio arbitral y posterior envío a las partes.

La notificación de la decisión arbitral, que de conformidad con el artículo 50 RD 231/2008, *“se realizará, a falta de acuerdo de las partes conforme a la práctica de la Junta Arbitral de Consumo, según lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”*, no se produjo hasta el 7 de julio de 2010.

De la secuencia de hechos expuesta se advierte con claridad que se produjo una demora tanto en la tramitación del procedimiento arbitral que desemboca en el laudo, que ya se dicta fuera del plazo legalmente establecido, como en su posterior firma y envío a las partes, lo que se lleva a efecto nueve meses después de la fecha límite en que debía haberse notificado.

Para el interesado, el título de imputación del daño deriva del retraso en la notificación del laudo, demora que cabe imputar tanto a la tramitación del procedimiento arbitral como al concreto acto de dar traslado del mismo a las partes. El Consejo de Estado ha afirmado en doctrina ya reiterada (por todos, Dictamen 696/2004), que de la mera comprobación de que en un expediente se han superado los plazos fijados para su resolución no se desprende, de forma mecánica, el derecho del interesado a ser indemnizado. Si, ciertamente, el cumplimiento de los plazos es, no sólo deseable, sino jurídicamente obligatorio, ello no puede llevar a vincular a la Administración todos los daños y perjuicios derivados de un retraso, aun leve y justificado, pues ello supondría la extensión del instituto resarcitorio más allá de sus límites naturales. El solo desajuste entre el plazo legalmente establecido y el de la duración de un procedimiento no es, pues, motivo suficiente para imputar los daños producidos a la Administración. Para ello es preciso, además, que se exceda un período de tiempo razonable, a la vista de las circunstancias del caso, lo que dará lugar a una dilación indebida.

Así pues, el retraso que es susceptible de generar un daño resarcible por la Administración es el que, en tanto que irrazonable en atención a las circunstancias concretas de cada supuesto, se identifica con el concepto de dilación indebida, instituto jurídico construido por la doctrina constitucional y jurisprudencial al amparo del artículo 24 de la Constitución Española. Como señala el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 14 de junio de 1993, no consiste en el mero incumplimiento de los plazos procesales, pues el citado precepto no ha constitucionalizado el derecho a los plazos establecidos para la ordenación del proceso, sino un derecho fundamental de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable (STC 5/1985). La citada expresión del artículo 24.2 CE comporta un concepto indeterminado o abierto, que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su

enunciado genérico. Entre dichos criterios, que han de ser apreciados desde la realidad de la materia litigiosa en cada caso (STC 5/1985), conviene destacar la complejidad del litigio, la duración normal de procesos similares, la actuación del órgano judicial en el supuesto concreto y la conducta del recurrente, al que es exigible una actitud diligente, así como la invocación en el proceso ordinario de las supuestas dilaciones (SSTC 152/1987, 233/1988, 128/1989, 85/1990, 37/1991, 215/1992 y 69/1993, entre otras).

Esta construcción sobre las dilaciones en los procesos judiciales ha sido pacíficamente trasladada y aplicada en supuestos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por retrasos injustificados en el procedimiento administrativo. Así, la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco, en Dictamen 16/2005, citado por la STSJ, País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 158/2010, de 26 marzo, en relación a un retraso habido en un procedimiento de concurrencia competitiva, señala que *“es preciso que éste (el retraso) exceda de un período de tiempo razonable que debe valorarse con arreglo a determinados criterios, entre los cuales cabe mencionar, sin ánimo de ser exhaustivos, la complejidad del asunto, la duración normal de procedimientos similares, la actuación de los órganos instructores, la conducta del interesado y la invocación en el procedimiento de las dilaciones habidas. De este modo, sólo cuando, tras la valoración de dichas circunstancias, se deduzca que la dilación del procedimiento puede calificarse como irregular o anormal, habrá que concluir que los daños derivados de la misma son imputables a la Administración. En caso contrario, si el retraso es adecuado a las circunstancias y la razón del mismo se encuentra plenamente justificada, no existe lesión en el sentido técnico jurídico, debiendo el interesado soportar los daños causados por la paralización del procedimiento”*.

Examinada la tramitación administrativa a la luz de dicha doctrina, cabe apreciar que las actuaciones relativas al mero impulso del procedimiento no se concatenaron con una diligencia modélica, singularmente tras el dictado del laudo el 18 de diciembre de 2009, pues no es hasta dos meses después que el Servicio de Arbitraje de Consumo de la Consejería consultante lo remite a la OMIC de Cartagena, para firma y traslado a las partes, lo que no se produce hasta más de cuatro meses después. Nada hay en el expediente que pueda justificar esta demora, pues ni la complejidad del asunto (resuelto en equidad) es elevada, ni se han alegado por la Junta Arbitral de Consumo circunstancias obstativas de la notificación imputables a las partes, ni la existencia de una acumulación de asuntos pendientes en la Junta Arbitral, ni tan siquiera la duración usual de los procedimientos arbitrales por ella gestionados y de la tardanza ordinaria en firmar los árbitros los laudos y notificarlos, que permitieran establecer un estándar medio de funcionamiento.

En consecuencia, no puede considerarse como plazo razonable para dar traslado de un laudo ya dictado el de siete meses, cuando debió haberse cursado la notificación en un máximo de diez días (art. 58.2 LPAC).

El carácter indebido, en tanto que irrazonable e injustificada, de la dilación advertida en la tramitación del procedimiento, determina que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar el detrimento patrimonial a ella anudado, de donde se deriva su carácter antijurídico.

**QUINTA.- Cuantía de la indemnización y Administración responsable.**

Concluida en la Consideración precedente que concurren en el supuesto todos los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, procede a continuación establecer la cuantía de la indemnización y determinar qué Administración ha de proceder a su efectivo abono.

1. Como ya se indica *ut supra*, el daño alegado consiste en el detrimento patrimonial que le supone al interesado no poder cobrar la cantidad reconocida por el laudo arbitral, al demorarse su notificación a las partes. Ya se dijo que para el cómputo de tal daño habría de acudirse al interés legal del dinero.

Aplicando dicho interés a la cantidad adeudada por la parte reclamada en el procedimiento arbitral, en el período comprendido entre la fecha en que debió procederse a la notificación del laudo y aquella en que efectivamente se dio traslado del mismo a las partes, se obtiene el siguiente resultado:

- 96,48 euros desde el 8 de octubre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2009, 85 días al 4%: 0,90 euros.

- 96,48 euros desde 1 de enero de 2010 hasta el 7 de julio de 2010, 188 días al 4%: 1,99 euros.

Total en el período: 2,89 euros.

En consecuencia, el montante de la indemnización asciende a 2,89 euros.

2. Al analizar la legitimación pasiva, en la Consideración Tercera de este Dictamen ya se afirma la concurrencia de las dos Administraciones implicadas (regional y local) en la producción

del daño, pues si, como parece desprenderse de los términos del convenio alcanzado entre ambas, la notificación de los laudos arbitrales a las partes corresponde al Ayuntamiento a través del personal de que tal Administración dota al órgano arbitral descentralizado, también el Servicio de Arbitraje de Consumo de la Consejería consultante, que presta el apoyo administrativo a la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia, contribuye a la demora en la notificación, al retrasar durante más de dos meses el envío a la OMIC del laudo ya dictado para su firma y posterior comunicación a las partes.

De los hechos resulta que estamos en presencia de una gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación en los términos del artículo 140.1 LPAC, en la interpretación que del mismo hace el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de junio de 2006, de modo que dos Administraciones actúan al unísono, dictando una única resolución final, en virtud de una competencia que comparten (art. 25.2, letra g) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, y art. 11.7 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia) y que se regula mediante un instrumento convencional que establece las obligaciones de cada una de ellas. En tales supuestos, el referido artículo 140.1 LPAC prevé la responsabilidad solidaria de ambas Administraciones, por lo que cada una de ellas, municipal y autonómica, soportaría la parte de responsabilidad que le incumbiera, pero de modo indistinto cualquiera de ellas responderá del todo frente al perjudicado (artículos 1137 y 1144 del Código Civil). Habiendo reclamado el interesado frente a la Administración regional, la cual, de conformidad con el artículo 18 RRP sería la competente para iniciar, tramitar y resolver el procedimiento, habrá de ser ella la que haga efectivo el abono de la indemnización al interesado.

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

### **CONCLUSIÓN**

**PRIMERA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, al considerar que carece de legitimación pasiva. Entiende el Consejo Jurídico, por el contrario, que goza de tal legitimación, conforme a lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen, y que concurren en el supuesto todos los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

**SEGUNDA.-** Procede indemnizar al reclamante en los términos indicados en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 100-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x., debida a accidente de circulación.  
**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)  
**Fecha** 09/05/2011

**Extracto de doctrina**

Aunque consolidada doctrina jurisprudencial viene manteniendo que no son admisibles concepciones restrictivas del nexo causal que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, ello no significa que la reclamante no deba aportar prueba suficiente que permita afirmar que el daño sufrido es imputable a una actuación administrativa.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 10 de julio de 2006 tiene entrada en el Registro de la Comunidad Autónoma, Ventanilla Única de San Pedro del Pinatar, un escrito formulado por x, en virtud del cual interpone reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración Pública regional, solicitando el reconocimiento del derecho a percibir una indemnización de 2.364 euros, en concepto de resarcimiento de los daños soportados al sufrir una caída en carretera N-332. Según la reclamante, el día 30 de julio de 2005, se vio obligada a caminar por el arcén de la citada carretera y cuando se encontraba a unos 300 metros de la “—” del Alamillo, introdujo el pie derecho en un enorme agujero existente en dicho arcén, cayendo y produciéndose lesiones de las que fue asistida al día siguiente en la Clínica Virgen de la Vega, donde se le diagnosticó torcedura e esguince del tobillo del pie derecho y traumatismo en rodilla izquierda. Posteriormente afirma que precisó asistencia facultativa, reposo, inmovilización con yeso, y rehabilitación y fisioterapia, permaneciendo de baja hasta 50 días después.

Acompaña a su escrito parte del servicio de urgencias de la citada Clínica, fotografía del lugar de los hechos e informe de valoración de las lesiones sufridas emitido por el Dr. x.

Propone como medios de prueba testifical de las personas que indicará más adelante y cualquier otro medio que también se concretará en fase probatoria.

**SEGUNDO.-** Requerido informe a la Dirección General de Carreteras es emitido, en el sentido de confirmar la titularidad regional de la vía en la que se produjo la presunta caída, y realizando las siguientes precisiones:

*“A) No se ha tenido conocimiento del evento lesivo ni certeza del mismo hasta que se ha producido la reclamación patrimonial, ni han existido avisos de la Guardia Civil de tráfico sobre posibles accidentes de vehículos o peatones en ese lugar.*

*B) El accidente parece una actuación inadecuada del perjudicado, dado que la depresión existente en el arcén es totalmente visible desde más de 25 m, por lo que el perjudicado no debió advertir la presencia del mismo.*

*C) No existe constancia de otros accidentes en el mismo lugar.*

*D) No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*

*E) Se desconoce si el siniestro se puede imputar a la Administración o a otras Administraciones, contratistas o agentes.*

*F) En ese tramo de carretera se ha cambiado el trazado y mejorado el firme debido a la construcción de una glorieta y una urbanización, por lo que no existe el tramo de carretera tal y como se encontraba en el momento del siniestro. Esta actuación corresponde a una autorización del Servicio de Seguridad Vial.*

*G) No existía señalización de limitación de velocidad ni de obras en ese tramo de carretera.*

*H) No se pueden valorar los daños causados.*

*I) No existen aspectos técnicos para determinar la producción del daño.*

*J) La erosión del arcén que se observa en la foto presentada por el reclamante no supone ningún peligro para el tráfico vial, dado que está situada fuera de la calzada y apenas tiene cinco centímetros de profundidad”.*

**TERCERO.-** Mediante escrito de fecha 21 de julio de 2006 se solicita a MUFACE que informe si se ha indemnizado a la reclamante por los días que estuvo de baja por los hechos origen de la reclamación por responsabilidad patrimonial. No consta en el expediente que el requerimiento fuese atendido.

**CUARTO.-** Con la misma fecha el órgano instructor del procedimiento envía un escrito a la interesada, a los efectos de comunicarle la información prevista en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y requerirle para que mejore la solicitud aportando determinada documentación.

El requerimiento es atendido por la x. que envía la documentación que se le solicita entre la que figura un parte de incidencia elaborado por la “—” del Alamillo, en el que aparece relatado el error cometido al repostar con gasolina el vehículo de la reclamante que funciona con gasoil, lo que hizo que el automóvil se averiara a unos 300 metros de la gasolinera, hacia donde se dirigieron la reclamante y su marido para solicitar ayuda y fue al volver cuando se produjo la caída (folio 33).

Propone como medio de prueba la testifical de su marido, x.

**QUINTO.-** Admitida la prueba se señala día y hora para la práctica de la testifical del x, con el siguiente resultado:

A LAS PREGUNTAS:

*“1ª. En la noche de los hechos es cierto que se produjo el accidente.*

*R) Sí es cierto*

*2ª. ¿Fue por un agujero?*

*R) Sí es cierto. Había un agujero.*

*3ª. ¿Es cierto que me rescataste una vez caída?*

*Sí es cierto*

*4ª.- ¿Podría describir los hechos?*

*El día de los hechos fuimos a echar gasoil hacia la “—”. Erróneamente nos echaron gasolina. El coche se paró en la redonda a unos 300 metros de la gasolinera. Fuimos los dos hacia la gasolinera, íbamos caminando los dos porque no quería dejar a mi esposa sola en el vehículo.*

*Llegamos a la gasolinera y lo resolvimos. Volvimos a por el coche por el lado izquierdo sin iluminación. A mi esposa se le metió el pie en el agujero y flanqueó hacia el interior de la carretera.*

*En ese momento pasaba un vehículo. Como yo iba un poco detrás la recogí rápidamente. La subí a mis hombros y la llevé al coche.*

*Esperamos a que llegara la grúa y una vez llegó pues montamos los dos en la grúa.*

*Arreglando el coche ella se puso muy mal y no podía moverse. Vimos las heridas que tenía. Salió de la grúa y se sentó en una silla. La curamos como pudimos y se le hinchó el pie.*

*Por la noche vimos que la contusión no era leve y la llevé a urgencias para que la curaran.*

*No pensamos en denunciar en ningún momento”.*

A LAS REPREGUNTAS:

*“1. ¿A qué hora fueron los hechos?*

*Era verano y había anochecido Aproximadamente a las 22h30. Sin iluminación. Fue el 30 de julio.*

*2.- ¿Conocían la zona?*

*Por allí no íbamos más que en coche. Las veces que hemos transitado íbamos por otra zona.*

*Porque no hay señalización de la vía. Ni reflectores. Íbamos por la izquierda para que los vehículos nos vieran de frente.*

*El socavón no lo pudimos ver.*

*A los tres o cuatro días se arregló el socavón.*

*Hay un arcén asfaltado sin señalar”.*

**SEXO.-** Conferido trámite de audiencia a la interesada ésta comparece mediante escrito de fecha 29 de julio de 2010, en el que alega que las dimensiones del socavón eran superiores a las que se indican en el informe de la Dirección General de Carreteras y que no llamó a la policía porque en un primer momento creyó que las lesiones eran más leves de lo que después resultaron, pues, como consecuencia de las mismas, ha estado casi dos meses de baja y no se ha recuperado totalmente.

Seguidamente por el órgano instructor se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por no existir nexo de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos

regionales y el daño alegado, considerando que la única causante de la caída fue la propia reclamante al aventurarse de noche por un arcén que carecía de iluminación.

En tal estado de tramitación, V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 23 de noviembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter de Dictamen.**

El presente Dictamen tiene carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial que debe resolver la Administración regional, concurriendo, pues, el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

La reclamante ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 del Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, al ser la carretera donde se produce el accidente de titularidad regional.

La reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP, ya que, sin necesidad de considerar la regla particular de cómputo del plazo para los supuestos de daños físicos y psíquicos a la que se refiere el artículo 142.5 *in fine* LPAC, los hechos se produjeron el 30 de julio de 2005 y la reclamación se registra el 10 de julio de 2006.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC (Título X, Capítulo I) y del RRP, salvo en el plazo que ha excedido mucho del previsto legalmente.

**TERCERA.- Sobre la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento de los servicios públicos regionales.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.

3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.

4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

5) Ausencia de fuerza mayor.

Veamos la aplicación de estos principios al supuesto cuyo análisis nos ocupa:

En lo que se refiere a la existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, este Órgano Consultivo entiende que, aunque aisladamente consideradas las pruebas practicadas no permitirían tener por acreditados más que el hecho de que la reclamante sufrió el día 30 de julio un esguince de tobillo derecho y una contusión en la rodilla izquierda, y que en el arcén de una vía pública existe una erosión o desnivel, la prueba documental consistente en el parte de incidencia de la gasolinera y la testifical del marido de la reclamante, consideradas conjuntamente con las anteriores, permiten tener por razonablemente acreditado que la interesada sufrió los daños físicos antes descritos al introducir el pie en dicha erosión. Sin embargo, de la realidad de tal hecho no puede colegirse automáticamente que la lesión traiga causa directa de un funcionamiento, normal o anormal, imputable a la Administración.

En efecto, aunque consolidada doctrina jurisprudencial viene manteniendo que no son admisibles concepciones restrictivas del nexo causal que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, ello no significa que la reclamante no deba aportar prueba suficiente que permita afirmar que el daño sufrido es imputable a una actuación administrativa. En este

sentido el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de junio de 1988, señala que “...*toda reclamación de daños y consiguiente indemnización de perjuicios que se pudiera causar por aquellos daños, requiere como elemento indispensable y necesario, el acreditar la realidad de ambos y la necesaria relación de causa a efecto entre el acto o actividad de que se trate y el resultado dañoso, incumbiendo la prueba de todo ello al que reclama*”. Añadiendo en su sentencia de 11 de septiembre de 1995 que “*esa responsabilidad se configura por la efectividad de un daño evaluado económicamente e individualizado, la relación directa, inmediata y exclusiva de causalidad entre el daño y el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, y la inexistencia de fuerza mayor. La prueba de las dos primeras condiciones corresponde al actor, mientras que la de la última, excluyente de esa responsabilidad, corresponde a la Administración*”.

Abunda en esta línea el Consejo de Estado, cuya doctrina en relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial pone de manifiesto que “*la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos “necessitas probandi incumbit ei qui agit” y “onus probandi incumbit actori” y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*” (entre otros muchos se pueden citar los Dictámenes números 908/2001, 87/2002 y 98/2002). También este Consejo Jurídico ha venido destacando la carga probatoria que incumbe a los reclamantes en la acreditación de estas circunstancias (entre otros, Dictámenes números 107/2003 y 28/2004).

En relación con las caídas en vías o recintos públicos, hay que distinguir los supuestos que impliquen una manifiesta infracción de los deberes de cuidado que recaen sobre el titular de la vía o del edificio (grandes socavones, ausencia de señalizaciones, instalaciones inadecuadas, etc.), de aquellos otros desperfectos o instalaciones que dadas sus características deben ser soportados por los ciudadanos. Obviamente deslindar cuándo nos encontramos ante un supuesto en el que la Administración no ha observado debidamente su deber de cuidado y vigilancia y cuándo, por el contrario, estamos ante un hecho en el que el ciudadano no ha desplegado una especial diligencia ni ha cumplido con unos mínimos deberes de cuidado, obliga a valorar las concretas circunstancias que concurren en cada supuesto de hecho que se plantee.

Aplicado todo lo anterior al caso que nos ocupa, se ha de entender, como ya adelantábamos, acreditada la realidad del evento dañoso alegado. Asimismo ha quedado probado en el expediente la existencia de una erosión en el arcén en el que la reclamante introdujo el pie. Resta, pues, determinar si concurre o no una relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño producido, es decir, si la caída y posteriores daños sufridos son atribuibles a la responsabilidad de la administración regional por la existencia de dicha erosión o si, por el contrario, como alega la Administración, la caída se produjo a causa de la conducta inadecuada o

no acorde con la circunstancias concurrente por parte de la reclamante, de forma que se produce la rotura del nexo causal.

Pues bien, el Consejo comparte la apreciación del órgano instructor sobre la falta de responsabilidad patrimonial en el presente supuesto, debido a las siguientes razones:

1ª. Porque los desperfectos que se aprecian en la fotografía no tienen relevancia suficiente para hacer surgir dicha responsabilidad. En efecto, tal como indica el informe de la Dirección General de Carreteras la erosión apenas tenía 5 cms. de profundidad y, además, se encuentra justo en el límite del arcén con la calzada, quedando entre el bache y el borde exterior del arcén, suficiente espacio para transitar sin riesgo alguno, por lo que dicha deficiencia viaria carece de entidad para calificarla como insuperable actuando con una diligencia media.

2ª. Porque la reclamante incumplió palmariamente las obligaciones que le impone la normativa de tráfico en relación con la circulación de peatones por el arcén. En este sentido, el Texto Articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, establece un catálogo de normas de conducta y de deberes exigibles a los conductores, pero también a los peatones, dirigidas a procurar una mayor seguridad a los usuarios de las vías públicas. De entre ellas, cabe destacar, en lo que aquí nos ocupa, la obligación de los peatones de *“transitar por la zona peatonal, salvo cuando ésta no exista o no sea practicable, en cuyo caso podrán hacerlo por el arcén o, en su defecto, por la calzada, de acuerdo con las normas que reglamentariamente se determinen”* (art. 49.1). Por otro lado, el Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, contiene una serie de prescripciones tendentes a que la circulación del peatón atienda como principio prioritario el de su seguridad (artículos 121 a 125). Así, establece que la circulación por el arcén se hará con prudencia y aproximándose cuanto sea posible al borde exterior de aquéllos (art. 122.5), para seguir matizando que cuando la circulación del peatón por el arcén se lleve a cabo fuera del poblado, entre el ocaso y la salida del sol o en condiciones meteorológicas o ambientales que disminuyan sensiblemente la visibilidad, deberá ir provisto de un elemento luminoso o retrorreflectante homologado que sea visible a una distancia mínima de 150 metros para los conductores que se le aproximen, y los grupos de peatones dirigidos por una persona o que formen cortejo llevarán, además, en el lado más próximo al centro de la calzada, las luces necesarias para precisar su situación y dimensiones.

Pues bien, la reclamante al circular por el arcén el día en el que se produjeron los hechos no siguió estas reglas de comportamiento, pues si hubiese circulado lo más próxima al borde exterior del arcén, para lo que disponía, según se constata en la fotografía incorporada a las actuaciones, de

espacio más que suficiente, habría podido salvar sin dificultad alguna el bache. Por el contrario, lo hizo por el lado más cercano a la calzada (se puede observar perfectamente en dicha foto que la erosión se encuentra justo en el límite entre la calzada y el arcén), lo que constituye una conducta temeraria por su parte, que hubiese podido dar lugar a un resultado letal para ella, pues fácilmente pudo ser arrollada por algún vehículo aunque el firme del arcén estuviese impecable. Por otro lado, tampoco consta que la reclamante y su marido fuesen provistos de los elementos luminosos a los que se hace referencia en el citado artículo 123 del Reglamento General de Circulación, elementos que deben portarse en los vehículos, pero si por la circunstancia que fuese no los hubiesen llevado sí que deberían haberse provisto de los mismos en la gasolinera, con el fin de efectuar el camino de regreso al vehículo de una forma más acorde con las medidas de seguridad que la normativa vial establece para dichos supuestos.

Lo anterior permite a este Órgano Consultivo considerar, en consonancia con la propuesta de resolución, que el comportamiento de la interesada fue decisivo en la producción del daño, de modo que no puede apreciarse la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que no es necesario pronunciarse sobre la valoración del daño causado, cuantía y modo de indemnización que solicita la interesada.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** La propuesta de resolución desestimatoria objeto de Dictamen se dictamina favorablemente, al no acreditarse relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 101-2011**

<b>Asunto</b>	Consulta facultativa relativa a propuesta de modificación formulada por el adjudicatario del contrato de concesión de uso privativo de cubiertas de edificios municipales en Fortuna (Murcia) para la instalación de plantas de producción de energía solar fotovoltaica.
<b>Consultante</b>	Ayuntamiento de Fortuna
<b>Fecha</b>	09/05/2011

**Extracto doctrina**

El objeto del negocio jurídico en cuestión no es la prestación o gestión indirecta de un servicio público municipal (no es, por tanto, un contrato de gestión de servicios públicos), ni el particular presta ninguna otra clase de servicio o suministro al Ayuntamiento (no es, por tanto, un contrato de servicios o de suministro). Se trata, como se ha dicho, de un negocio jurídico puramente patrimonial, por el que se atribuye a un particular un derecho de uso privativo sobre bienes demaniales (es decir, lo que se denomina un “derecho real administrativo”) mediante la figura jurídica de la concesión demanial, que, junto a la autorización demanial y determinados contratos de explotación de bienes patrimoniales, el artículo 4.1,o LCSP excluye del ámbito de aplicación de esta ley, estableciendo que “se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente ley”.

La LPAP no contiene preceptos específicos relativos a la modificación de las concesiones demaniales, lo que requiere extraer su régimen jurídico de la particular naturaleza de la institución y, supletoriamente, de la legislación sobre contratación administrativa, mencionada a tal efecto en la cláusula 3ª del PCAP, cuya aplicación debe realizarse con las matizaciones que imponen las diferencias de las concesiones demaniales con los contratos administrativos, especialmente en lo que atañe a un aspecto tan esencial como es su diferente objeto, como se avanzó en un momento anterior.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 7 de marzo de 2011, el Ayuntamiento de Fortuna, previos los trámites licitatorios oportunos y el consiguiente acuerdo de adjudicación de 25 de enero de dicho año, formalizó con la mercantil “--” el contrato de concesión de uso privativo de cubiertas de determinados edificios municipales del Ayuntamiento para la instalación y explotación en las mismas de placas fotovoltaicas conectadas a red, destinadas a la producción de energía solar, todo ello conforme con los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT) que rigieron la adjudicación. El plazo de la concesión es de 25 años (cláusula 1ª del contrato) desde su firma, y el contratista se obliga a pagar un canon anual de 26.529,59 euros,

actualizable y exigible en los términos establecidos en la cláusula 14ª del PCAP (cláusula 2ª del contrato).

**SEGUNDO.-** Mediante escritos de 10 y 16 de marzo de 2011, el Tesorero del Ayuntamiento comunica a la concesionaria que, según el contrato firmado, el plazo para el ingreso del canon correspondiente al año 2011 vence el 25 de marzo siguiente, procediendo la vía de apremio para su exacción en caso de incumplimiento de dicha obligación de pago, sin perjuicio de que tal incumplimiento constituya causa de resolución del contrato.

**TERCERO.-** El 22 de marzo de 2011, la concesionaria presenta escrito solicitando al Ayuntamiento la modificación de la concesión en el extremo relativo al canon, pretendiendo que se sustituya la cuantía fija establecida (aparte su actualización, antes aludida) por un importe variable, consistente en el 5% de los ingresos reales de la empresa derivados de la generación de energía eléctrica de las plantas fotovoltaicas en cuestión. Asimismo, solicita que se suspenda el plazo para ingresar el actual canon, en evitación de trámites posteriores innecesarios.

Como fundamento de su pretensión de modificación del contrato, alega que el artículo 202 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) habilita al órgano de contratación para introducir modificaciones en los contratos administrativos por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Añade que en dicha ley hay continuas referencias a la necesidad de proceder al mantenimiento del equilibrio económico de los contratos, para que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados básicos en su adjudicación (art. 258.2), estableciendo la obligación de restablecer dicho equilibrio en determinados supuestos, entre los que está el de que concurran actuaciones de la Administración que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato (art. 258.4).

Aplicado al contrato de referencia, la interesada alega que la aprobación de determinadas normas jurídicas que afectan a la producción de energía fotovoltaica determina una alteración imprevista del régimen jurídico en la materia, que afecta de manera nuclear, directa y frontal a los presupuestos económicos sobre los que se basó la licitación y adjudicación del contrato en cuestión, hasta el punto de que, de mantenerse éste en sus actuales términos (en lo que se refiere al canon exigible, se entiende), sería totalmente antieconómico e insostenible para la empresa. Dichas normas jurídicas son, según indica, el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, el Real Decreto Ley 14/2010, de 23 de diciembre, que establece medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico y la Orden ITC

3353/2010, de 28 de diciembre, que fija los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial. Señala que estos cambios jurídicos sobrevenidos obedecen a razones de interés público y tienen carácter totalmente imprevisible.

Añade que en el estudio económico de la instalación fotovoltaica que adjunta, realizado sobre las bases y criterios de la oferta presentada en su día a la licitación, se refleja la incidencia del nuevo régimen tarifario del servicio a prestar y su rentabilidad. Concluye indicando que con el nuevo sistema de determinación del canon concesional que propone al Ayuntamiento, se asegura la continuidad del servicio, frente a futuros cambios regulatorios, pues permite adaptar automáticamente el canon a partir de los ingresos reales de la explotación.

**CUARTO.-** El 22 de marzo de 2011 el Alcalde comunica a la empresa que lo solicitado en su escrito anterior deberá ser resuelto por el Pleno del Ayuntamiento, como órgano de contratación, sin perjuicio de que el contrato en vigor ha de ser cumplido en sus términos, reiterando lo expresado por el Tesorero en los escritos reseñados en el Antecedente Segundo.

**QUINTO.-** El 28 de marzo siguiente la empresa presenta escrito en el que, en síntesis, alega que exigir el canon vigente cuando se ha solicitado la modificación del contrato en este punto contravendría el principio de economía procesal y coherencia procedimental, constituyendo la solicitada suspensión de la exigencia del canon una medida cautelar en tanto se resuelve la solicitud de modificación del contrato, medida que puede ser acordada por quien instruye el procedimiento. En cuanto a que el incumplimiento de la obligación de pagar el canon constituya una causa de resolución del contrato, alega que el supuesto no se encuentra contemplado en las cláusulas 18ª y 20ª del PCAP a efectos de resolución contractual, y que no existe voluntad obstativa de la empresa a pagar el canon, lo que realizará puntualmente una vez que el órgano de contratación resuelva su solicitud de modificación del contrato. Concluye solicitando que se acuerde la suspensión solicitada o, en su defecto, quedar a la espera del indicado pronunciamiento del órgano de contratación o, subsidiariamente, que se prorrogue el plazo previsto para el ingreso del canon en 45 días más.

**SEXTO.-** El 30 de marzo de 2011 tiene entrada en este Consejo Jurídico un escrito del Alcalde del Ayuntamiento de referencia en el que solicita facultativamente la emisión de un Dictamen sobre *“la propuesta de modificación del contrato de referencia formulada por la mercantil contratista”*.

A este respecto, formula una serie de consideraciones, en los siguientes términos:

*“La concesionaria basa la propuesta de modificación en el artículo 202 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), alegando la concurrencia de circunstancias imprevisibles, centradas en las modificaciones normativas del mercado del sector fotovoltaico, que harían económicamente inviable, a su juicio, la continuidad del contrato en los términos inicialmente pactados y de ahí la obligación de reponer el equilibrio económico de la concesión, con amparo en otros preceptos de la LCSP, ordenados al contrato de gestión de servicios públicos, pero no a contratos de la naturaleza del que nos ocupa, pues no hay previsión en el PCAP acerca del mantenimiento del equilibrio económico-financiero (instituto típico del contrato de gestión de servicios públicos), precisamente porque no se trata de un contrato de tal naturaleza, sino de un contrato de concesión del dominio público, sujeto al régimen jurídico que determina la cláusula 2ª del PCAP.*

*Nótese que el nuevo estudio económico, al igual que el resumen técnico que acompañó a la oferta original fechado el 30 de septiembre de 2010 (folios 31 a 33), contempla únicamente la explotación de nueve cubiertas, cuando de la cláusula primera del Pliego de Prescripciones Técnicas -"Objeto de la concesión"- resulta la puesta a disposición del concesionario de un número muy superior de cubiertas de edificios municipales para su explotación, de lo que se desprende que es el propio concesionario el que, voluntariamente, decide prescindir, tanto a la hora de formular la oferta primitiva como ahora al pretender la modificación contractual, de la explotación de todas las cubiertas posibles, por lo que, si aceptamos aunque sólo sea a efectos dialécticos la aseveración de la empresa de que los cambios normativos imposibilitan la explotación en términos de rentabilidad, podría válidamente concluirse que los resultados económicos le serían más favorables si agotara todas las posibilidades de explotación. (...)*

*Esta Alcaldía entiende, en principio, que no concurren los motivos legales para modificar el contrato en un aspecto tan esencial como es el canon -no sólo porque el propio artículo 202.1 de la LCSP proscribiera la modificación de las condiciones esenciales del contrato-, sino también habida cuenta que no cabría hablar de causas imprevistas ni de decisiones adoptadas por esta Administración que impliquen un perjuicio singular, sino de actos legislativos y reglamentarios de carácter general, ajenos al Ayuntamiento, que pueden afectar en mayor o menor medida al mercado de la energía fotovoltaica. Es más, la cláusula décimoquinta del PCAP, establece expresamente que "la retribución del concesionario consistirá en la explotación comercial de las plantas solares fotovoltaicas para la producción de energía eléctrica, dentro del marco normativo vigente en cada momento", lo que no dejaría lugar a dudas de que la incidencia de las eventuales modificaciones normativas que afecten al sector fotovoltaico a lo largo del período contractual quedan expresamente contempladas por el contrato y, por tanto, se incluyen en el alea empresarial. Seguidamente, la misma cláusula indica que "la explotación de las instalaciones será*

*a riesgo y ventura del concesionario, sin que el Ayuntamiento asuma responsabilidad alguna por los resultados económicos de la explotación de las instalaciones". A mayor abundamiento, la cláusula decimocuarta del mismo PCAP señala literalmente que "la única causa que excepcionará la obligación del titular de la concesión de abonar el canon será la imposibilidad, total o parcial, de realizar la efectiva explotación de las instalaciones ejecutadas sobre la cubierta del edificio municipal, cuando esa situación haya sido generada por una actuación directa municipal, que haga inviable económica y financieramente la instalación para el concesionario". No está de más recordar, también, que "desde el punto de vista formal hay que significar que la modificación del contrato es una prerrogativa de la Administración y no cabe atribuir la iniciativa y el contenido de la modificación al contratista" (Informe 42/2002 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa) y que, asimismo, el empresario, por el hecho de presentar la proposición en el procedimiento de licitación, acepta de manera incondicionada el contenido de las cláusulas o condiciones del PCAP, sin salvedad o reserva alguna (artículo 129.1 de la LCSP), entre ellas, las cláusulas que acaban de transcribirse las cuales, a nuestro juicio, abonarían la desestimación de la modificación contractual propuesta.*

*Así cabría preguntarse, sensu contrario, si los cambios normativos en el mercado fotovoltaico implicaran en algún momento un incremento en las tarifas por producción de energía, ello legitimaría al Ayuntamiento para imponer una modificación del sistema de determinación del canon concesional a pagar por el concesionario, de advertirse que, de esta manera, los ingresos serían mayores para el municipio. La respuesta no puede ser más que negativa y de ahí se colige que si lo que sucede es que esas tarifas por producción sufren un decremento, tampoco cabe modificar el sistema de determinación del canon concesional, consistente en una cantidad fija anual.*

*Según la doctrina jurisprudencial y la de los distintos órganos consultivos, cuya abundancia excusa la cita concreta, el contrato ha de cumplirse por el contratista a su riesgo y ventura en los términos del PCAP, como "ley del contrato" y se encuentra vedada, en principio, la modificación de sus términos una vez licitado y adjudicado, al constituir esa modificación un atentado al principio de libre concurrencia, estando vinculado el empresario a la oferta que ha sido elegida por la Administración.*

*Igualmente, entendemos que no son de recibo los argumentos de la empresa concesionaria para considerar que ha de suspenderse necesariamente el ingreso del canon concesional correspondiente al primer año, puesto que, como bien indica el recientísimo Dictamen n.º 59/2011 del Consejo Jurídico al que nos dirigimos, "parece obvio recordar que la Administración tiene el derecho a exigir el cumplimiento del contrato en los términos pactados y que la contratista no*

*puede obtener su suspensión o modificación a partir de su particular apreciación de lo que considere más procedente para el interés público (en idéntico sentido, nuestro Dictamen 45/2010)".*

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter facultativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al no concurrir ninguno de los supuestos en los que el Dictamen resulta preceptivo según lo establecido en el artículo 12 de dicha ley.

#### **SEGUNDA.- Objeto de la consulta.**

Conforme se expuso en los Antecedentes, la consulta versa sobre la procedencia jurídica de modificar, en los términos pretendidos por el concesionario, la concesión de uso privativo de las cubiertas de determinados edificios municipales, relacionados en la cláusula 1ª del PPT de la concesión (destinados a los servicios públicos municipales que allí se indican), para la instalación y explotación en dichas cubiertas de placas destinadas a la producción de energía fotovoltaica.

La pretendida modificación se refiere al canon que debe satisfacer el concesionario al Ayuntamiento en compensación por el uso privativo concedido, pretendiendo aquél que se sustituya la cuantía fija del canon establecida en la concesión (al margen de su actualización, en los términos previstos en la misma) por un importe variable, consistente en el 5% de los ingresos reales de la empresa derivados de la generación de energía eléctrica de las plantas fotovoltaicas en cuestión. A tal efecto, la empresa alega que el artículo 202 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) habilita al órgano de contratación para introducir modificaciones en los contratos administrativos por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Añade que en dicha ley hay continuas referencias a la necesidad de proceder al mantenimiento del equilibrio económico de los contratos, para que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados básicos en su adjudicación (art. 258.2), estableciendo la obligación de restablecer dicho equilibrio en determinados supuestos, entre los que está el de que concurren actuaciones de la Administración que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato (art. 258.4).

Aplicado al contrato de referencia, la interesada alega que la reciente aprobación de determinadas normas jurídicas que afectan a la producción de energía fotovoltaica determina una alteración imprevista del régimen jurídico en la materia, que afecta de manera nuclear, directa y frontal a los presupuestos económicos sobre los que se basó la licitación y adjudicación del contrato en cuestión, hasta el punto de que, de mantenerse éste en sus actuales términos (en lo que se refiere al canon exigible, se entiende), sería totalmente antieconómico e insostenible para la empresa, a cuyo efecto presenta un estudio económico, añadiendo que con el nuevo sistema de determinación del canon se aseguraría la continuidad en la prestación del servicio independientemente de futuros cambios normativos.

Frente a ello, el Ayuntamiento realiza las consideraciones expresadas en su escrito de consulta, reseñado en el Antecedente Sexto, que se refieren, en síntesis, y en lo esencial, a que el artículo 202.1 LCSP prohíbe la modificación de las condiciones esenciales del contrato, lo que resultaría de aprobarse la pretendida por la empresa, y ello implicaría una vulneración del principio de concurrencia; también indica que no se dan las causas imprevistas a que se refiere dicho precepto para habilitar la modificación contractual, pues la cláusula 15ª del PCAP del contrato establece que la explotación comercial de las plantas fotovoltaicas se realizará *“dentro del marco normativo vigente en cada momento”*, por lo que se contemplan las eventuales modificaciones normativas. Además, señala que el invocado artículo 258 de la citada ley se refiere al contrato de gestión de servicios públicos, no siendo aplicable al caso, en que se está ante una mera concesión demanial. Añade en todo caso que la cláusula 14ª del PCAP establece que la única excepción a la obligación de abono del canon por el concesionario es *“la imposibilidad, total o parcial, de realizar la explotación efectiva de las instalaciones (...) cuando esa situación haya sido generada por una actuación directa municipal que haga inviable económica y financieramente la instalación para el concesionario”*, no siendo éste el caso. Y que la citada cláusula 15ª establece que la explotación se realizará *“a riesgo y ventura del concesionario, sin que el Ayuntamiento asuma responsabilidad alguna por los resultados económicos de la explotación de las instalaciones”*, habiendo aceptado la empresa dichas cláusulas por el hecho de presentar su oferta (art. 129.1 LCSP). Por otra parte, el Ayuntamiento señala que tanto la oferta presentada en su día como el estudio económico presentado ahora por la empresa contemplan sólo la explotación de 9 de las 36 cubiertas objeto de la concesión, por lo que aquélla decidió voluntariamente prescindir de la explotación de las restantes.

**TERCERA.- El régimen jurídico aplicable a la concesión administrativa objeto de la consulta. Las concesiones de usos privativos sobre bienes demaniales municipales.**

I. Para determinar la naturaleza jurídica del negocio entablado entre el Ayuntamiento consultante y la empresa interesada debe atenderse, en primer lugar, al objeto y causa del mismo. Ello determinará el régimen jurídico aplicable, presupuesto necesario para dar respuesta a la pretensión de la concesionaria.

Así, del negocio jurídico formalizado el 7 de marzo de 2011 entre el Ayuntamiento y la interesada, de cuyo contenido forman parte los PCAP y PPT anejos (cláusula 3ª del contrato), se desprende que su objeto es atribuir a un particular el derecho a un concreto uso, con carácter privativo (es decir, con exclusión de cualquier otra persona) de determinadas superficies (las cubiertas) de los edificios municipales relacionados en la cláusula 1ª del PPT (destinados a los diferentes servicios públicos a que se alude en la identificación de tales edificios); uso privativo consistente en la instalación y explotación en tales cubiertas de plantas de producción de energía solar fotovoltaica conectadas a red. Explotación que constituye una actividad económica que realiza la empresa a título propio y para sí, no para el Ayuntamiento. En contraprestación por dicho uso privativo, el concesionario se obliga a pagar a la Corporación un canon anual, de cuantía fija, sin perjuicio de su revisión conforme con los parámetros establecidos en la cláusula 14ª del PCAP (incremento anual del 5%, o del 85% del incremento porcentual del IPC anual si de éste resultara una cantidad superior a la del indicado 5%).

Conforme con lo establecido en los artículos 79.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, 74.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Disposiciones Legales en Materia de Régimen Local (de carácter básico), y 5.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), de aplicación general, según su Disposición Final Segunda, 2, los bienes sobre los que recae el derecho de uso objeto del negocio en cuestión tienen carácter demanial, por estar afectados a los diferentes servicios públicos municipales a que se alude en el PPT (servicios administrativos, docentes, sociales, deportivos, culturales, funerarios, sanitarios, etc.). Sin perjuicio de que el uso principal de tales edificios sea el de servir de soporte a los indicados servicios públicos, el Ayuntamiento consideró que ello era jurídica y técnicamente compatible con el hecho de que las cubiertas de dichos edificios fueran susceptibles de un uso privativo (art. 85.3 LPAP) por un particular, para realizar una explotación económica mediante la instalación de las referidas plantas fotovoltaicas. Debe señalarse ya que tal explotación no implica la realización de ningún servicio público municipal que hubiese de ser prestado por el Ayuntamiento, directa o indirectamente, sino que se trata de una actividad económica que realizaría el particular por sí y para sí, recibiendo el Ayuntamiento una contraprestación en forma de canon. Quiere decirse que el objeto del negocio jurídico en cuestión no es la prestación o gestión indirecta de un servicio público municipal (no es, por tanto, un contrato de gestión de servicios públicos), ni

el particular presta ninguna otra clase de servicio o suministro al Ayuntamiento (no es, por tanto, un contrato de servicios o de suministro).

Se trata, como se ha dicho, de un negocio jurídico puramente patrimonial, por el que se atribuye a un particular un derecho de uso privativo sobre bienes demaniales (es decir, lo que se denomina un *“derecho real administrativo”*) mediante la figura jurídica de la concesión demanial, que, junto a la autorización demanial y determinados contratos de explotación de bienes patrimoniales, el artículo 4.1.o) LCSP excluye del ámbito de aplicación de esta ley, estableciendo que *“se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente ley”*. Así, por ejemplo, cuando el artículo 94 LPAP reenvía a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas en lo que atañe a las prohibiciones para ser titular de concesiones demaniales (remitiéndose así a las prohibiciones para contratar establecidas en dicha legislación).

Que la concesión demanial es, en rigor, un negocio jurídico conceptualmente diferente a un contrato administrativo lo demuestra, además, lo establecido en el artículo 91.4 LPAP (precepto básico), en cuanto aborda el supuesto en el que la primera sea un título jurídico necesario para posibilitar la ejecución del segundo, en cuyo caso la concesión demanial se configura como un negocio jurídico accesorio del contrato, pero por eso mismo distinto de éste (por ejemplo, en el caso de los aparcamientos municipales, en donde la jurisprudencia destaca que se está primariamente ante la prestación de un servicio público municipal de ordenación del tráfico -que incluye el aparcamiento de vehículos-, mediante un eventual contrato de gestión de tal servicio, para el que es necesario el otorgamiento de la concesión del demanio municipal correspondiente, STS, Sala 3ª, de 28/11/2003, entre otras). Y ello sin perjuicio de que el citado precepto prevea también, con lógica, que no sea necesario obtener la concesión demanial cuando el contrato administrativo de que se trate habilite ya por sí para la ocupación del dominio público (como puede suceder en el contrato de concesión de obra pública, por ejemplo).

A todo ello no obsta que la jurisprudencia y la doctrina hayan considerado que la concesión demanial sea *“un negocio jurídico bilateral que, como tal, tiene naturaleza contractual”* (STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30/11/98, entre otras), máxime cuando en algunos aspectos del régimen jurídico de estas concesiones determinadas normas reguladoras del patrimonio público, que luego se dirán, reenvían expresamente a la normativa de contratos, lo que explica que en la práctica administrativa se hable de *“contrato de concesión demanial”* o *“contrato de concesión de uso privativo”* de determinados bienes demaniales (como en nuestro caso) en vez, simplemente, de *“concesión demanial”*, que es el específico *“nomen iuris”* acogido tanto en la normativa patrimonial como en la propia LCSP. Ahora bien, esa naturaleza contractual de la

institución no permite una aplicación indiscriminada y automática a la misma de las normas establecidas en la legislación de contratos administrativos, sino que, en primer lugar, habrá de estarse a lo establecido en la normativa específica sobre patrimonio de las Administraciones Públicas, tanto en la general (la LPAP, con el diferente alcance que tienen sus preceptos, según se establece en la misma), como en la normativa aplicable a la Administración de que se trate (en nuestro caso, la local). Y, en principio, sólo en la medida en que la misma reenvíe expresamente a la de contratación administrativa, cabría aplicar ésta (según establece el último inciso del citado art. 4.1.o) LCSP), en lo que constituiría un reenvío normativo de carácter recepticio, que implica que la norma de índole patrimonial reenviante hace suyo el contenido de la norma contractual a la que reenvía, como sucede, por ejemplo, en el artículo 94 LPAP, citado con anterioridad, o en el 78.2 y 81 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (RBCL), de posterior comentario.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe una aplicación supletoria de la normativa de contratación administrativa si la misma se cita a tal efecto en el concreto PCAP que rija la concesión demanial, como sucede en nuestro caso (cláusula 3ª), si bien en tal aplicación debe tenerse especialmente presente el hecho de que no se está, como se ha dicho, ante un contrato administrativo, sino ante un negocio jurídico distinto, lo que obliga a matizar y adecuar la eventual aplicación supletoria de la LCSP a las peculiaridades de la institución de que se trata. Ello se verá precisamente en el caso que nos ocupa, como se razonará después.

A partir de lo anterior, de la normativa sobre patrimonio público debe destacarse el artículo 93 LPAP (de carácter básico en sus números 1 a 4, ex D.F.2ª de la misma), que establece que *“el otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia”*, salvo en determinados supuestos en que es posible la adjudicación directa (nº1), añadiendo el nº 2 que *“cualquiera que haya sido el procedimiento seguido para la adjudicación, una vez otorgada la concesión deberá procederse a su formalización en documento administrativo”*, que será título suficiente para inscribir la concesión en el Registro de la Propiedad. El número 4º prevé, además, que las concesiones de uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público podrán ser gratuitas, otorgarse con contraprestación o estar sujetas a determinadas tasas. Como se dijo anteriormente, en el caso que nos ocupa, el canon concesional es una contraprestación, prevista en el PCAP para retribuir al Ayuntamiento por el derecho del uso privativo demanial concedido al adjudicatario.

Dado que la LPAP no establece una regulación sobre el procedimiento de licitación de las concesiones demaniales, para determinar el cauce formal mediante el que se deba dar cumplimiento al régimen de concurrencia previsto en la misma debe acudir al artículo 78.2 RBCL,

que establece que *“las concesiones se otorgarán previa licitación, con arreglo a los artículos siguientes y a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales”*. Dicho precepto, que debe ser interpretado hoy en el marco que impone la LPAP (así, por ejemplo, el artículo 79 RBCL, sobre plazo máximo de las concesiones, debe considerarse derogado tácitamente por el 93.3 LPAP), se refiere concretamente a lo relativo a *“la licitación”* de las concesiones, pues no alude a ningún otro aspecto relativo a ellas, como podrían ser los atinentes a su modificación o extinción, aspectos sobre los que no hay remisión alguna. Que el artículo 78.1 se limita a los aspectos licitatorios lo corrobora no sólo su tenor, sino el siguiente artículo 81, que insiste en la remisión a la normativa de contratación para los aspectos procedimentales atinentes a la adjudicación de las concesiones, en cuanto establece que *“serán nulas las concesiones que se otorgaren sin las formalidades que se establecen en los artículos siguientes, y para lo no dispuesto por ellos, en la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales”*, y sin que haya posteriormente en dicho reglamento regulación alguna sobre aspectos tales como los indicados, es decir, sobre la modificación o extinción concesionales.

II. Considerando que el caso que nos ocupa se refiere precisamente a una pretendida modificación concesional, todo lo anteriormente expresado nos lleva a tener que tomar en preferente consideración lo establecido en la LPAP, a cuyo efecto ya puede avanzarse que, así como la misma contiene preceptos específicos relativos a la extinción de las concesiones demaniales (arts. 100 a 102), no sucede lo mismo en lo referente a su modificación, lo que requiere extraer su régimen jurídico de la particular naturaleza de la institución y, supletoriamente, de la legislación sobre contratación administrativa, mencionada a tal efecto en la cláusula 3ª del PCAP, cuya aplicación debe realizarse con las matizaciones que imponen las diferencias de las concesiones demaniales con los contratos administrativos, especialmente en lo que atañe a un aspecto tan esencial como es su diferente objeto, como se avanzó en un momento anterior.

A tal efecto, la esencial diferencia entre ambas figuras, en lo que interesa al presente caso, es que, como se razonó con anterioridad, no se está ante la prestación de un servicio público municipal, cuya continuidad y regularidad es principio rector en la materia y que ha llevado a la legislación de contratos, cuando el servicio es prestado mediante un contrato *“ad hoc”* (de gestión de servicios públicos), a prever mecanismos de reequilibrio de la economía del mismo en casos en que se produzcan determinadas circunstancias que puedan poner en peligro su viabilidad y, en consecuencia, el servicio que se presta a los ciudadanos. De ahí que el artículo 258.4 LCSP establezca que la Administración *“deberá”* restablecer el equilibrio económico del contrato de gestión de servicios públicos cuando se den las circunstancias previstas en dicho precepto (aunque también dicho precepto debe cohonestarse con el 202 de la ley, de aplicación general sobre modificaciones contractuales, de posterior comentario). Faltando en el caso que nos ocupa el

presupuesto esencial que determina la referida obligación de restablecimiento económico, es decir, la prestación de un servicio público municipal cuya continuidad deba intentar preservarse, no puede admitirse que exista un deber u obligación jurídica del Ayuntamiento de modificar la contraprestación prevista en la concesión (el canon) para retribuir el uso demanial privativo otorgado a la interesada. Podría decirse que si el Ayuntamiento no atiende la petición de la empresa, ésta podría provocar la extinción de la concesión mediante el impago de aquél (que es una de las causas previstas al efecto en el artículo 100, f) LPAP), así como en la cláusula 14ª PCAP), pero de tal eventualidad no se deriva la obligación municipal de mantener la concesión al modo de un contrato de gestión de servicios públicos, pues en el caso se trata, como se dice, de un negocio jurídico patrimonial no vinculado a los servicios públicos que el Ayuntamiento tiene que prestar a sus administrados. Quiere decirse, pues, que la empresa no tiene derecho alguno a que el Ayuntamiento modifique la concesión, debiendo éste exigir su cumplimiento en los términos en que se otorgó (obviamente, hasta que se declarase su extinción, en su caso).

A partir de lo anterior, cabría plantearse que al Ayuntamiento le interesara acceder a la modificación por su propio interés económico, es decir, porque, ante la eventualidad de que la concesionaria provocara la extinción (resolución) de la concesión (el citado artículo 100, f) LPAP establece que las concesiones *“se extinguirán”* en caso de *“falta de pago del canon o cualquier otro incumplimiento grave, declarados por el órgano que otorgó la concesión”*), el nuevo sistema de contraprestación económica planteado por aquélla le podría permitir mantener la concesión, y dicho Ayuntamiento considerase admisible y conveniente el nuevo sistema de determinación del canon, a efectos de obtener un rendimiento económico por el uso de las cubiertas de los edificios de que se trata. Sin embargo, además de que la Corporación no se ha pronunciado en tal sentido, en el presente caso no podría acordar la pretendida modificación, pues carece de tal margen de discrecionalidad, ya que la modificación concesional pretendida, como bien indica el escrito de consulta, implicaría una modificación sustancial de los términos en que fue licitada la concesión, de modo que, si se aprobara, se vulneraría el principio de concurrencia establecido por el artículo 93.1 LPAP, así como el artículo 202.1 LCSP, que prohíbe las modificaciones de las condiciones esenciales del contrato. Es evidente que sustituir el vigente sistema de canon fijo actualizable por otro vinculado a los eventuales beneficios de la explotación supone una modificación sustancial de la contraprestación fijada por el Ayuntamiento, con trascendencia relevante para los planteamientos económicos de los particulares que en su día pudieron estar interesados en la concesión demanial, pues con el sistema que rigió la licitación aquéllos sabían que, de ser adjudicatarios, habrían de satisfacer en todo caso una determinada contraprestación económica (a salvo el supuesto excepcional, previsto en la cláusula 14ª del PCAP, aludido en el escrito de consulta), es decir, independientemente de la rentabilidad de la explotación fotovoltaica, lo que no sucedería si se modificara la concesión en los términos pretendidos. Además, con lo interesado por la adjudicataria

se haría partícipe al Ayuntamiento del riesgo de la explotación, resultando que la cláusula 15ª PCAP establece con claridad que éste *“no asume responsabilidad alguna por los resultados económicos de la explotación de las instalaciones”*, lo que implica que se establecía una desvinculación respecto de dichos resultados económicos, habiendo optado el PCAP (como por otra parte es lo usual) por una contraprestación fija para el Ayuntamiento, no dependiendo así su retribución de los eventuales beneficios o pérdidas de la concesionaria.

En este sentido, debe citarse la STS, Sala 3ª, de 27 de septiembre de 2003, que deniega una solicitud de modificación de una concesión demanial porque *“la petición de modificación posterior implica una alteración tan importante de los términos de aquella primitiva concesión que efectivamente desborda los límites derivados del respeto a los elementos esenciales con arreglo a los cuáles aquella fue otorgada”*, y la STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de febrero de 2007, que anuló la adjudicación de una concesión demanial porque durante la licitación el Ayuntamiento otorgante modificó sin publicidad (por la vía de una improcedente corrección de errores) las condiciones de dicha licitación, expresando la sentencia que tal proceder *“afecta a la publicidad de las licitaciones (art. 78 del RDL 2/2000) y, por tanto, a la posibilidad de concurrencia.”* Por ello, considera que *“la Administración demandada, como bien indica el recurrente, debería haber dado publicidad a esta esencial modificación de las bases”* de dicha licitación.

En conclusión, y por las razones anteriormente expresadas, procede desestimar la solicitud de modificación concesional presentada por la adjudicataria.

#### **CUARTA.- La exigencia del canon concesional.**

Aunque de modo expreso no se solicita el parecer de este Consejo Jurídico sobre la procedencia de exigir el canon concesional en tanto el Ayuntamiento no resuelva la solicitud de modificación de la concesión presentada por la adjudicataria, es una cuestión que se desprende del escrito de consulta, por lo que procede igualmente analizarla.

A este respecto, no cabe ninguna duda de que no hay precepto jurídico alguno que imponga al Ayuntamiento la obligación de suspender los efectos del negocio concesional, ni total ni parcialmente, por el hecho de que el adjudicatario presente una solicitud de modificación de la concesión, ni hay perjuicio irreparable por exigirle el canon correspondiente a la primera anualidad, como se trata del caso planteado, en los términos establecidos en la concesión. Es evidente, además, que no hay ninguna razón de interés público que habilite al Ayuntamiento a suspender los efectos de la concesión, sino sólo el interés particular de la empresa, cuya oposición al pago del

canon por el hecho de haber solicitado la modificación concesional no enerva el que tenga una voluntad obstativa a su pago en los términos establecidos en la vigente concesión, a la que hay que atenerse en tanto no se modifique en el aspecto pretendido, sin que pueda vincularse el cumplimiento de aquélla, en lo atinente al pago del canon, a lo que resulte de la solicitud de su modificación.

Así, conforme con el PCAP, dicho canon se devenga desde la firma del documento contractual en el que se formalizó el otorgamiento de la concesión (cláusula 14ª, párrafo 4º), disfrutando desde tal momento el adjudicatario del uso privativo concedido, lo que legitima desde entonces al Ayuntamiento para su percepción, incluso por la vía de apremio, al tratarse de un ingreso de Derecho Público, tal y como prevé la citada cláusula en su párrafo 5º. Y, por las mismas razones, en el futuro procederá el abono del correspondiente canon anual en tanto la concesión surta efectos jurídicos.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Procede desestimar la solicitud de modificación de la concesión demanial de referencia presentada por el concesionario y objeto de la presente consulta, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** No procede suspender los efectos de la concesión en los términos interesados por el concesionario, procediendo la exigencia del canon concesional conforme a lo establecido en el PCAP de aquélla, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 102-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 11/05/2011

**Extracto de doctrina**

El Consejo Jurídico ha sostenido (por todos los Dictámenes núms. 175/2002 y 103/2005) la existencia de nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio regional de carreteras y los daños sufridos por el vehículo, cuando se prueba que el daño se ha producido como consecuencia de la caída de rama de árboles, y no ha mediado causa de fuerza mayor.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 26 de enero de 2006, x, en representación de --, presenta un escrito dirigido a la Consejería de Obras Públicas y Transportes en el que expone que, el 7 de agosto de 2005, el vehículo matrícula “—”, propiedad de su asegurado x, sufrió daños al impactar sobre él una rama proveniente de uno de los árboles colindantes a la carretera C-415 de Mula a Caravaca, punto kilométrico 31.20.

Adjunta a dicho escrito copias de: diligencia a prevención levantada por la Guardia Civil de Tráfico, póliza de seguro del automóvil, factura por importe de 1.548,62 euros en concepto de reparación del vehículo y finiquito de indemnización por dicho importe.

Considera que la causa del accidente deriva del mal funcionamiento de los servicios públicos y, concretamente, del servicio encargado del mantenimiento del estado de conservación de los árboles que lindan con la carretera en la que se produjo el accidente.

**SEGUNDO.-** Requerido el reclamante para que subsane y mejore la solicitud aportando la documentación indicada en el oficio obrante al folio 20, es cumplimentada por la aseguradora del vehículo siniestrado, mediante escrito fechado el 2 de junio de 2006.

**TERCERO.-** El órgano instructor solicita a la Agrupación de tráfico de la Guardia Civil, Destacamento de Caravaca, copia autenticada de las diligencias instruidas por los hechos sobre los que se basa la reclamación.

El requerimiento es atendido por el capitán jefe del Subsector, que remite copia de aquéllas, en las que se describen los hechos de forma coincidente con la versión del reclamante, se indican los daños sufridos por el vehículo y se señala como causa del accidente la caída de una rama.

**CUARTO.-** Solicitado el 23 de mayo de 2006 informe de la Dirección General de Carreteras, el 24 de agosto del mismo año es evacuado por el técnico responsable, con el siguiente contenido:

*“Una vez subsanado a quien compete esta reclamación por la ubicación del siniestro, que tal como informa y se manifiesta x, fue la antigua Ctra. C-415 paraje de El Niño y de acuerdo con el atestado de la Guardia Civil de Tráfico, que confirma el punto kilométrico del lugar y los daños producidos, es claro que corresponde a esta Administración pronunciarse favorablemente sobre la reclamación. No obstante, la importancia de los daños y su valoración deberá ser justificada y supervisada adecuadamente por personal experto del Taller de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras”.*

**QUINTO.-** El 15 de febrero de 2010 emite informe el Jefe del Parque de Maquinaria indicando que el valor venal del vehículo asciende a 15.310 euros. Sobre la valoración de los daños reclamados, atendiendo al modo de producirse el siniestro, señala que *“el reclamante aporta una factura de la mercantil --, correspondiente a los gastos de reparación del vehículo, por un importe de 1.548,62 euros, que no viene bien detallada, pero que, por la coincidencia en el importe, parece que pretende ser fiel reflejo del informe de valoración de la empresa “--” que también se acompaña al escrito de reparación. Entendemos que dicho importe es correcto”.*

**SEXTO.-** Otorgado trámite de audiencia al reclamante, presenta alegaciones en las que ratifica el contenido de su escrito inicial.

Seguidamente el órgano instructor emite propuesta de resolución estimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial, al concurrir los requisitos exigidos en el artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

**SÉPTIMO.-** Con fecha 6 de julio de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

I. La entidad de seguros reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, en cuanto subrogada en los derechos del titular del vehículo por el que se reclama indemnización, por haber abonado a éste el importe de los daños reclamados, a virtud del contrato de seguro cuya copia, así como las de los correspondientes documentos acreditativos del pago, constan en el expediente

En cuanto a la legitimación pasiva, se ha reconocido por la Administración que la carretera C-415, donde se produjo el accidente, pertenece a la red regional de carreteras.

II. Por lo que se refiere a la temporaneidad de la reclamación, ésta ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 LPAC.

III. El procedimiento tramitado ha seguido, en líneas generales, el determinado por la LPAC y por el Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante RRP), salvo en lo que concierne al plazo para resolver, que no se ha respetado, sin causa que justifique el importante retraso.

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

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En similares términos se expresa el

artículo 139 LPAC, configurando una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada.

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

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

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

Veamos la aplicación de tales requisitos al presente supuesto:

1º. Ha quedado acreditado en el expediente la producción del daño, de acuerdo con la factura de reparación, el finiquito y el informe del Parque de Maquinaria.

2º. En cuanto a la acreditación de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, el reclamante ha aportado las diligencias levantadas por la Guardia Civil de Tráfico, en las que la fuerza actuante señala como causa del accidente la caída de la rama de uno de los árboles colindantes a la carretera C-415.

Además, el informe del Parque de Maquinaria también sostiene que los daños que se deducen de la factura de reparación en relación con el informe pericial que la acompaña, pueden ser perfectamente los resultantes al caer una rama sobre el vehículo.

Sentadas tales premisas, la Administración, a quien incumbe, no ha probado que hubiera podado con anterioridad el árbol causante, recordando a este respecto que compete a la Administración regional, respecto a las carreteras a su cargo que explota directamente, las operaciones de conservación y mantenimiento, así como las encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso (artículo 26.1 de la Ley 2/2008, de 21 de abril, de Carreteras de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia).

Quedaría por considerar la posible ruptura del nexo causal por mediar causa de fuerza mayor (rotura por la fuerza del viento), cuya prueba también incumbe a la Administración, como recoge la Sentencia núm. 63/2000, de 19 de enero, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, no habiéndose acreditado este extremo en el expediente.

De lo expuesto se infiere la verosimilitud del nexo causal entre el funcionamiento del servicio público regional con los daños producidos. A mayor abundamiento, el Consejo Jurídico ha sostenido (por todos los Dictámenes núms. 175/2002 y 103/2005) la existencia de nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio regional de carreteras y los daños sufridos por el vehículo, cuando se prueba que el daño se ha producido como consecuencia de la caída de rama de árboles, y no ha mediado causa de fuerza mayor.

3º. Especial consideración ha de realizarse al principio de antijuridicidad, puesto que el Consejo Jurídico considera que se trata de unos daños que el reclamante no está obligado a soportar, de conformidad con lo previsto en el artículo 141.1 de la LPAC: *“Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*.

Por último, en lo que a la indemnización se refiere, deberá abonarse al reclamante el importe de la factura presentada, 1.548,62 euros, cantidad que habrá de actualizarse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial en la cuantía indicada, al concurrir los requisitos establecidos legalmente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 103-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

**Fecha** 11/05/2011

**Extracto de doctrina**

La doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia sobre reclamaciones por daños acaecidos en centros escolares destaca que debe partirse del hecho de que la Administración no tiene el deber de responder sin más de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en Centros Escolares de su titularidad, sino que para que proceda la responsabilidad patrimonial deberán darse los requisitos que la caracterizan.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de abril de 2010 x presentó escrito, dirigido a la Administración regional, de reclamación de responsabilidad patrimonial. Según expone, su hijo x, alumno del CEIP “*Nuestra Señora de la Salud*”, de Alcantarilla, el día 8 de marzo de 2010 “*estando en horario escolar, cuando se dirigían del pabellón a su aula uno de sus compañeros le lanzó unas piedras, las cuales impactaron en el cristal izquierdo de sus gafas dejando el mismo dañado e inservible*”, por lo que reclama 188,75 euros en concepto de gastos de reposición, según copia de factura que adjunta, acompañada del Libro de Familia donde se refleja su filiación.

**SEGUNDO.-** En el expediente obra asimismo un informe de accidente escolar emitido por el Director del centro el 13 de abril de 2010 en el que se señala que “*en la entrada del recreo a la clase de Educación Física en el pabellón deportivo, según el alumno, unas piedras le impactaron en las gafas y se las rayaron. El centro tuvo conocimiento del hecho cuando el padre lo comunicó a la Dirección*”.

**TERCERO.-** Con fecha 21 de abril de 2010 el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente, siendo notificado al interesado.

**CUARTO.-** Solicitado informe al Centro sobre el acaecimiento de los hechos, fue emitido por su Director el 17 de junio de 2010, del que se destaca lo siguiente:

*“El profesor encargado de trasladar a los niños al pabellón (...) era el profesor x.*

*Como ya se hizo constar en el informe anterior, ni el profesor ni ningún niño o niña presenciaron o fue consciente de los hechos. Al ser preguntados con posterioridad salieron a relucir otros hechos sin relación con el que nos ocupa.*

*Al no conocer el nombre del alumno o alumna que arrojara las piedras no se puede saber si fue o no un hecho aislado o si hay o no un interés concreto en dañarle. El alumno x, en cualquier caso, no tiene conflictos conocidos ni declarados con ningún niño, por lo que lo más plausible es que fuera una piedra arrojada al aire y que por accidente llegara a sus gafas.*

*Quiero hacer constar, así mismo, que el patio tiene mucha grava, especialmente la zona más cercana al pabellón por lo que es muy fácil que, incluso con un movimiento brusco de los pies, se levanten piedras del suelo sin que se controle el destino final de las mismas”.*

**QUINTO.-** Acordado trámite de audiencia y vista del expediente con fecha 28 de junio de 2010, no consta la comparecencia del interesado ni la presentación de alegaciones.

**SEXTO.-** El 4 de octubre de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que los hechos se produjeron de forma accidental, no atribuible directa o indirectamente a la actuación del profesorado, que vigilaba adecuadamente a los alumnos, por lo que no concurre la relación de causalidad adecuada para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

**SÉPTIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del

Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al interesado, por haber afrontado el coste de los daños materiales que imputa a la Administración educativa. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria y ser de su competencia la prestación del servicio público educativo con ocasión del cual ocurrió el hecho por el que se reclama.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en principio ha de considerarse formulada en plazo, si se parte de la alegada fecha de ocurrencia del accidente y la de la presentación de la reclamación.

III. En cuanto al procedimiento, cabe señalar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Como ha señalado este Consejo en numerosos casos análogos al presente, la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia sobre reclamaciones por daños acaecidos en centros escolares destaca que debe partirse del hecho de que la Administración no tiene el deber de responder sin más de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en Centros Escolares de su titularidad, sino que para que proceda la responsabilidad patrimonial deberán darse los requisitos que la caracterizan recogidos en el artículo antes citado. Así, en su dictamen nº 1747/1997, de 24 de abril de 1997, el Consejo de Estado manifiesta que *"cualquier efecto dañoso que se produzca en los centros escolares (o como consecuencia de actividades extraescolares) no genera automáticamente una conexión causa-efecto con la prestación del servicio educativo que permita declarar la responsabilidad de la Administración, sin que, por lo demás, sea viable interpretar el referido deber de vigilancia de una manera tan extensa que convierta de hecho el servicio público educativo en una especie de actividad absolutamente controlada en cualquiera de sus manifestaciones, lo que llevaría, de admitirse, a convertir (lo cual es improcedente, según se ha señalado) el instituto de la responsabilidad patrimonial en una especie de seguro a todo riesgo, con la desnaturalización que ello comportaría."*

Así, como se manifiesta en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de junio de 1998: *"La prestación por la Administración de un determinado servicio público no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a estas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico"*

II. En el presente supuesto, debe señalarse, en primer lugar, y respecto del origen del daño, que no hay más dato al respecto que la manifestación del alumno de haberse producido aquél en el centro escolar, no constando entonces que comunicara el hecho al profesor responsable, ni existen testigos al efecto. Además, y en la hipótesis de que el daño acaeciera en el colegio, no consta siquiera alegada la causa del mismo.

En este sentido, el reclamante no formula ninguna alegación en apoyo de su pretensión, en el sentido de que exista una relación de causalidad jurídicamente adecuada, a estos efectos indemnizatorios, entre los daños producidos y la prestación del servicio público educativo, por lo que entendemos que considera a la Administración responsable sólo por ser la titular del Centro Público del que era alumno su hijo, circunstancia que, conforme con lo antes razonado, no es causa suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Tampoco se acredita cualquier otra circunstancia que hubiera de calificarse como una deficiencia del servicio público educativo (la mera existencia de grava en el patio no supone una deficiencia, al margen de que ni siquiera se acredita que aquélla fuera la causa del daño, según se dijo). Por todo ello, al no concurrir los requisitos que legalmente determinan la responsabilidad patrimonial administrativa, no procede declararla, debiendo desestimarse la pretensión indemnizatoria de referencia.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No existe la relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios educativos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, que es jurídicamente adecuada y necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 104-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x. y otros, como consecuencia de los daños sufridos por un accidente de circulación.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 11/05/2011

**Extracto de doctrina**

Este Consejo Jurídico ha señalado en reiterados Dictámenes (por todos, el núm. 156/2009), al analizar el estándar de rendimiento de los servicios públicos de vigilancia viaria conforme a la jurisprudencia, que dicho deber no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, entre lo que no se encuentra una vigilancia tan intensa que, sin mediar lapso de tiempo no instantáneo o inmediato, cuide de que el tráfico de la calzada sea libre o expedito.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de julio de 2005, x y otros, en representación de su hija, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Dirección General de Carreteras por los siguientes hechos, según describen:

*“Que sobre las 22,30 horas del día 1 de agosto de 2004, a la altura del punto kilométrico 5.800 de la carretera MU-602 (Cartagena-Alhama de Murcia), término municipal y partido judicial de Cartagena, sufrió nuestro padre un accidente mortal al chocar su ciclomotor con un obstáculo que había en la calzada, con el vuelco y posterior choque contra la bionda, resultando nuestro padre como hemos manifestado muerto en el acto.*

*Que dicho accidente se produjo al existir un obstáculo en la calzada, concretamente, tal y como consta en el atestado instruido por la Guardia Civil de Cartagena, un calzo de madera de los que utilizan los camiones de grandes dimensiones para calzar las ruedas al efecto de que el camión no se desplace”.*

Acompañan los certificados de nacimiento de los hijos y de defunción del causante, el acta de notoriedad de la declaración de herederos, así como copias del atestado de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil y del auto de 19 de octubre de 2004 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Cartagena, por el que se acuerda el sobreseimiento provisional y el archivo de la causa correspondiente.

**SEGUNDO.-** Por oficio de 21 de septiembre de 2005, la instructora solicitó el testimonio íntegro de las Diligencias Previas 2682/2004 al Juzgado de Instrucción núm. 4 de Cartagena.

**TERCERO.-** El Servicio de Conservación de la Dirección General de Carreteras emite informe el 3 de octubre de 2005, señalando, entre otros aspectos, que no existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras, puesto que la responsabilidad se debería atribuir al titular del vehículo que arrojó el calzo a la carretera, si éste fue la causa del accidente. También expresa que no se tuvo conocimiento de la existencia de un obstáculo en la calzada, dado que no se recibió aviso de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil o de un usuario de la carretera.

**CUARTO.-** A requerimiento del órgano instructor, mediante escrito de 17 de octubre de 2005, los reclamantes concretan el *quantum* indemnizatorio en 15.527,82 euros para cada uno de los cuatro hijos mayores de edad, y 139.750,41 euros para la hija menor de edad, de acuerdo con el baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico según refieren.

**QUINTO.-** Con fecha 7 de julio de 2006 tiene entrada en el Registro de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes el testimonio íntegro de las Diligencias Previas 2682/2004, de las que se destacan:

- El atestado núm. 628/2004 de la Guardia Civil de Tráfico, Destacamento de Cartagena.
- Informe técnico complementario de la Guardia Civil al citado atestado, de 16 de agosto de 2004, que recoge como causas inmediatas del accidente (folio 166):
  1. Obstáculo en la calzada. El calzo es de los que utilizan los camiones de grandes dimensiones al efecto de que no se desplace durante la carga y descarga, ignorando a qué vehículo puede pertenecer.
  2. Velocidad excesiva. Se estima que el conductor de la motocicleta, momentos antes del accidente, conducía a una velocidad superior a la específica de la vía, establecida en 90 Km./h.
- Informe fotográfico de la Guardia Civil de Tráfico sobre la panorámica de la vía donde ocurrieron los hechos y de los daños que presentaba la motocicleta (folios 156 y ss.).
- Informe médico forense de 9 de agosto de 2004, y de toxicología (negativo) de 23 septiembre siguiente.

- Auto de 19 de octubre de 2004 del Juzgado de Instrucción núm. 4, acordando el sobreseimiento provisional y el archivo de la causa (Diligencias Previas 2682/2004).

**SEXTO.-** Otorgado trámite de audiencia, x, que dice actuar en representación de los reclamantes, presenta escrito de alegaciones el 13 de marzo de 2007, en el que manifiesta que resulta clara la responsabilidad exigida debido al funcionamiento anormal de los servicios públicos, ya que el accidente mortal del progenitor fue debido a la existencia de un obstáculo en la calzada, concretamente un calzo de madera en el carril por el que circulaba, lo que motivó que perdiera el control del vehículo que conducía, volcando sobre la vía con resultado de muerte.

**SÉPTIMO.-** La propuesta de resolución, de 3 de diciembre de 2007, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al considerar que no se ha acreditado la existencia de relación de causalidad entre el resultado dañoso y el funcionamiento del servicio público, en el entendimiento de que la intervención de un tercero (la existencia de un calzo de madera en la vía, procedente de un vehículo de grandes dimensiones), o del propio conductor (circulaba a una velocidad superior a la permitida) rompe la relación de causalidad.

**OCTAVO.-** Recabado el Dictamen de este Consejo Jurídico, fue evacuado bajo el núm. 94/2008, en el sentido de recomendar que se completara la instrucción, solicitando un informe al centro directivo competente sobre la periodicidad de las inspecciones del personal encargado del mantenimiento de la carretera (o los partes de salida) para determinar el rendimiento del citado servicio, a cuyo funcionamiento anómalo se imputa el daño; completada la instrucción, se señalaba la necesidad de otorgar un nuevo trámite de audiencia a los interesados si se aportaran nuevos datos.

**NOVENO.-** La Sección de Conservación I de la Dirección General de Carreteras emite nuevo informe el 30 de mayo de 2008, en el siguiente sentido:

*“1. La IMD (Intensidad Media Diaria) en el año 2004 ascendía aproximadamente a 8.200 vehículos con una IMD de pesados de 1.650 vehículos. Dada la elevada IMD que soporta esta carretera, es de suponer que el calzo no estuviera mucho tiempo en la calzada, puesto que no hubo aviso de emergencia por la posible existencia del calzo por ningún usuario.*

*2. Este tramo de la carretera coincide con el itinerario habitual de la Brigada de Conservación de Cartagena, dado que la casilla de peones camineros está situada en Santa Ana, por lo que tanto la visita de los inspectores, como jefes de equipo y la propia brigada inspectora, inspecciona diariamente el tramo de carretera en el que ocurrió el siniestro.*

3. *Dado que el siniestro ocurrió un domingo, se puede afirmar que la última inspección realizada fue el viernes 30 de julio y dentro del horario de trabajo del personal.*

4. *Con los medios disponibles en esta Dirección General de Transportes y Carreteras y según la distribución de los Sectores de Conservación, hay que tener en cuenta que un jefe de equipo o inspector de carreteras tiene 500 Kms. en cada sector para inspeccionar, aún así por este tramo de carretera se pasa prácticamente a diario por las circunstancias antes mencionadas”.*

**DÉCIMO.-** Más de dos años después, por escrito de 25 de octubre de 2010 la instructora otorga un trámite de audiencia a los interesados, presentando la letrada actuante escrito de alegaciones en las que afirma que ha quedado probado el nexo causal, puesto que del informe emitido por la Sección de Conservación se desprende que la carretera se encontraba desprotegida todo el fin de semana (48 horas), y que el calzo con el que colisionó debió de estar allí desde el viernes por la tarde, puesto que los fines de semana no circulaban camiones por dicha vía, ni tampoco actuaba la brigada de conservación, estando a merced la conservación de que algún usuario diera aviso de la existencia de un obstáculo en la carretera. Finalmente, concluye que se trata de daños que sus representados no están obligados a soportar.

**UNDÉCIMO.-** La propuesta de resolución, de 4 de enero de 2011, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por las siguientes razones:

1. Este tramo de la carretera coincide con el itinerario habitual de la brigada de conservación, por lo que diariamente se inspecciona.
2. Dada la intensidad media de vehículos en ese tramo durante el año 2004, es de suponer que el calzo de madera no estuviera mucho tiempo en la carretera, pues se habría avisado a los servicios de emergencia.
3. Según el atestado, la motocicleta circulaba a una velocidad superior a la prevista en dicho tramo.
4. No existe concurrencia de culpas de la Administración regional con el tercero del que procedía el calzo de madera.

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 18 de enero de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. La reclamación ha sido interpuesta por quienes gozan de legitimación activa para ello, por su condición de herederos *ab intestato* del fallecido como consecuencia del accidente, lo que les confiere la condición de interesados conforme a los artículos 31.1 y 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y 4.1 RRP. Respecto a la representación de la letrada actuante, no consta acreditada en el presente procedimiento, pues los interesados únicamente la designaron a efectos de notificaciones (artículo 32.3 LPAC), si bien tampoco ha sido requerido para ello por el órgano instructor, presumiblemente porque sí consta dicha representación en las actuaciones penales previas (folio 176).

En cuanto a la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través de la Consejería consultante, en virtud de su condición de titular de la vía, a cuyo defectuoso funcionamiento de mantenimiento se imputa el daño, según reconoce el informe de la Dirección General de Carreteras.

2. La reclamación ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 LPAC, si se parte de la fecha de ocurrencia del accidente (el 1 de agosto de 2004) y de la presentación de la reclamación (el 26 de julio de 2005), aún sin tener en cuenta la fecha en la que se acuerda por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Cartagena el sobreseimiento provisional y el archivo de las Diligencias Previas núm. 2682/2004, incoadas con motivo del accidente.

3. Respecto al procedimiento seguido, cabe destacar la excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación, pues se ha superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13 RRP, al haber transcurrido casi 3 años desde que se evacuó por este Consejo

Jurídico el Dictamen núm. 94/2008 sobre el mismo asunto, pendiente únicamente de realizar dos trámites por la Consejería consultante (informe del centro directivo y trámite de audiencia a los interesados), por lo que no se encuentra justificada la demora advertida en la complejidad de las actuaciones pendientes. No obstante, ha seguido, en líneas generales, lo establecido en su normativa reguladora, sin que se observen carencias esenciales.

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

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

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, sentencia de la Sala 3ª, de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible que se produzca el nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que, de lo contrario, el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

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

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.

c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

d) Que no exista fuerza mayor.

Acreditada la realidad del daño, según recoge la propuesta de resolución, conviene centrarse en si concurre en el presente supuesto otro de los requisitos imprescindibles para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial: el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y los daños alegados.

Para el órgano instructor el accidente se produjo por el comportamiento inadecuado del motorista (exceso de velocidad) y de un tercero que transportaba el calzo de madera, de los que utilizan los camiones de grandes dimensiones para calzar las ruedas en el lugar del accidente, rompiendo dichas actuaciones indebidas el nexo causal con el funcionamiento del servicio público

Sin embargo, no queda excluido que se establezca la imputación de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos de daños producidos con ocasión de accidentes de tráfico en los que la situación de peligro en la circulación se origina a causa de la acción directa de un tercero sobre la calzada, concretamente cuando dicho peligro se produce por la presencia en la carretera de obstáculos. A este respecto resulta de interés reproducir el siguiente razonamiento de la STS, Sala 3ª, de 31 de enero de 1996 (Fundamento de Derecho Cuarto): *“La intervención de un tercero en la producción de los daños es ya un problema clásico en el campo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sobre el cual la jurisprudencia de este Tribunal no tiene una solución definida, sino una constante invocación a respuestas puntuales e individuales, subordinadas a circunstancias específicas y peculiares en cada caso concreto, sin duda para evitar que formulaciones excesivamente generales puedan acarrear en el futuro consecuencias indeseadas o excesivas (...) El relativismo o casuismo en la materia, en los casos de meras inactividades de la Administración, acaso sólo permite concluir que ni el puro deber abstracto de cumplir ciertos fines es suficiente para generar su responsabilidad cuando el proceso causal de los daños haya sido originado por un tercero, ni siempre la concurrencia de la actuación de éste exime de responsabilidad a la Administración cuando el deber abstracto de actuación se ha concretado e individualizado en un caso determinado”*.

Por tanto, para determinar la concurrencia del nexo causal, el funcionamiento del servicio público debe operar como causa eficiente del daño, y el nexo causal surgirá cuando concurren alguna de estas dos situaciones (Dictamen núm. 77/2006 del Consejo Jurídico):

a) Una inactividad por omisión de la Administración titular de la explotación del servicio en el cumplimiento de los deberes de conservación de los elementos de las carreteras, a fin de mantenerlas útiles y libres de obstáculos en garantía de la seguridad del tráfico, tal como prescribe el artículo 20 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia, entonces vigente.

b) Una ineficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad alteradas mediante la eliminación de la fuente de riesgo o, en su caso, mediante la instalación y conservación en la carretera de las adecuadas señales viales circunstanciales de advertencia del peligro (artículo 57 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial).

En este caso, los reclamantes atribuyen una inactividad por omisión de las labores de vigilancia durante el fin de semana (el accidente se produjo el domingo por la noche), a tenor de la última inspección que realizó la brigada correspondiente en la vía de que se trata (el viernes por la tarde).

Para dilucidar la relación de causalidad entre el daño y la inactividad de la Administración en las situaciones de riesgo, ha de tenerse en cuenta el siguiente criterio, según la Sentencia de 7 de octubre de 1997 de la Sala 3ª, del Tribunal Supremo: *"...para sentar un conclusión en cada caso hay que atender no sólo el contenido de las obligaciones explícita o implícitamente impuestas a la Administración competente por las normas reguladoras del servicio, sino también a una valoración del rendimiento exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución Española a la actuación administrativa"*.

También habrán de tenerse en cuenta los principios generales de la distribución de la carga de la prueba en los supuestos de daños causados a los usuarios de la carretera por la presencia de obstáculos procedentes de otros vehículos (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribuna Superior de Justicia del País Vasco, de 20 de julio de 2007), de los que se infiere:

- A la parte reclamante le corresponde, en principio, la carga de probar la existencia del hecho determinante de la responsabilidad, la antijuricidad, el alcance, la valoración económica de la lesión, así como el sustrato fáctico de la relación de causalidad que permite la imputación de la responsabilidad a la Administración.
- A la Administración titular del servicio, la prueba sobre la incidencia, como causa eficiente, de la acción de terceros, salvo que se trate de hechos notorios y, en el caso de ser controvertido, la acreditación de las circunstancias de hecho que definan el estándar

de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios derivadas de acción de terceros y para reparar los efectos dañosos.

En su aplicación al presente caso, resulta:

#### I. Acreditación y causas del accidente.

Resulta acreditado en el expediente que el 1 de agosto de 2004, sobre las 22,30 horas, x, que conducía la motocicleta Suzuki GSX 600 matrícula --, tuvo un accidente de tráfico en la carretera MU-602 (Cartagena-Alhama de Murcia), punto kilométrico 5.800, al chocar contra un calzo de madera (aproximadamente de 35 cms. de largo por 20 cms. de ancho y 4 cms. de grosor) existente en el carril por el que circulaba, perdiendo el conductor la gobernabilidad de la motocicleta y volcando sobre la vía, saliendo despedido éste y chocando el vehículo contra la bionda de protección derecha de la vía (apreciación de la forma en que pudo ocurrir el accidente, según el atestado de la fuerza interviniente).

Las causas del accidente, según el referido atestado, son la existencia de un obstáculo en la carretera y circular a una velocidad superior a la limitación existente, conforme a las manifestaciones de los testigos.

Interesa también destacar, entre las características de esta carretera de titularidad regional que recoge el atestado, que el aglomerado asfáltico se encontraba en buen estado de conservación y rodadura, seco y limpio de sustancias deslizantes, con buena visibilidad para su conductor, no existiendo elementos de obstrucción visual.

En la reconstrucción del accidente, se recoge en dicho atestado que no existen huellas de frenada, y que el conductor no realizó maniobra alguna de evasión momentos antes del choque contra el calzo, que se encontraba a 1,10 metros del borde derecho de la calzada y a 14,40 metros de la señal de limitación de velocidad a 90 Km./h.

#### II. Tiempo de permanencia del obstáculo en la calzada.

En este punto concreto existe un vacío probatorio, careciendo de sentido retrotraer el procedimiento para completar la instrucción cuando han transcurrido más de 6 años y medio desde que se produjo el accidente.

Para su determinación vamos a acudir a los principios generales de la distribución de la carga de prueba, como se ha indicado anteriormente, si bien la regla puede alterarse, según el caso, en aplicación del principio de buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de facilidad, cuando hay datos de hecho que resulten de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra.

En este punto, los reclamantes sostienen que la brigada de conservación del centro directivo no actuó en todo el fin de semana, por lo que tales labores se dejaron a merced de los usuarios de la carretera, deduciendo por ello que el obstáculo permaneció en la vía desde el viernes por la noche, puesto que los fines de semana está restringida la circulación para los camiones.

Sin embargo, aún cuando en general parezcan limitados los medios con los que cuenta la Administración regional para el mantenimiento y conservación de las carreteras de su titularidad, a tenor del informe emitido por la Sección de Conservación, lo cierto es que no se pueda afirmar que el obstáculo permaneciera allí todo el fin de semana como deduce la parte reclamante, sino que, por las consideraciones que seguidamente se exponen, puede sostenerse de forma motivada lo contrario, la inmediatez de su caída, si se tiene en cuenta:

1º) No es cierto, como afirma la parte reclamante, que existieran restricciones de tráfico que afectaran a todo tipo de vehículos de transportes de mercancías ese fin de semana en la carretera regional MU-602, a tenor de la Resolución de 5 de marzo de 2004 (BOE de 12 de marzo) de la Dirección General de Tráfico, por la que se establecen medidas especiales de regulación de tráfico durante el año 2004. De modo que, según el artículo primero, apartado B.1, de dicha Resolución, no consta incluida la indicada carretera regional en los tramos en los que quedaban restringidos el transporte de mercancías, en general, para los días 31 de julio y 1 de agosto de 2004, según el Anexo II.

2º) La intensidad media diaria de vehículos en dicha carretera en el año 2004 era muy elevada, según el informe de la Sección de Conservación de la Dirección General de Carreteras, ascendiendo aproximadamente a 8.200 vehículos, de los que 1.650 eran pesados, por lo que de haber permanecido 48 horas, como sostiene la parte reclamante, hubiera provocado otros accidentes anteriormente, que no constan producidos, ni a ello se alude en el atestado de la Guardia Civil de Tráfico.

3º) A tenor de las causas probables del accidente recogidas en el atestado, la velocidad de la motocicleta era superior a la permitida, sin que el conductor advirtiera de la presencia del

obstáculo en la carretera, como lo acredita la ausencia de huellas de frenada, teniendo en cuenta que podría haberse esquivado a tenor de su ubicación en la calzada (1,10 metros del borde derecho de la misma). Ha de tenerse en cuenta que el conductor está obligado a adaptar la velocidad a las características y estado de la vía, así como a las condiciones meteorológicas, de manera que pueda detener el vehículo ante cualquier obstáculo que se pueda presentar en la carretera (artículo 19.1 RD. Legislativo 339/1990, ya citado).

4º) El obstáculo frente al que colisionó la motocicleta no es un elemento de señalización propio de la vía, cuyo abandono en la calzada denotaría *per se* un funcionamiento anormal del servicio público, sino derivado de la acción de un tercero, que no se ha podido determinar según el atestado, y que debió de producirse momentos antes de que circulara la motocicleta, pues en caso contrario habría provocado otros accidentes, como ya se ha señalado. Y cuando se produce tal inmediatez, este Consejo Jurídico ha señalado en reiterados Dictámenes (por todos, el núm. 156/2009), al analizar el estándar de rendimiento de los servicios públicos de vigilancia viaria conforme a la jurisprudencia, que dicho deber no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, entre lo que no se encuentra una vigilancia tan intensa que, sin mediar lapso de tiempo no instantáneo o inmediato, cuide de que el tráfico de la calzada sea libre o expedito.

Por tanto, al igual que sostiene la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 20 de noviembre de 2007, en el caso de un obstáculo abandonado en la carretera por la acción de un tercero, no resulta probado en el presente supuesto que el calzo hubiera permanecido en la vía durante un tiempo dilatado para inferir la existencia de un déficit de eficiencia del servicio encargado del mantenimiento, con independencia de que se hayan puesto de manifiesto, en general, ciertas limitaciones en los recursos disponibles por el centro directivo encargado. En igual sentido, las Sentencias de las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León de 22 de febrero de 2008, y de Cataluña de 25 de julio de 2007, esta última sobre un supuesto similar al analizado, que señala lo siguiente:

*“En otras palabras, la Administración no puede dar respuesta instantánea a la multitud de situaciones de riesgo producidas por terceros, consistentes como en este caso en la existencia de un taco de madera en la calzada de una vía pública. Sólo en el caso de que se acredite que los servicios públicos no actuaron con la celeridad exigible en la neutralización del riesgo y el restablecimiento de las condiciones de seguridad, podrá concluirse que existe una relación de causalidad entre el resultado lesivo y el funcionamiento de los servicios públicos. En el supuesto que ahora se examina, no consta que se hubiese comunicado a los servicios competentes la existencia del taco de madera con anterioridad al accidente de autos, sino que, por el contrario,*

*aquéllos tuvieron conocimiento de este hecho a raíz de la producción del accidente*”, como ocurre en el presente caso, conforme a lo indicado por el informe de la Sección de Conservación de la Dirección General de Carreteras.

Por las razones anteriormente señaladas, se han desestimado supuestos similares, conforme a la doctrina del Consejo de Estado expresada, entre otros, en los Dictámenes núms. 680/1998 y 819/2010.

En suma, a la vista de lo expuesto, procede la desestimación de la reclamación, pues, como se ha indicado anteriormente, la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extenderla hasta cubrir cualquier evento, de manera que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para la prestación, no implica que aquélla se convierta en un aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados.

Por último, respecto a la cuantía indemnizatoria no se tiene en cuenta por la parte reclamante la incidencia de la actuación del conductor en la producción del daño y del tercero del que procedía el obstáculo, según recoge el atestado.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de referencia, por no acreditarse la existencia de la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público viario y el daño por el que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 105-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios educativos.
<b>Consultante</b>	Consejero de Universidades, Empresa e Investigación (2008)
<b>Fecha</b>	11/05/2011

**Extracto de doctrina**

"1. La reclamación, como claramente se desprende de las alegaciones formuladas ante el Consejo Jurídico, se orienta a declarar la responsabilidad de aquélla por la omisión de cumplimiento de los deberes de control que, como responsable de la página web, le incumbían sobre los contenidos que se insertaran en ella, máxime cuando el alojamiento de los mismos fue realizado por una de sus unidades administrativas: el SIU.

2. La titularidad del dominio y la gestión de la página web que realiza la Universidad responde a los fines propios de una Institución académica pública y no persigue obtener un beneficio económico por su explotación. Pero lo cierto es que, al ceder un espacio virtual a un tercero como la Junta de PDI, posibilitando a ésta el alojamiento de contenidos y su difusión en la red, actúa al modo de un prestador de servicios de "hosting", a los que se refiere el artículo 16 LSSI."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 23 de marzo de 2009, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Rector de la Universidad de Murcia, por los daños que dice haber padecido como consecuencia de la publicación, en la página web de la referida Universidad, de diversos documentos en los que constan algunos de sus datos personales.

Relata el interesado que, desde el 12 de febrero de 2009, en la página web de la Universidad permanecen publicados los siguientes documentos:

- Sentencia núm. 214/2008, de 4 de julio, del Juzgado de lo Penal nº 2 de Murcia, de 4 de julio, que condena al hoy reclamante como autor de un delito de acoso sexual.

- Sentencia núm. 112/2008, de 24 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Murcia, por la que se resuelve la apelación planteada frente a la anterior, absolviendo al interesado.

- Anexo a ambas sentencias aparece el documento denominado "*Pronunciamiento unitario de los órganos de representación de los trabajadores y trabajadoras de la Universidad de Murcia*

*sobre el acoso*”, aprobado por la Junta de Personal Docente e Investigador (en adelante, Junta PDI), de 26 de enero de 2009, y en el que, según el reclamante, se vierten injurias y calumnias contra él.

En tales documentos aparecen datos personales del reclamante, en el concepto que de los mismos da el artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), al constar su identidad, filiación, profesión, categoría profesional, lugar de trabajo y DNI.

También constan datos que pueden tener el carácter de especialmente protegidos, al amparo del artículo 7 LOPD, al ser relativos a su intimidad como persona, *“especialmente su voz y sus expresiones en el marco de una conversación íntima, la cual fue grabada sin su consentimiento por la persona que interpuso contra él la denuncia pretendiendo justificar un inexistente acoso sexual”* y de la que resultó absuelto el hoy reclamante por la sentencia de la Audiencia Provincial reseñada *supra*.

Manifiesta, asimismo, que ni se recabó ni prestó su necesario consentimiento (artículos 3 y 6 LOPD) para la publicación de los citados datos en la página web de la Universidad.

Del mismo modo, pone de relieve que no se alojaron en la citada web otros documentos claramente favorables a la posición del reclamante en el proceso judicial seguido contra él, lo que evidencia *“la auténtica intención de la Universidad de Murcia que Vd. rige a través de su Junta de PDI, de lesionar los derechos de este profesor en sus ámbitos de protección de datos personales, derecho al honor y la intimidad, así como los derechos laborales a la dignidad”*.

Valora el daño sufrido en sus derechos morales, intimidad e integridad psíquica en una cantidad de 1.000 euros por cada día en los que los documentos referidos permanezcan publicados en la página web de la Universidad.

Reclama del Rector, asimismo, que ejerza sus competencias en orden a proteger al interesado de la lesión de su derecho a disfrutar del pleno respeto a su dignidad profesional y personal en el ejercicio de sus funciones, y al respeto a la intimidad, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso moral y laboral, según le reconocen el artículo 146.1, b) de los Estatutos de la Universidad y el 14, h) del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril (en adelante EBEP). Recuerda, asimismo, que tal demanda de actuación rectoral ya le fue solicitada el 27 de enero de 2009, sin que se haya producido hasta la fecha de la reclamación.

En atención a lo expuesto, el interesado solicita que:

a) Se disponga la cancelación total de los datos en la página web, con invocación del artículo 16 LOPD.

b) Se le indemnice con 1.000 euros por día, desde el 12 de febrero de 2009, dada la lesión continuada de sus derechos más básicos que la Universidad le viene produciendo desde, al menos, esa fecha. Esta pretensión la efectúa el actor al amparo del artículo 19 LOPD.

**SEGUNDO.-** Por resolución rectoral de 3 de abril de 2009, se acuerda la apertura del expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial (RP 1/2009), se designa instructor y secretaria, y se informa al interesado de los extremos indicados en el artículo 42.4 (LPAC).

**TERCERO.-** También con fecha 3 de abril, el Rector acuerda dar traslado del escrito de solicitud de cancelación de datos personales a la Junta PDI, toda vez que tales datos no se encuentran incorporados a fichero alguno de cuyo tratamiento sea responsable la Administración Pública de la Universidad de Murcia, la cual tampoco ha comunicado a dicha Junta documentación alguna atinente a datos personales del interesado. Antes bien, considera que tales datos han sido expuestos en uno de los medios con los que cuenta la Junta PDI de la Universidad, para el ejercicio de los derechos de libertad sindical y representación que le son propios, y que fue proporcionado por el empleador.

**CUARTO.-** El 9 de julio, el instructor traslada al interesado sendos informes por él solicitados en un escrito anterior, de fecha 15 de mayo, que no consta en el expediente. Dichos informes son los que siguen:

- El Director del Área de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones Aplicadas informa que las sentencias estuvieron disponibles en la web desde el 16 de febrero de 2009. A fecha 1 de junio de 2009, *“siguen estando accesibles desde Intranet, pero ya no aparecen como enlace directo desde la página principal [www.um.es/pdi/junta-pdi/documentos](http://www.um.es/pdi/junta-pdi/documentos), que –recordamos– es mantenida por la propia Junta de PDI. De dicha página principal se retiraron, en concreto, el día 30 de marzo de 2009”*.

- El Director Técnico del Servicio de Información Universitario (SIU) de la Universidad de Murcia, por su parte, señala que:

“1º. Todas aquellas unidades de la Universidad de Murcia que cuentan con un espacio asignado en la web [www.um.es](http://www.um.es) pueden optar por autogestionar sus contenidos o por recurrir al SIU para que éste coloque en la web los contenidos que se le remiten y solicitan de forma expresa. Tal es el caso de la página de representación sindical ... y de la Junta de PDI..., quienes habitualmente solicitan al SIU los cambios necesarios para el mantenimiento de dicha página. La gestión de estas peticiones se realiza a través de la herramienta de gestión de tareas DUMBO.

2º. Cada una de las unidades que mantiene su página web con la intermediación del SIU tiene asignado un responsable de contacto para realizar las labores de enlace, de envío y supervisión de los contenidos que son alojados en su área de la web, normalmente a través de la herramienta DUMBO. En el caso concreto de la Junta de PDI dicha persona es x.

3º. La Junta de PDI de la Universidad de Murcia realizó al SIU una petición de actualización de contenidos de su área web el día 16 de febrero de 2009, tarea que quedó reflejada en el sistema DUMBO con el número de petición 25655. El propio día 16 de febrero de 2009, a las 10:10 horas desde el SIU se alojó en el servidor web de la Universidad de Murcia dos ficheros, con nombre de fichero *Sentencia\_1.pdf* y *Sentencia\_2.pdf*, quedando alojados los ficheros en el servidor con las direcciones:

[http://www.um.es/pdi/junta-pdi/documentos/Sentencia\\_1.pdf](http://www.um.es/pdi/junta-pdi/documentos/Sentencia_1.pdf)

[http://www.um.es/pdi/junta-pdi/documentos/Sentencia\\_2.pdf](http://www.um.es/pdi/junta-pdi/documentos/Sentencia_2.pdf)

Ambos ficheros estuvieron enlazados desde la página web, desde el 16/02/2009 hasta que se eliminaron dichos enlaces de esa página, de nuevo por petición de x, con fecha 7/04/2009 y número de tarea 27334.

4º. Actuaciones del SIU en relación a tales URL desde el día 16 de febrero de 2009:

- 16 de febrero de 2009. Se alojan los dos ficheros en el área web de la Junta de PDI y se enlazan desde <http://www.um.es/pdi/junta-pdi/documentos/acoso.php>.

- 7 de abril de 2009. Por petición de la Junta de PDI se retira de la página <http://www.um.es/pdi/junta-pdi/documentos/acoso.php> el enlace a los dos ficheros señalados.

- 16 de mayo de 2009 y por petición de Gerencia se restringe el acceso únicamente a direcciones IP de la Universidad de Murcia (ordenadores alojados en los campus de la Universidad de Murcia) a todos los contenidos alojados bajo el directorio <http://www.um.es/pdi/junta-pdi/>.

**QUINTO.-** El 28 de julio el interesado presenta nuevo escrito en el que concreta el período en que sus datos estuvieron expuestos en la web de la Universidad, “*accesibles al público a nivel mundial*”, entre el 16 de febrero y el 7 de abril: 51 días. La indemnización solicitada asciende, por tanto, a 51.000 euros.

Afirma, asimismo, que los datos fueron insertados en la página de la Universidad “*por obra de ella misma, a través del S.I.U. y a instancia de una persona llamada x*”, de donde concluye que los datos fueron insertados por el órgano de la Universidad al que corresponde la llevanza, gestión y responsabilidad de la página web.

**SEXTO.-** Con fecha 26 de agosto se confiere trámite de audiencia al reclamante, quien, el 2 de septiembre, presenta escrito de alegaciones y aporta la siguiente documentación al expediente:

a) Las dos sentencias publicadas en la web de la Universidad. Se reiteran las alegaciones contenidas en el escrito de reclamación inicial en relación con la vulneración de sus derechos que conlleva su exposición en la web.

b) El “Pronunciamiento unitario de los órganos de representación de los trabajadores y trabajadoras de la Universidad de Murcia”, publicado en la web bajo el membrete “*UNIVERSIDAD DE MURCIA, Junta de Personal Docente e Investigador; Junta de Personal de Administración y Servicios; Comité de Empresa*”. En él se le denomina “presunto acosador (sexual)”, cuando a la fecha de su elaboración el interesado había sido ya absuelto de todo delito o falta con todos los pronunciamientos favorables, y se le imputa un delito de plagio por el que nunca ha sido condenado. Afirma que la conexión entre el pronunciamiento y su persona era muy fácil de realizar, ya que el contenido del mismo se refería directamente a él como sujeto identificado perfectamente en las sentencias que acompañaban al escrito. Este pronunciamiento fue, además, difundido entre toda la comunidad universitaria a través del correo electrónico de la Universidad.

c) Escrito de denuncia formulado por el interesado ante el Rector, en fecha 21 de abril de 2009, donde expone las conductas que considera constitutivas de acoso laboral contra su persona, la vulneración de la LOPD por parte de la Universidad y la organización por la Junta de PDI de una cuestación, el 5 de marzo de 2009, para recabar fondos a favor de quien había denunciado al reclamante por acoso, en cuya existencia se insiste, aun cuando a tal fecha ya había sido absuelto por sentencia firme. En dichas actuaciones, en las que se utilizan medios, espacios e infraestructuras de la Universidad de Murcia, considera el interesado que se violan sus derechos a la dignidad profesional y personal en el ejercicio de sus funciones (art. 146.1, b) de los Estatutos de

la Universidad de Murcia), y a su intimidad, especialmente frente al acoso moral y laboral (art. 14, h EBEP).

En dicho escrito el alegante interesa la actuación efectiva del Rector mediante el ejercicio de la potestad disciplinaria, considerando que los actos organizados en su contra no están amparados por el artículo 40 EBEP que regula las funciones de los órganos de representación de los funcionarios.

d) Escritos de 6 y 26 de mayo de 2009, en los que se insiste en la denuncia y en solicitar la actuación del Rector, dada su inhibición frente a la denuncia anterior.

e) Correo electrónico dirigido al Presidente de la Junta de PDI en el que se le informa de la denuncia presentada ante el Rector y se le invita a aclarar en colaboración recíproca con el interesado todos los aspectos relativos al pretendido acoso sexual y demás extremos que en el “pronunciamiento” se le siguen imputando. Afirma el reclamante que tal correo no ha obtenido respuesta.

f) Solicitud, de 27 de julio de 2009, de expedición de certificado acreditativo de la desestimación de la denuncia presentada, al transcurrir más de tres meses sin actuación alguna por parte de la Universidad.

g) Resolución del Rector, de 11 de agosto, por la que se deniega la expedición del certificado solicitado y se le informa que no se inicia procedimiento alguno en relación con los hechos denunciados, exigiéndole, además que identifique a los responsables de los hechos, cuando ello no viene así establecido en la legislación reguladora de la potestad sancionadora.

Considera el interesado que esta resolución podría ser constitutiva de desviación de poder, que se le deniega el certificado que le permitiría acudir a otras instancias *“con el, al parecer, seguro propósito de dejar a este interesado en un estado de absoluta indefensión ante los hechos antijurídicos de que ha sido víctima, así como dejarlos impunes en el seno de la Universidad”,* debiendo *“soportar un estado de indefensión, vejación profunda, acoso moral y laboral, irresarcimiento, falta absoluta de respeto a sus derechos más básicos como funcionario público y como trabajador de la Universidad, forzosa contemplación pasiva por este interesado de la injusta inhibición absoluta, dolosa y consciente de la autoridad rectoral ante tales actos y sufrimiento moral profundo ante la contemplación de la forma de ejercicio de la autoridad por parte de la única persona u órgano que la ostenta en el seno de la Universidad respecto de tales hechos”,* la cual

*“permanece pasiva ante las denuncias realizadas, por una parte, y, por otra, trata de impedir o de obstaculizar el ejercicio de los derechos legítimos que asisten a este interesado”.*

Ante los nuevos daños morales que el interesado dice haber sufrido por la inacción e inhibición de las autoridades académicas, amplía su pretensión indemnizatoria en 120.000 euros más, que sumados a los 51.000 euros inicialmente solicitados alcanzan un montante total de 171.000 euros.

**SÉPTIMO.-** Ante la ampliación de los hechos, y la alteración sustancial del fundamento y causa de pedir que se contiene en el último escrito de alegaciones del interesado respecto de la reclamación inicial, referida únicamente a la vulneración de sus derechos al amparo de la LOPD, el instructor requiere al reclamante para que se pronuncie acerca de qué solución procedimental considera más adecuada, si acumular la nueva pretensión indemnizatoria al expediente RP 1/2009, seguido como consecuencia de su reclamación inicial, o si por el contrario, considera más adecuado incoar un nuevo procedimiento, prosiguiendo por sus trámites el expediente RP 1/2009, con arreglo a la pretensión válidamente deducida en él.

Contesta el interesado el 28 de septiembre, solicitando que su nueva petición contenida en el escrito de 2 de septiembre de 2009 se sustancie mediante la incoación de un procedimiento diferente y que, por tanto, prosigan los trámites del procedimiento RP 1/2009.

Esta solicitud es aceptada por el instructor, que resuelve en consecuencia, continuando la tramitación del expediente RP 1/2009 y solicitando al Rector de la Universidad de Murcia que incoe un nuevo expediente de responsabilidad patrimonial para sustanciar la nueva petición realizada mediante escrito de 2 de septiembre de 2009.

**OCTAVO.-** El 22 de enero de 2010, el reclamante solicita copia de los expedientes de responsabilidad patrimonial por él iniciados frente a la Universidad, al considerar que han sido desestimados por silencio administrativo. Se le facilita dicha documentación el 10 de febrero.

**NOVENO.-** Consta en el expediente resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), de 9 de septiembre de 2010, por la que se resuelve archivar el procedimiento de Declaración de Infracción de Administraciones Públicas AP/00008/2010, instruido a la Universidad de Murcia en virtud de denuncia presentada por el hoy reclamante, en la que se imputa a aquélla el tratamiento de los datos de este último sin su consentimiento. Considera la indicada Agencia estatal que la Junta de PDI *“es una unidad adscrita al ente universitario pero que dispone de autonomía para decidir por sí misma sobre los contenidos que aloja en el espacio que*

*tiene asignado en el sitio web <http://www.um.es>. De las dos modalidades que ofrece la Universidad para gestionar estos contenidos cabe entender que en ambos casos la decisión última sobre la difusión de los contenidos alojados en dicho espacio y, por tanto, sobre el tratamiento de los datos personales que pudieran contener le corresponde a la Junta de PDI, por lo que no cabe exigir a la Universidad responsabilidad alguna en dicho tratamiento. Junto a ello debe resaltarse la abstención necesaria por parte de la Universidad de proceder a retirar unilateralmente contenidos insertados por representantes sindicales, evitando así incurrir en conductas que pudieran ser consideradas como antisindicales así como la reacción por parte de la Universidad trasladando la cancelación solicitada al considerarlo como responsable del contenido”.*

**DÉCIMO.-** Conferido nuevo trámite de audiencia al interesado, manifiesta su intención de recurrir la referida resolución de la AEPD ante la Audiencia Nacional, por lo que solicita la suspensión del procedimiento de responsabilidad patrimonial hasta la resolución del recurso contencioso.

No consta la efectiva interposición del recurso.

**UNDÉCIMO.-** El 17 de noviembre de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el instructor que los eventuales daños que el interesado dice haber sufrido serían imputables a un tercero, la Junta de PDI, y no a la Universidad.

**DUODÉCIMO.-** Durante la instrucción del procedimiento, con fecha 6 de mayo de 2009, el interesado recusa al instructor, Gerente de la Universidad, alegando que éste se encuentra dentro del círculo de confianza del Rector, existiendo entre este último y el reclamante una enemistad manifiesta.

Tras informar el recusado que no concurre en él la causa invocada por el interesado, se desestima la recusación por resolución rectoral de 11 de mayo de 2009.

**DECIMOTERCERO.-** En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, por resolución del Rector de la Universidad de Murcia, de fecha 18 de noviembre de 2010, se acuerda remitir al Consejero de Universidades, Empresa e Investigación el expediente a efectos de solicitar el presente Dictamen. Dicha solicitud tiene entrada en el Consejo Jurídico de la Región de Murcia el pasado 20 de diciembre de 2010.

**DECIMOCUARTO.-** El 2 de febrero de 2011, el reclamante presenta escrito de alegaciones ante el Consejo Jurídico. En él, además de reiterar, con mayor detalle, el relato fáctico ya expuesto

en sus diversas actuaciones durante la instrucción del procedimiento, y que ha quedado sintetizado *supra*, incide en otros hechos que considera relevantes, como los siguientes:

1. El procedimiento disciplinario incoado contra él previa denuncia de la profesora que le había acusado de acosarla sexualmente, una vez había sido ya absuelto en el ámbito penal. El interesado aprecia, tanto en la incoación misma del expediente como en su finalización “en falso” (fundada en la prescripción de las infracciones y sin permitirle defenderse de las imputaciones que se le realizaban, como era su deseo, previa investigación y esclarecimiento de los hechos), una muestra más de la situación de acoso moral y laboral de la que venía siendo objeto por parte del rectorado de la Universidad de Murcia.

2. Los hechos por los que se reclama le han causado lesiones psíquicas muy graves por las que ha estado de baja desde el 24 de febrero de 2009 hasta el 7 de junio de 2010, continuando en tratamiento médico. Aporta copia de las resoluciones por las que se le conceden sucesivos permisos por incapacidad provisional por enfermedad, entre el 24 de febrero de 2009 y el 31 de mayo de 2010, con parte de alta por mejoría de fecha 1 de junio de 2010.

3. Afirma que la Junta de PDI ha sido sancionada por la AEPD como autora de una falta grave, en procedimiento sancionador seguido contra ella previa denuncia del interesado, por la difusión en Internet de sus datos personales. Identifica la resolución sancionadora como R/1507/2010, de 9 de septiembre, no aportándola al expediente. Afirma que la ha recurrido ante la Audiencia Nacional, pues aunque califica los hechos como falta grave, los sanciona como falta leve.

4. En otro procedimiento sancionador incoado por la AEPD, esta vez a la Universidad de Murcia, se dicta resolución de archivo R/1506/2010, de 15 de septiembre, reseñada en el Antecedente Noveno de este Dictamen, y que el interesado afirma haber recurrido ante la Audiencia Nacional. Entiende el reclamante que, como el contenido de esta resolución puede ser relevante para la emisión del presente Dictamen, formula diversas alegaciones respecto al mismo, que se sintetizan como sigue:

a) La Universidad de Murcia sería la verdadera responsable del fichero o tratamiento en los términos en que lo define el artículo 3, d) LOPD, pues es la única persona jurídico pública responsable de la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los datos personales que aparezcan en su web.

b) La Universidad es la responsable de ceder un espacio sin control de contenidos, en infracción de las obligaciones legales que le imponen los artículos 9 y 11 LOPD.

c) La Junta de PDI no es, como afirma la Agencia, una unidad adscrita a la Universidad que dispone de autonomía para decidir sobre los contenidos que aloja en el espacio asignado en la web de la Universidad. Y ello porque:

a') La Junta no es una unidad adscrita a la Universidad, sino un simple grupo de representación sindical ex art. 39 EBEP.

b') La Universidad no tiene obligación de ceder un espacio en su web, y menos con exoneración de su obligación de control de los contenidos. De tal forma que, si cede dicho espacio en tales condiciones, es responsable de los contenidos que en él se alojen, siendo irrelevante el procedimiento a través del cual se inserten aquéllos.

c') En cualquier caso, la inserción de los contenidos se realizó por el SIU, unidad administrativa de la Universidad encargada de la gestión de la página web.

d') La decisión última sobre la difusión de los contenidos corresponde a la Universidad y no a la Junta de PDI, por lo que afirmar lo contrario revelaría una ilícita delegación de potestades administrativas en una entidad que carece de la naturaleza de órgano o unidad administrativa y constituiría un fraude de ley susceptible de dejar sin contenido el marco imperativo de la LOPD en cuanto a los deberes y responsabilidades legales de los responsables de páginas webs y de tratamientos ilícitos en ellas de datos personales.

d) La Universidad ha incumplido los niveles básicos de seguridad en el tratamiento de datos personales, de conformidad con los artículos 89 y 91 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, así como las obligaciones que, como responsable del fichero, le impone el artículo 92.2 del referido Reglamento en relación a la salida de soportes y documentos que contengan datos de carácter personal.

e) La información conteniendo los datos personales del interesado carece de contenido o efecto sindical alguno, por lo que la Universidad podría haber controlado su difusión sin que ello determinara un eventual comportamiento antisindical. Considera el reclamante que las sentencias publicadas en la web responden a un conflicto entre particulares que carece de conexión con la actividad sindical propia de la Junta de PDI, en los términos en que la regulan los artículos 31.1, 33.1 y 40.1 EBEP, así como en el artículo 2, letra d) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto,

de Libertad Sindical. Tampoco considera que la actuación de la Junta de PDI pudiera estar amparada por la libertad de expresión de sus miembros.

f) Alega, por último, una posible desviación de poder en el órgano sancionador.

Junto al escrito de alegaciones adjunta la siguiente documentación:

- Escrito dirigido al Presidente de la Junta de PDI de la Universidad de Murcia, de fecha 2 de marzo de 2009.

- El “pronunciamiento” ya indicado en el Antecedente de Hecho Primero de este Dictamen.

- Una hoja que parece corresponder al Acta de la sesión de la Junta de PDI en la que se acuerda efectuar el indicado “pronunciamiento”.

- Diversos escritos presentados ante el Rector de la Universidad de Murcia y que ya constan en el expediente remitido al Consejo Jurídico.

- Escrito de 16 de noviembre de 2009, en el que se presentan nuevas alegaciones y documentos en relación con la alegada inhibición de las autoridades universitarias ante la situación de acoso laboral que el interesado afirma estar sufriendo.

- Documentación acreditativa de la incapacidad laboral por enfermedad.

**DECIMOQUINTO.-** Con fecha 28 de diciembre de 2010, el reclamante plantea ante el Consejo Jurídico de la Región de Murcia incidente de recusación frente a uno de sus miembros, que simultanea tal condición con la de Rector de la Universidad de Murcia. Admitido a trámite el incidente, se dio traslado al recusado a los efectos del artículo 29.3 LPAC, quien rechazando uno de los motivos de recusación (enemistad manifiesta) planteados por el interesado, solicita no obstante su abstención, al amparo de la causa establecida en el artículo 28.2, letra e) LPAC, dado el interés que en el asunto mantiene la Universidad de Murcia.

El incidente se resuelve por Resolución del Presidente del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, de 17 de enero de 2011, que acepta la abstención del referido miembro por la causa invocada.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico (LCJ).

Con este carácter se ha recabado el Dictamen por parte de la autoridad consultante respecto a la presente reclamación ejercitada contra la Universidad de Murcia, de acuerdo con el parecer del Consejo Jurídico, expresado en el Dictamen 74/2002.

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

1. El procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha iniciado a instancia de parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1 RRP, en relación con lo dispuesto en el 31.1,a) LPAC.

Si bien la propuesta de resolución parece apuntar una eventual falta de legitimación pasiva de la Universidad, al considerar que, de existir la alegada lesión de los derechos del reclamante, ésta sería íntegramente imputable a la Junta de PDI y no a la Universidad, lo cierto es que la reclamación, como claramente se desprende de las alegaciones formuladas ante el Consejo Jurídico, se orienta a declarar la responsabilidad de aquélla por la omisión de cumplimiento de los deberes de control que, como responsable de la página web, le incumbían sobre los contenidos que se insertaran en ella, máxime cuando el alojamiento de los mismos fue realizado por una de sus unidades administrativas: el SIU.

Desde esta perspectiva, cabe afirmar la legitimación pasiva de la Universidad.

2. La reclamación ha sido interpuesta dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 LPAC, toda vez que el escrito inicial de solicitud se presenta el 23 de marzo de 2009, cuando había transcurrido apenas un mes desde que los datos personales del interesado fueron alojados en la web de la Universidad y antes de que se produjera su cancelación.

3. El procedimiento seguido por la Universidad de Murcia para su tramitación ha cumplido los trámites exigidos por la normativa reguladora, constando en el expediente el informe del servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño, el SIU, y la audiencia del reclamante, sin que se adviertan carencias formales esenciales, sin perjuicio de lo que en la siguiente Consideración se indica.

**TERCERA.- Delimitación del alcance del Dictamen y elementos de la responsabilidad patrimonial.**

1. La cuestión litigiosa en el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial queda limitada a la determinación de la eventual responsabilidad de la Universidad de Murcia por la lesión del derecho del reclamante a la protección de sus datos de carácter personal derivada del alojamiento, en la página web de la que aquélla es titular, de diversos documentos que, conteniendo datos personales, fueron objeto de difusión pública.

Habiéndose solicitado el Dictamen como preceptivo, al amparo del título competencial establecido en el artículo 12.9 LCJ, no cabe efectuar pronunciamiento alguno acerca de la eventual responsabilidad de un ente como la Junta de PDI, que en su condición de órgano unitario de representación de los empleados públicos carece de la condición de órgano o unidad administrativa de la Universidad, de modo que, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas instado por el interesado, su posición jurídica habrá de ser la de un tercero.

Queda al margen del presente procedimiento, por voluntad expresa del interesado, el análisis de la pretendida conducta pasiva e inhibida de las autoridades universitarias, ante las reiteradas denuncias del hoy reclamante acerca de la situación de acoso de la que se consideraba víctima. A requerimiento del instructor, el reclamante opta por calificar sus alegaciones al respecto como constitutivas de una nueva reclamación, dando lugar a un nuevo procedimiento de responsabilidad.

Sobre la base del respeto a dicha opción del interesado, debe advertirse que nada impedía dilucidar todas las cuestiones planteadas, tanto en el escrito inicial como en las alegaciones formuladas con ocasión del trámite de audiencia, en un único procedimiento. En efecto, el artículo 89.1 LPAC dispone que la resolución que le ponga fin decidirá todas las cuestiones planteadas por el interesado, cuestiones éstas que no cabe limitar a las invocadas en el escrito inicial, sino también las incorporadas a lo largo de la instrucción, pues en el procedimiento administrativo la *quaestio litis* no queda perfecta e inmutablemente establecida en el escrito inicial, sino que puede variar a lo

largo de su desarrollo, sin que de ello se derive una eventual inadmisibilidad de la alegación de nuevos hechos o fundamentos, como llega a apuntar el instructor. Y menos aún cuando tales nuevas alegaciones aparecen interrelacionadas en el relato del reclamante con las actuaciones a las que se imputa el daño en el escrito inicial. Por ello, hubiera sido más acorde con el principio de economía procesal, dilucidar todas las cuestiones planteadas por el interesado en un único procedimiento, lo que a su vez habría permitido una consideración global de las diversas actuaciones y omisiones administrativas a las que se imputa el daño. Del mismo modo, la propia naturaleza, moral y subjetiva, del daño alegado dificulta su individualización respecto de las acciones y omisiones a las que se imputa y habría sido más apropiado su análisis de conjunto.

2. El escrito inicial de reclamación invoca el artículo 19 LOPD como fundamento de la pretensión indemnizatoria esgrimida, lo que, como se ha dicho, orienta el debate hacia la determinación de la existencia de una vulneración de la normativa reguladora de la protección de datos personales, atendidos los términos en que tal precepto se expresa. No obstante, en las alegaciones vertidas con ocasión del trámite de audiencia, el reclamante precisa aún más su imputación del daño a la actuación de la Universidad, concretándola en una falta de supervisión acerca de los contenidos alojados en la web de la que es titular y cuya gestión realiza una de sus unidades administrativas, el SIU, que insertó los contenidos a los que se refiere la reclamación a petición de la Junta de PDI.

En cualquier caso, la invocación del artículo 19 LOPD, que establece el derecho a la indemnización de los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo establecido en la misma Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos, exige como determinación previa la del incumplimiento de la normativa de protección de datos personales, para, a continuación, establecer la imputación de la respectiva responsabilidad. Además, comoquiera que, de conformidad con el apartado 2 del indicado precepto, aquélla se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, será preciso comprobar la concurrencia de los requisitos exigidos por esta última normativa para poder declarar el derecho del reclamante a ser indemnizado.

Entre dichos requisitos, fijados por los artículos 139 y siguientes LPAC, revisten especial trascendencia tanto el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño alegado, lo que permitirá imputar la responsabilidad a la Administración Pública, como la antijuridicidad de aquél, entendida como la ausencia de un deber jurídico del perjudicado de soportar el daño.

**CUARTA.- De la vulneración del derecho a la protección de los datos personales del reclamante.**

Por el reclamante se imputa a la Universidad de Murcia el tratamiento de sus datos personales sin su consentimiento.

A tal efecto procede hacer las siguientes consideraciones:

1. Las sentencias publicadas en la web de la Universidad no fueron objeto de un filtro que eliminara los datos personales del interesado, sino que se difundieron en su integridad, conteniendo datos relativos a la persona y profesión del reclamante, tales como nombre y dos apellidos, filiación, número de DNI, profesión, categoría profesional y lugar de trabajo, datos todos ellos incardinables en el concepto de datos personales establecido en el artículo 3, letra a) LOPD, en la medida en que por tal ha de entenderse cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. También en dicho concepto cabe incluir la información relativa a un aspecto tan sensible de la vida de un individuo como la condena por un delito, que indudablemente afecta a su integridad moral y se integra en la esfera de su vida privada. Por ello, el artículo 7.5 LOPD establece limitaciones a la inclusión en ficheros de los datos relativos a la comisión de infracciones penales, incardinando tales datos entre aquellos que califica como especialmente protegidos.

2. La difusión de esos datos se realizó en un apartado de la página web, el espacio destinado a la Junta de PDI, que a la fecha de los hechos no tenía restricciones de acceso, de modo que los documentos allí alojados podían ser consultados desde Internet por cualquier persona, fuera o no trabajador del ámbito de la Junta de PDI.

La relevancia de este extremo deriva de la finalidad que la cesión de tal espacio virtual cumplía, según la Universidad. Afirma ésta que con ello atendía su obligación de facilitar al órgano de representación del personal un espacio para el ejercicio de los derechos de libertad sindical, de representación y de difusión de información.

De conformidad con la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), los trabajadores afiliados a un sindicato podrán recibir la información que les remita su sindicato, debiendo la empresa poner a disposición de los sindicatos un tablón de anuncios que deberá situarse en el centro de trabajo y en lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores (8.2.a). La evolución tecnológica ha dado lugar a que estos tabloneros se ofrezcan *online*, bien en espacios cedidos por la propia empresa, bien en dominios pertenecientes al propio

sindicato. Cabe entender que el espacio cedido por la Universidad a la Junta de PDI en la web de la primera cumple esta función.

Dicha circunstancia ha de ponerse necesariamente en relación con la vertiente funcional del derecho a la libertad sindical, que cabe identificar con el despliegue de los medios de acción necesarios para que puedan los sindicatos cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden y que se identifican con la defensa y promoción de la protección de los intereses de los trabajadores (por todas, STC 213/2002). De ahí que la información que los sindicatos trasladan a los trabajadores en el ejercicio del derecho a la libertad sindical sea, estrictamente, la que directa o indirectamente pueda tener repercusión en las relaciones laborales.

Sobre la base de esta doctrina, la Audiencia Nacional, en sentencia de 19 de diciembre de 2007, atendiendo a un eventual conflicto entre el derecho a la protección de los datos personales y el de libertad sindical en su vertiente de información a los trabajadores, señala que *“el derecho a la libertad sindical, (...) ha de prevalecer sobre el derecho a la protección de datos personales, cuando, como sucede en el caso examinado, la acción sindical ampara la actuación del sindicato recurrente para divulgar entre los trabajadores de los centros los datos precisos, y únicamente necesarios, para el entendimiento de la noticia, teniendo un conocimiento cierto de la información relevante desde el punto de vista sindical”*.

En el supuesto sometido a consulta, la noticia (entendiendo por tal el pronunciamiento de los órganos de representación del personal funcionario y laboral de la Universidad, ilustrado con las dos sentencias), que en abstracto sí podría tener cabida en el ejercicio de la libertad sindical en la medida en que persigue garantizar la dignidad de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones y luchar contra actitudes contrarias a aquélla, de facto excede los límites del ejercicio del derecho a la libertad sindical, toda vez que los datos personales del hoy reclamante no son estrictamente necesarios para el entendimiento de la noticia y, además, la difusión que se les dio no quedó restringida al ámbito del Personal de la Universidad, sino que fue accesible desde Internet, sin limitación. Esta publicación, por su ámbito, no es idónea, necesaria ni proporcionada para mantener informados a los trabajadores en aquellas cuestiones que directa o indirectamente puedan repercutir en las relaciones laborales.

En este sentido, la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de julio de 2009, afirma que *“Lo que singulariza este caso respecto del contemplado en aquella sentencia, es que los datos de carácter personal: nombre, apellidos, categoría profesional (agente de movilidad) y número de carnet profesional, se publican en una página web en Internet y la publicación en dicha red no es idónea, necesaria ni proporcionada para mantener informados a los trabajadores en*

*aquellas cuestiones que directa o indirectamente puedan repercutir en las relaciones laborales. Este acceso a los datos personales del denunciante (...) a cualquier usuario de Internet es lo que singulariza este caso respecto del contemplado en la citada sentencia de 19 de diciembre de 2007. Por ello, a la vista de las circunstancias concretas concurrentes, considera la Sala que el derecho a la libertad sindical se puede satisfacer plenamente sin necesidad de publicar en Internet los datos personales del denunciante, por lo que la citada publicación no puede ampararse bajo el ropaje del citado derecho de libertad sindical. En la línea expuesta, señalar que tampoco puede prevalecer el derecho de información veraz y los de libertad de expresión sobre el de protección de datos, pues pudo informarse sin aportar datos personales del denunciante en Internet, siendo éste el criterio seguido en la sentencia de esta Sección de 16 de febrero de 2007”.*

En otra sentencia del mismo órgano jurisdiccional se lee: *“el citado derecho de información sindical se satisface plenamente sin necesidad de identificar al trabajador en concreto al que se refiere la sentencia difundida, identificación que no es necesaria ni nada aporta a la tutela del citado derecho de libertad sindical”* (SAN de 13 de junio de 2007).

Resulta muy ilustrativa al efecto la “Guía sobre la Protección de Datos en las Relaciones Laborales” editada por la AEPD, donde se pueden leer las siguientes recomendaciones:

*“Debe considerarse el espacio físico o virtual concreto en el que se situará el tablón con la finalidad de que, en caso de contener información personal, ésta sólo resulte visible a los usuarios legitimados para consultarla. (...)*

*Es fundamental que los tabloneros sindicales online se sitúen en las intranet de la empresa, nunca en Internet. (...)*

*Debe tenerse muy en cuenta el principio de calidad desde el punto de vista de la proporcionalidad de los tratamientos y de la finalidad de los mismos.*

*Ej. La información publicada debería limitarse a la estrictamente necesaria. Así, si en un momento dado decidiera publicarse una determinada resolución administrativa o una sentencia judicial de interés para los trabajadores debería procederse a la anonimización de los datos cuando se pueda afectar a los derechos de las partes u otras personas que pudieran aparecer en ellos y la publicación de los datos carezca de relevancia desde el punto de vista de la libertad sindical”.*

3. No se recabó el consentimiento del afectado para el tratamiento de sus datos personales, que exige el artículo 6.1 LOPD, y no son aplicables las excepciones al deber de contar con dicho consentimiento, que establece el apartado 2 del precepto.

En particular, no cabe entender que las sentencias aludidas son fuentes accesibles al público (lo que eximiría de la previa obtención del consentimiento del afectado para el tratamiento de sus datos), como las define el artículo 3, letra j) LOPD, según ha señalado la Audiencia Nacional en sentencia de 13 de junio de 2007: *“Las sentencias no son fuentes accesibles al público en el sentido que los define el artículo 3, j) de la LOPD, al no estar contempladas como tales en el inciso segundo de dicho apartado (...), que a diferencia de lo que sucedía en la LORTAD, contiene un numerus clausus de fuentes que tienen la consideración de acceso público, conforme a reiterada doctrina de esta Sala. Por eso, al objeto de garantizar el derecho a la protección de datos no puede difundirse una sentencia con datos de carácter personal del afectado que permitan su identificación y consiguiente conexión con la sentencia en cuestión”*.

4. La difusión de datos personales en una página web es tratamiento, conforme se define en el artículo 3, letra c) LOPD, siendo plenamente aplicable el régimen establecido en la normativa de protección de datos personales. Así se proclama por reiteradas sentencias de ámbito estatal (sentencia de la Audiencia Nacional, de 17 de marzo de 2006) y europeo (sentencia de 6 de noviembre de 2003, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso Lindqvist). En el mismo sentido, la Agencia Catalana de Protección de Datos (Dictamen 10/2008) y la AEPD (por todas, Resolución 1507/2010, de 9 de septiembre).

En consecuencia, se realizó un tratamiento de los datos personales del reclamante sin haber obtenido el previo consentimiento del afectado, lo que determina la infracción del artículo 6.1 LOPD.

5. El tratamiento de datos personales sin el consentimiento del afectado incide sobre el contenido mismo del derecho a la protección de datos, que hunde sus raíces en el artículo 18.4 CE y cuyo contenido *“consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular”* (STC

292/2000). Este derecho, precisa la referida Sentencia, *“atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros (...), y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales (STC 254/1993, FJ 7)”*.

De ahí que el incumplimiento del deber jurídico de recabar el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos personales, determine no sólo la lesión del derecho fundamental indicado, sino también la antijuridicidad del daño que de tal vulneración pudiera derivarse, en la medida en que el lesionado no tendría obligación jurídica de soportarlo.

6. La lesión del indicado derecho fundamental puede generar el derecho a ser indemnizado conforme al artículo 19 LOPD, apuntando el precepto los posibles sujetos obligados a responder económicamente, cuales son el “responsable o el encargado del tratamiento”.

Si el primero de ellos es quien decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente (art. 3, letra d, LOPD y 5.1 letra q, del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD), el segundo es quien trata los datos personales por cuenta del responsable, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio (art. 3, letra g, LOPD y 5.1, letra i, RD 1720/2007), relación jurídica que el artículo 12.2 LOPD identifica como un contrato que establecerá las condiciones bajo las que se efectuará el indicado tratamiento (arts. y 12.2 LOPD).

En el supuesto sometido a consulta, el responsable del fichero es la Junta de PDI, toda vez que decide acerca de la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los contenidos alojados en la página web de la Universidad, cuya actuación se limita a facilitar el espacio virtual en el que se alojan los contenidos que decide el órgano unitario de representación del personal y a efectuar las actuaciones técnicas necesarias para dicho alojamiento. Así lo considera la AEPD, que, en la resolución obrante en el expediente remitido a este Consejo Jurídico, apela a la autonomía de la Junta de PDI para decidir sobre los contenidos que aloja en el sitio web de la Universidad, atribuyéndole al referido órgano representativo la decisión última sobre la difusión de tales contenidos.

De haberse formulado recurso contencioso-administrativo contra dichas resoluciones de la AEPD, como afirma el reclamante aunque no lo acredita, el Consejo Jurídico considera que la situación de pendencia judicial, en aplicación de un elemental criterio de prudencia, impone extremar la cautela en orden a evitar pronunciamientos que pudieran afectar a las cuestiones que, referidas a sendos procedimientos sancionadores, se encuentran actualmente *sub iudice*, sin perjuicio del necesario análisis de los elementos de la responsabilidad patrimonial aquí debatida, entre los cuales adquiere especial relevancia el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos universitarios y el daño alegado.

**QUINTA.- Del responsable de la vulneración del derecho a la protección de datos personales: análisis de la intervención de la Universidad de Murcia.**

Para el reclamante, la vulneración de su derecho a la protección de los datos personales deriva de la actitud omisiva o pasiva de la Universidad, que pone a disposición de la Junta de PDI un espacio virtual de información, sin supervisión por parte de la Administración cedente, lo que en opinión del interesado la convierte en responsable de los documentos y contenidos que se alojen en y se difundan desde su página web.

1. El planteamiento de la cuestión en los términos indicados obliga a efectuar un análisis de la misma desde el ámbito de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, toda vez que la Universidad, como titular del dominio “www.um.es”, actúa aquí en una posición similar o parecida a la de proveedor de un servicio de “hosting” o alojamiento de contenidos digitales.

La regulación de tales servicios y de las responsabilidades que incumben a sus prestadores se contiene en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (LSSI). Sin embargo, la actuación de la Universidad en el supuesto sometido a consulta no responde al ejercicio de una actividad económica, elemento éste clave en la definición de los prestadores de servicios de la sociedad de la información insertos en el ámbito de aplicación de la indicada Ley, tal y como se recoge en su Anexo y Exposición de Motivos, al igual que en el Considerando 18 de la Directiva que es objeto de transposición por la Ley, la 31/2000/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior. Antes al contrario, la titularidad del dominio y la gestión de la página web que realiza la Universidad responde a los fines propios de una Institución académica pública y no persigue obtener un beneficio económico por su explotación. Pero lo cierto es que, al ceder un espacio virtual a un tercero como la Junta de PDI, posibilitando a ésta el alojamiento de contenidos y su

difusión en la red, actúa al modo de un prestador de servicios de “hosting”, a los que se refiere el artículo 16 LSSI.

Comoquiera que esta Ley establece el régimen de responsabilidades de los prestadores de tales servicios por los contenidos ajenos difundidos a través de los medios de los que son titulares, y dado que no existen otras normas que regulen de forma específica dicha materia cuando el titular de la web en la que se alojan los contenidos no es un sujeto privado que realiza una actividad económica sino una Administración Pública en el ejercicio de funciones institucionales, cabe considerar que la LSSI resulta una referencia normativa adecuada para enjuiciar la responsabilidad de la Universidad por la difusión a través de su página web de contenidos que atentan contra el derecho a la protección de datos del reclamante, toda vez que revela el estándar social medio de la diligencia exigible a quienes ofrecen servicios de alojamiento de contenidos digitales.

De conformidad con el indicado precepto, a los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, sólo se les podrá hacer responsables en dos supuestos: a) cuando tengan conocimiento efectivo de que la información almacenada o que es objeto de enlace o búsqueda es ilícita, o de que puede lesionar bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización; y b) cuando, teniendo este conocimiento, no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

La Ley, además, establece que el prestador conoce la ilicitud de esa información almacenada *“cuando el órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos o se hubiera declarado la existencia de la lesión y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”* (art. 16.1, último párrafo). En relación con el significado que el legislador español otorga a la expresión “conocimiento efectivo”, no cabe una interpretación restrictiva que obligara a contar con una previa resolución que declarara la ilicitud de los datos almacenados, la lesión del derecho del ahora reclamante u ordenado la retirada de contenidos, pues sería contraria a la Directiva 31/2000/CE, *“que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo”* (SSTS, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 2009 y 18 de mayo de 2010). Y es que también cabe que el prestador alcance el conocimiento efectivo acerca de la ilicitud de los contenidos alojados *“a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate”* (STS, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2011). De ahí que el Tribunal Supremo venga declarando que el conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos no precisa de una resolución previa, cuando dicha ilicitud sea

patente, notoria, manifiesta y evidente por sí sola y para cualquiera, al no depender de datos o información que no se encuentren a disposición del intermediario.

Por su parte, el artículo 15.1 de la Directiva niega la posibilidad de que los Estados miembros impongan a los prestadores de servicios *“una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas”* respecto del servicio de que se trata.

Así, *“no responderá el servidor o almacenador, como regla general, salvo cuando realice un acto positivo, más allá de la simple facilitación de un servicio, mediante la creación de contenidos propios o seleccionando ajenos, o cuando tenga conocimiento efectivo de que la información almacenada es ilícita, y finalmente no actúe con diligencia para retirar tales datos”* (SAP Lugo, de 9 de julio de 2009). Esta consideración es coherente con el Considerando 42 de la Directiva, en cuya virtud, *“las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento y control de la información transmitida o almacenada”*.

En consecuencia, el fundamento de la exoneración de responsabilidad del prestador es su neutralidad, cuando su actividad respecto del contenido es meramente instrumental, pasiva o automática, de forma que no coopera con el tercero usuario del servicio en la producción del daño, más allá de la puesta a disposición del servicio mismo y en la realización de aquellas actuaciones técnicas necesarias para el alojamiento y difusión de los contenidos, en que aquél consiste.

2. Desde esta perspectiva, la Universidad de Murcia actúa con neutralidad, pues la actuación del SIU es meramente instrumental, pasiva y automática. Y lo es porque el sistema descrito en el informe del Jefe del referido Servicio (página 22 del expediente) se limita a dar el soporte técnico necesario para colocar los contenidos que se le solicitan por parte de la Junta de PDI, sin elaborar o modificar la información cuyo almacenamiento se le solicita. La supervisión de tales contenidos se encarga a un responsable designado por la propia Junta de PDI, que es quien efectúa las peticiones de colocación de los documentos.

Por otra parte, la no exigencia de una investigación o supervisión proactiva acerca de la licitud de los contenidos alojados en la web de la Universidad, que deriva del artículo 15.1 de la

Directiva y que persigue evitar eventuales restricciones a la libertad de expresión, configuran la diligencia exigible de la Universidad en relación a la información remitida como meramente reactiva, dado que sólo será responsable de ella cuando, teniendo conocimiento efectivo de su ilicitud o carácter dañoso, no la retire o impida el acceso a la misma.

Ya se ha indicado que el conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido no se restringe a la comunicación al prestador de una resolución que así lo declare, sino que el operador puede adquirir tal conocimiento cuando la ilicitud sea tan manifiesta y notoria que cualquier persona, sin necesidad de aplicar conocimientos jurídicos especializados ni efectuar un análisis detenido de las circunstancias concurrentes, sea capaz de alcanzar la conclusión de que el contenido alojado es ilícito.

En el supuesto sometido a consulta, si bien se ha indicado *supra* que la difusión de algunos de sus datos en la web de la Universidad constituye una vulneración del derecho fundamental del reclamante a la protección de sus datos personales, tal lesión no alcanza el grado de evidencia y notoriedad necesario para considerar que cualquier persona sería capaz de advertir la lesión, atendiendo a las circunstancias concurrentes. Entre ellas, cabe destacar las siguientes:

a) La amplia difusión social del caso, no sólo en el ámbito de la Universidad, sino ante la opinión pública regional, por el eco que el mismo recibió en los medios de comunicación, alguno de los cuales llegó incluso a publicar la sentencia condenatoria en su edición del día 10 de julio de 2008 (cierto que previa anonimía mediante el tachado de los datos personales, lo que no impedía relacionar al reo con el hoy reclamante, en atención al contenido de la noticia con la que enlazaba y la foto que la ilustra).

b) El alojamiento de los datos en un espacio destinado a la información a los trabajadores por parte de sus representantes y la posible imputación de conducta antisindical que la retirada de la información podría generar. En la Consideración Cuarta de este Dictamen se analiza la presencia, junto al derecho a la protección de datos personales, de otro derecho fundamental como es el de libertad sindical en su vertiente funcional, que, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, permite a los sindicatos desplegar los medios de acción necesarios para poder cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden (STC 213/2002), y entre ellos el de trasladar información a los trabajadores (art. 8.2, letra a, LOLS).

La existencia de dos derechos en aparente conflicto impide considerar como evidente y manifiesta la lesión de cualquiera de ellos y la necesidad de adoptar medidas de protección del

mismo, aun en detrimento del otro derecho implicado, siendo necesario un ponderado análisis jurídico que permita resolver la eventual colisión entre aquéllos.

c) La amplitud y variedad de los contenidos que pueden ser alojados en la web de la Universidad, lo que impide el conocimiento efectivo de todos ellos y, en consecuencia, su control.

Y es que, si atendemos a la denominada “Normativa de uso del Servicio de Hospedaje Web” de la Universidad de Murcia que puede consultarse en la siguiente dirección “<http://www.um.es/atika/acceso-y-uso-servicios>” (y que según advertencia allí expresada está pendiente de aprobación a junio de 2010), aquél se define como *“la disponibilidad de un espacio de publicación telemática para alojar información, principalmente de naturaleza académica, administrativa y de investigación relativa a la Universidad de Murcia”*, permitiendo el alojamiento en la web no sólo de páginas y contenidos institucionales (Centros Universitarios, Departamentos, Órganos de gobierno unipersonales o colegiados, Servicios Universitarios, Institutos Universitarios, Escuelas Profesionales y Grupos de Investigación), sino también de congresos organizados por la Universidad y revistas editadas por ella, asociaciones universitarias, órganos de representación del personal e, incluso, cuentas de profesores y de cualesquiera entidades que, en virtud de un convenio o de una autorización emitida por el órgano o unidad competente, se les habilite.

d) La falta de claridad de los hechos y del régimen jurídico aplicable a los mismos.

3. Por otra parte, tampoco se aprecia que la actuación de la Universidad tendente a la cancelación de los datos una vez se denunció ante ella la vulneración de derechos fuera contraria a las obligaciones que le incumben como prestadora del servicio. Y es que, aunque a la luz de las normas de uso del servicio de hospedaje web, la Universidad podría haber suprimido los contenidos controvertidos o restringido el acceso a ellos por sí misma una vez recibido el escrito del interesado, toda vez que se prohíbe el uso del servicio *“en perjuicio de los derechos a la intimidad, al honor, a la propia imagen o contra la dignidad de las personas”*, previéndose la posibilidad de *“privar, incluso sin previo aviso, del uso de este servicio a aquellos usuarios que contravengan la presente normativa”*, lo cierto es que apenas diez días después de la presentación del escrito de reclamación del interesado, en el que se solicita la cancelación de los datos, se da traslado de dicha solicitud a la Junta de PDI, que es la responsable de los contenidos que se alojan en el espacio que tiene reservado en la web universitaria, conforme al régimen de uso propio del servicio.

Corolario de lo expuesto es que el daño padecido por el interesado como consecuencia de la vulneración de la normativa reguladora de la protección de datos personales no puede ser

imputado causalmente a la Universidad de Murcia, lo que obliga a desestimar la reclamación aun habiéndose acreditado la producción de un daño.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, que no aprecia la concurrencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos universitarios y el daño alegado.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 106-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	16/05/2011

**Extracto de doctrina**

El olvido de la gasa constituye una actividad administrativa no ajustada a la *lex artis*,

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de febrero de 2006, tiene entrada en el Registro de la Delegación de Gobierno en Murcia escrito del Letrado x, en nombre y representación de x, en solicitud de indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA). Según el reclamante, tras ser intervenido para efectuarle un trasplante renal el día 9 de agosto de 2004 y dadas las molestias que sentía tras la operación, se sometió a diversas pruebas, entre ellas las de carácter radiológico, que mostraron la existencia de un cuerpo extraño que resultó ser material quirúrgico que quedó olvidado en su interior, por lo que, el día 4 de febrero de 2005, hubo de ser nuevamente operado para extraer la gasa, permaneciendo ingresado hasta el 7 del mismo mes en que fue dado de alta hospitalaria, retirándosele los puntos de sutura el siguiente día 14. El día 21 de marzo de 2005 acude a consulta para continuación de tratamiento, diagnosticándole, entre otras patologías, un cuadro depresivo. Como consecuencia del anormal funcionamiento de los servicios sanitarios tanto en el momento de la primera intervención quirúrgica (donde olvidaron material médico en su interior) como con posterioridad al no acertar en el diagnóstico, el interesado afirma haber estado 172 días de baja con malestar y merma física considerable, así como tener que someterse a una nueva intervención quirúrgica. Por todo ello, solicita una indemnización que cifra en 13.202,85 euros, según el siguiente desglose:

- 172 días de incapacidad a razón de 60,10 euros diarios: 10.337,2 euros.
- 5 puntos de secuela como consecuencia del perjuicio estético y consiguiente cicatriz por la nueva intervención, a razón de 573,65 euros por punto: 2.865,65.

**SEGUNDO.-** Seguidamente se dicta Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) por la que se admite a trámite la reclamación y se encomienda la instrucción del expediente al Servicio Jurídico de dicho organismo.

A continuación, por el órgano instructor se solicita al Director Gerente del HUVA la historia clínica del paciente e informes de los profesionales que le atendieron en relación a los hechos descritos en la reclamación. Asimismo, comunica ésta a la Correduría de Seguros y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

**TERCERO.-** El Director Gerente del HUVA remite copia debidamente cotejada de la historia clínica del paciente, así como informe del Dr. x, Médico Adjunto del Servicio de Urología que le intervino, del siguiente tenor:

*“Paciente de 63 años, sin alergias conocidas, con HTA, Hiperuricemia con episodios de gota, polipectomía de cuerdas vocales en 1988 criterios clínicos de bronquitis crónica. Insuficiencia renal crónica probablemente secundaria a enfermedad vascularrenal, con anemia e hiperparatiroidismo secundario. Incluido en programa de hemodiálisis en agosto de 2003.*

*Sometido a trasplante renal de cadáver el día 9/8/2004 en fosa ilíaca izquierda, dejando catéter uretral JJ que se retira el 13/10/04. El curso postoperatorio es favorable salvo por cuadro de aftosis oral y dolor-epigástrico secundario a infección por CMV, tratado con Valganciclovir oral, con buena respuesta, con recidiva del mismo nuevamente tratado con Valganciclovir.*

*En diciembre de 2004 consulta por ciatalgia izquierda, con disminución de fuerza en extremidad inferior izquierda. La RMN de-columna lumbar indica la existencia de poldiscopatía, descartando la existencia de hernias o improntas discales. Se realiza Rx de columna lumbar en la que se detecta la existencia de imagen radioopaca en flanco izquierdo, sobre zona de injerto renal. Por ello el día 4/2/05 se realiza exploración quirúrgica del implante renal, con acceso a través de apertura de cicatriz previa, hallando granuloma de cuerpo extraño, que se interpreta como secundario a material hemostático, que se extirpa. Cursa postoperatorio sin complicaciones.*

*Actualmente con buena función renal (Creatinina 1.38 mg/dl. Aclaración de creatinina: 73.1 ml/min”.*

**CUARTO.-** Solicitado, mediante escrito fechado el 26 de febrero de 2007, informe a la Inspección Médica, se evacua el 23 de septiembre de 2009 en el que, tras resumir los datos

contenidos en la historia clínica y efectuar las consideraciones médicas que estima pertinentes, formula las siguientes conclusiones:

*“x, diagnosticado de insuficiencia renal crónica, en programa de hemodiálisis periódica, fue sometido a trasplante renal el 24/08/2004. Seis meses después precisó laparotomía exploradora para exéresis de granuloma de cuerpo extraño "gasa o material de hemostasia".*

*Durante el tiempo que mantuvo el cuerpo extraño no presentó ningún síntoma, patología o complicación que pueda ser atribuido al mismo. Las patologías que presentó durante estos seis meses no son ni están causadas en forma alguna por la permanencia del mencionado material quirúrgico, sino que están ocasionadas por las características y procesos patológicos del paciente; enfermedad por citomegalovirus en relación a la inmunosupresión necesaria en todo trasplante y dolor lumbar en relación a patología degenerativa de columna demostrada en la resonancia y con mejoría previa a la exéresis del granuloma.*

*El olvido de este material ocasionó la realización de una segunda intervención para su extracción, con ingreso de cuatro días y retirada del total de las grapas 18 días después, sin secuelas posteriores”.*

**QUINTO.-** Mediante escrito fechado el 12 de febrero de 2010 el órgano instructor traslada el expediente a la correduría de seguros con el fin de que se proceda a valorar el daño corporal alegado por el reclamante.

La aseguradora en su dictamen indica que *“según se desprende de la historia clínica el material olvidado en FID no produjo ninguna sintomatología ya que fue un hallazgo casual en una radiografía realizada por dolor lumbar izquierdo por lo que para calcular la indemnización sólo tendremos en cuenta los daños derivados de esta cirugía, por lo tanto consideramos 4 días de ingreso hospitalario y 15 improductivos hasta la retirada definitiva de las grapas el 22 de febrero de 2005, siendo alta sin secuelas”.* Añade que no se considera producido perjuicio estético ya que la cicatriz de la segunda cirugía coincide con la de la primera. Concluye valorando los daños sufridos por el reclamante en 941,95 euros.

**SEXTO.-** Consta acreditado en el expediente que por el interesado se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta de su reclamación, que ha dado lugar al Procedimiento Ordinario 788/2006, que se sigue ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de los de Murcia.

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia al paciente y a la Compañía de Seguros, ninguno de ellos hace uso del mismo al no comparecer ni formular alegación alguna.

Seguidamente el órgano instructor formula propuesta de resolución de estimación parcial de la reclamación, reconociendo producidos los daños que se describen en el dictamen de la aseguradora, así como la valoración económica que de los mismos realiza dicha entidad.

**OCTAVO.-** Una vez incorporados al expediente un índice de documentos y un extracto de secretaría, se remite aquél al Consejo Jurídico en petición de Dictamen, mediante escrito registrado el 13 de julio de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

El x, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la atención recibida en un centro sanitario dependiente de la Administración, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva tampoco suscita duda que la actuación a la que el reclamante imputa el daño que dice haber sufrido, acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional.

En lo que se refiere al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concorra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por

tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la Ley General de Sanidad y Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y de documentación clínica); 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

En el supuesto objeto del presente Dictamen existen pruebas para poder afirmar la concurrencia de la referida relación de causalidad y de este modo se reconoce en la propuesta de resolución. En la documentación clínica, en los informes médicos y en el dictamen de la Inspección Médica que obran en el expediente se admite el error médico que se produjo en la cirugía practicada al paciente el 9 de agosto de 2004, consistente en olvidar dentro de su organismo una gasa o material de hemostasia, lo que hizo necesario la práctica de una nueva intervención para retirarlo, considerando este Consejo que no deben ser asumidas por el paciente las consecuencias derivadas de este hecho.

Admitido, pues, que el olvido de la gasa constituye una actividad administrativa no ajustada a la *lex artis*, la controversia se centra exclusivamente en la determinación de los daños y secuelas que se derivan de la negligencia ya establecida, por lo que procede examinar cada uno de los conceptos por los que reclama el actor.

a) Necesidad de una nueva intervención.

La realidad de esta circunstancia se constata en la información clínica obrante en el expediente y, además, es admitida tanto por el facultativo Dr. x, como por la Inspección Médica. Dicha intervención tuvo lugar el día 4 de febrero de 2005, permaneciendo el paciente hospitalizado

hasta el día 7 del mismo mes, retirándosele la sutura el siguiente día 15. Según el informe médico antes citado el postoperatorio cursó sin complicaciones y el paciente presenta una buena función renal. Por su parte, la Inspección Médica señala que la intervención para la exéresis de cuerpo extraño, *“culminó con la retirada de las grapas de sutura 18 días después, sin secuelas posteriores”*.

Sin embargo, el paciente considera que posteriormente fue diagnosticado de una depresión, circunstancia que no acredita, aunque tampoco solicita indemnización alguna por este concepto.

b) Una cicatriz por la nueva intervención.

Todos los informes médicos obrantes en el procedimiento coinciden en afirmar que la cicatriz que presenta el paciente es la correspondiente a la intervención que fue necesaria para tratar el trasplante renal. En efecto, el Dr. x en su informe, obrante al folio 12, señala que se realiza exploración quirúrgica del implante renal, con acceso a través de apertura de cicatriz previa, por lo que difícilmente puede imputarse a la segunda intervención la secuela estética alegada. Por otro lado cabe destacar que el reclamante, al que corresponde, de acuerdo con el principio general sobre carga de la prueba establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 6.1 RRP, no ha aportado informe médico alguno, que pudiera amparar tanto la presencia de esa nueva cicatriz, como su valoración.

c) Citomegalovirus

Para el reclamante el olvido de material médico en su organismo le produjo una serie de molestias, dolores e incapacidad física que, finalmente, culminaron con el desarrollo de una citomegalovirus. Alega una mala praxis médica al no haber sido capaces los médicos de detectar a tiempo que las molestias que padecía procedían de dicho cuerpo extraño, lo que le obligó a permanecer 172 días de baja hasta que la gasa fue descubierta y extraída de su cuerpo.

Sin embargo de los informes médicos traídos al procedimiento por la Administración se deduce que no existe relación causal entre la permanencia del cuerpo extraño dejado en el organismo del paciente y la aparición en éste de una enfermedad por citomegalovirus. En efecto, señala la Inspección Médica que la infección por citomegalovirus (CMV) clínicamente sintomática se presenta habitualmente en personas severamente inmunocomprometidas, como los pacientes trasplantados. Representa el agente patógeno oportunista más frecuente en el paciente trasplantado. Se puede adquirir mediante primoinfección, reactivación del propio virus por inmunosupresión o reinfección por otro serotipo diferente. El período de mayor riesgo de infección

por CMV está entre el primero y sexto mes, con una máxima incidencia entre el segundo y el tercer mes.

En el concreto caso del reclamante indica que el diagnóstico de dicha enfermedad se produjo en las revisiones en consulta externa de nefrología-trasplante. Tras tratamiento inicial, mejoría sintomática y negativización del estudio inmunológico se detectó recidiva en dos ocasiones (con nuevo positivo de la antigenemia) por lo que se reinició tratamiento.

Añade la Inspectora que el 16 de mayo de 2005 el reclamante refiere dolor lumbar izquierdo irradiado a pierna que, tras exploraciones radiológicas, resonancia magnética y valoración por traumatología, se diagnostica de polidiscopatía que mejora tras tratamiento analgésico.

Ninguna de estas dos patologías *“están causadas en forma alguna por la permanencia del mencionado material quirúrgico, sino que están ocasionadas por las características y procesos patológicos del paciente: enfermedad por citomegalovirus en relación a la inmunosupresión necesaria en todo trasplante y dolor lumbar en relación a patología degenerativa de columna demostrada en la resonancia y con mejoría previa a la exéresis del granuloma”* (folios 165 y 166).

Resulta evidente, por tanto, que la permanencia en el organismo del paciente de un granuloma de cuerpo extraño, cursó completamente asintomático, siendo su hallazgo totalmente ocasional con motivo de una radiografía de pelvis que se solicitó en relación con la polidiscopatía diagnosticada (folio 165), sin que su presencia supusiese una complicación en el proceso postoperatorio.

En este contexto, la actuación médica ha sido considerada por la Inspección Médica como ajustada a la *lex artis*, no existiendo error ni retraso en los diagnósticos emitidos.

Atendidos los informes médicos y la ausencia de soporte técnico de las imputaciones efectuadas por el interesado, cabe concluir que los actos médicos analizados en el presente Dictamen, salvo el olvido de cuerpo extraño, se deben considerar ajustadas a normopraxis, por lo que sólo cabe apreciar responsabilidad patrimonial de los daños que han resultado probados que se derivaron de tal olvido, que se concretan en los descritos en el apartado a) de la presente Consideración.

#### **QUINTA.- Indemnización.**

Sentado lo anterior hemos de plantearnos la cuantificación de la indemnización sobre la base de los daños acreditados y causalmente vinculados con el olvido de material de hemostasia en el paciente.

Según se indica en la Consideración Cuarta, apartado a), fue preciso someterle a una nueva intervención quirúrgica, a cuyo efecto ingresó en el Hospital el 3 de febrero de 2005, fue intervenido al día siguiente, dado de alta hospitalaria el 7 de febrero (folio 51), retirándole la mitad de las grapas el 15 de febrero y el resto el día 22 del mismo mes (folio 116). El reclamante permaneció, por lo tanto, de baja 20 días, de los cuales 5 permaneció hospitalizado y el resto estuvo impedido para el desempeño de sus ocupaciones habituales.

El Consejo, como en tantas otras ocasiones, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial existente al respecto, considera razonable para calcular la indemnización que sea preciso reconocer a favor de x acudir como criterio orientativo, a lo establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, atendiendo a las cuantías aprobadas por Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, de de 7 de febrero de 2005, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicación durante el año 2005.

Por este concepto, pues, se hará efectiva la cantidad de 1.000,15 euros, según el siguiente detalle:

- 5 días de baja con estancia hospitalaria, a razón de 58,19 euros/día: 290,95 euros.
- 15 días de baja impeditivos, a razón de 47,28 euros/día: 709,20 euros.

El *quantum* indemnizatorio deberá actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de acuerdo con los criterios contenidos en el artículo 141.3 LPAC.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que estima parcialmente la reclamación, al haberse acreditado los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial en los términos que se indican en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA**.- Procede indemnizar al reclamante en la cantidad de 1.000,15 euros, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 107-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 16/05/2011

**Extracto de doctrina**

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 17 de julio de 2007, x presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido a la Administración regional. En síntesis, expone que en julio de 2006 le apareció un eccema que le afectó la zona axilar y los brazos, por lo que acudió al Centro de Salud de Puerto Lumbreras, donde se le recetó una pomada de uso tópico, con la que no mejoró, pues no le desaparecieron los síntomas. Por ello, el 14 de julio de dicho año volvió a dicho Centro, donde se le prescribió "*Urbasón*" inyectable, fármaco que contenía corticoides. De las tres inyecciones que se le prescribieron se puso la primera en el propio Centro de Salud y las dos restantes en el de la Cruz Roja del municipio de Águilas. En opinión de la reclamante, dicho fármaco, al contener corticoides, no estaba indicado para una persona con diabetes tipo II, como la que padecía, habiendo explicado en su momento al facultativo sus antecedentes clínicos. Continúa señalando que a las pocas horas de colocarle la última inyección de "*Urbasón*" comenzó a sufrir fuertes dolores en la pierna izquierda, con sensación continua de hormigueo y frío en el pie, por lo que acudió al hospital "*Rafael Méndez*", de Lorca (al Servicio de Urgencias, el 20 siguiente, según la documentación obrante en el expediente), donde, sin hacerle ninguna exploración o reconocimiento, se le recetó "*Gelocatil (paracetamol)*" y se la remitió a su Médico de Atención Primaria.

Dado que el dolor no remitía, de nuevo se dirigió al citado hospital, donde se le diagnosticó "*hiperglucemia simple descompensada*" y, al decirle al facultativo que en cinco días regresaría a Barcelona, donde reside, le indicó que acudiera a su centro sanitario de esa ciudad, de forma que estuvo una semana sin recibir adecuada asistencia. Una vez en Barcelona, el día 28 de julio siguiente acudió al hospital "*Clinic*", donde se le diagnosticó "*embolia y trombosis en la extremidad inferior izquierda*", por lo que hubo que practicársele con carácter urgente la amputación

infracondílea de la extremidad. Después fue enviada a la clínica "--", de dicha ciudad, para su convalecencia y rehabilitación, donde dice que continuaba ingresada en la fecha de interponer la reclamación.

La reclamante considera que los hechos descritos le han causado un grave daño físico y moral, por los problemas que acarrea la amputación de un pie, que se debió a la negligencia y mala práctica de los facultativos que la asistieron en el sistema público regional de Murcia, y que le hicieron perder un tiempo en el que se podía haber evitado el fatal desenlace.

Adjunta a su escrito de reclamación, entre otra documentación, copia del informe de alta del hospital "*Clinic*" de Barcelona, de fecha 27 de septiembre de 2006, y del informe de alta sociosanitaria de la clínica "--", de la misma ciudad. En su escrito indicó que en su día solicitó su historia clínica en el Centro de Salud de Puerto Lumbreras y que aún no se la han enviado.

**SEGUNDO.-** El 12 de septiembre de 2007 el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) dictó Resolución de admisión a trámite de la reclamación, la cual fue notificada a las partes interesadas.

Asimismo, se solicitó a la Gerencia Única del Área III, de Lorca, Murcia, copia de la historia clínica de la paciente, e informes de los facultativos que la atendieron. Igualmente se procedió respecto del hospital "*Clinic*" de Barcelona.

**TERCERO.-** Mediante oficio de 22 de octubre de 2007, el Director Gerente del Área III, de Lorca, remitió informe del Coordinador Médico del Centro de Salud de Puerto Lumbreras de 19 de octubre de 2007, en el que indica que, en relación a la petición de historia clínica de aquélla, según datos obrantes en sus ficheros informáticos, dicha señora solicitó, como paciente desplazada, asistencia en tal Centro de Salud, el día 11 de julio de 2006, que se citó con el Dr. x, y el 14 y 17 de julio de 2006, que se citó con la Dra. x, no constando informes ni datos clínicos de dichos procesos asistenciales por tratarse de un usuario desplazado y no ser un proceso de urgencia, en los cuales se adjunta la historia clínica de urgencias.

**CUARTO.-** Mediante escrito de 26 de noviembre de 2007, el hospital "*Clinic*" de Barcelona, previa autorización de la reclamante, remitió copia de su historia clínica.

**QUINTO.-** Solicitado de la Gerencia antes citada un informe de la doctora x y copia de la historia clínica de la reclamante en el hospital "*Rafael Méndez*", mediante oficio de 3 de abril de

2008 el Gerente informa que dicha facultativo no presta ya servicios en su Área de Salud, y el 28 siguiente se remite la historia clínica solicitada.

**SEXTO.-** Obra en el expediente un dictamen médico de 21 de agosto de 2009, presentado por la compañía aseguradora del SMS, elaborado por diversos especialistas, en el que analiza el proceso asistencial de referencia dispensado en la sanidad pública regional, del que se destaca lo siguiente:

*“En el caso que nos ocupa, la paciente padecía una EAP en fase crónica (isquemia arterial crónica). Así lo refleja el Informe Médico de Cirugía Cardiovascular del Hospital donde fue operada la paciente. Se describe claudicación intermitente, mayor en el MII.*

*En su consulta del día 20/07/06, fue evaluada de forma adecuada en el Servicio de Urgencias. Se realizó una exploración física correcta, en la que se hace referencia a la ausencia de signos de isquemia arterial aguda. La coloración, la temperatura y los pulsos periféricos eran normales. Esto significa que se palpa el latido arterial, y que por tanto no hay oclusión de la arteria.*

*Como se refleja en el informe del Hospital en el que fue operada, el curso de los síntomas era de 72 horas el día 28/07/06, Es decir, los síntomas por los que consultaba no correspondían a los que presentaba el día 20/07/06 de madrugada.*

*Es muy probable, aunque no podemos confirmarlo, que la paciente presentara de forma habitual dolor, en relación con esfuerzos, o con la congestión venosa, que también presentaba. Como queda reflejado en el Informe de Urgencias, también sufría problemas venosos en relación con su obesidad (varices). Esta congestión aumenta la presión en el compartimento muscular de la pierna, y puede afectar la ya comprometida circulación arterial. Es posible que ésta fuera la sintomatología de consulta el día 20/07/06. Esta sintomatología, probablemente reconocida por la paciente, varió a partir del día 25/07/06. A pesar de ello, la paciente demoró 3 días su consulta médica.*

*Aún así, todavía se sometió a un tratamiento con el fin de conservar la extremidad. Varias complicaciones, todas ellas asociadas con sus enfermedades de base, hicieron más probable el fracaso terapéutico: Dificultad para la técnica (por obesidad) e infecciones postquirúrgicas por gérmenes frecuentes en inmunodeprimidos (por diabetes) y EAP evolucionada (por aterosclerosis).*

*Aproximadamente un mes y medio después de su consulta en el Servicio de Urgencias la paciente sufrió la amputación parcial del MII.*

### CONCLUSIONES

- 1. El empleo de glucocorticoides podría estar indicado en el tratamiento de la dermatitis de la paciente. Lo que es cierto es que no estaba contraindicado.*
- 2. La atención en el Servicio de Urgencias fue adecuada y se ajustó a la lex artis.*
- 3. La paciente presentaba una isquemia arterial crónica, pero no una isquemia arterial aguda, el día que acudió a Urgencias el día 20/07/06 (Murcia).*
- 4. La paciente presentó una isquemia arterial aguda 72 horas antes de su consulta en el Servicio de Urgencias el 28/07/06 (Barcelona).*
- 5. Este curso clínico entra dentro de la evolución posible de la enfermedad arterial periférica, que puede pasar de ser un proceso crónico a una complicación aguda de forma imprevisible y abrupta.”*

**SÉPTIMO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 7 de abril de 2010. Ante la falta de informe de los facultativos que asistieron a la paciente, se recogen los hechos que extrae dicha Inspección al respecto:

- 1. Asistencia en el Centro de Salud de Puerto Lumbreras.*

*x, de 77 años en el momento de los hechos, residente en Barcelona, se encontraba en Puerto Lumbreras (Murcia) de vacaciones, cuando el 11/07/06 acudió al centro de Salud por un eccema que afectaba a zona axilar y brazos, siendo atendida por el Dr. x, que le prescribió una pomada de uso tópico.*

*Entre sus antecedentes clínicos:*

- Diabetes Mellitus tipo 2, cuatro o cinco años desde el diagnóstico en tratamiento con Amaryl® 2mg.*
- HTA en tratamiento con Valsarían®*
- AAS® como antiagregante. Obesidad*

- *Claudicación intermitente bilateral*
- *Gonartrosis izquierda*

*El 14 y 17/07/06 volvió a la consulta al no remitirle los síntomas, siendo atendida por la Dra. x, que prescribió corticoides por vía intramuscular, de las que se puso hasta tres viales, el último el día 19/07/06.*

*Estos procesos se exponen según el relato de la paciente y confirmada la asistencia a consulta por el Coordinador Médico del Centro de Salud de Puerto Lumbreras, aunque no constan informes ni datos clínicos de los procesos asistenciales por tratarse de un usuario desplazado.*

### *2. Asistencia en el Servicio de Urgencias de Hospital Rafael Méndez de Lorca.*

*El día 20/07/06 (pag 7) a las 5:05 acude al servicio de urgencias del HRM por dolor en pierna izquierda. En la exploración física se recoge: "Sin cambios de temperatura, ni coloración. Pulsos periféricos presentes y simétricos. GI 284". Consta el tratamiento previo con corticoides. Se le diagnostica de*

- 1. Insuficiencia venosa.*
- 2. Varices grado II.*

*Al día siguiente (pag 6) es valorada en las Consultas Externas del mismo Centro. Se objetiva hiperglucemia y se ajusta el tratamiento de su diabetes (Diamben 1-0-1 y Amary 4mg., por Amary 2mg. que tomaba). Se anota que dado que la paciente vuelve en 5 días a su residencia habitual, debe acudir a consulta médica en su Centro de Salud.*

*En la hoja de Consultas externas no consta la fecha, se deduce por lo referido en la reclamación. Nos hemos puesto en contacto con el Hospital Rafael Méndez de Lorca y no se refleja esta paciente en las citas de Consultas Externas, por lo que deducimos que tras ser vista en Urgencias a las cinco de la madrugada, se descartó patología aguda de miembros inferiores y, al detectar la hiperglucemia, se le derivó a las consultas esa misma mañana, así se explica que la cifra de glucemia sea la misma y la consulta se refiera sólo a este síntoma.*

### *3. Asistencia en la Corporació Sanitaria Clinic de Barcelona*

*El 28/07/06 (pag 95) la paciente ingresa en un Centro Médico de Barcelona, por el siguiente motivo: "Consulta por dolor, edema y parestesias en extremidad inferior izquierda. A la exploración no se palpa pulso pedio izquierdo, por lo que se requiere la valoración de cirugía vascular:*

*"Paciente diabética e HTA con antecedentes de claudicación intermitente bilateral (I>D) que desde hace 72 horas presenta frialdad, dolor y parestesias en EII".*

*Exploración clínica: "obesidad. Frialdad EII>EID. Gradiente importante de temperatura. Ausencia de pulsos tibiales y poplíteos bilaterales y femoral izquierda"*

*Se realiza una arteriografía:*

*"Apreciamos oclusión proximal de ambas femorales profundas, con evidencia de defecto de sustracción intraluminal, sugestivo de embolia aguda. A nivel de extremidad inferior derecha distal, apreciamos oclusión a nivel de tercera porción de poplíteo, con repermeabilización a nivel de peronea proximal que se visualiza en toda su extensión. No visualización distal de tibiales derechas. A nivel de extremidad inferior izquierda apreciamos oclusión en tercio medio de femoral superficial con desarrollo de circulación colateral que permite revascularización de poplíteo en segunda y tercera porción con permeabilidad de tibial anterior proximal y peronea en toda su extensión." (...)*

*El día 05/08/06, con el diagnóstico operatorio de isquemia aguda (<14 d) de EII, oclusión de arteria femoral superficial izquierda, se realiza trombolisis distal y dilatación angioplástica en arteria poplíteo proximal. La técnica es dificultosa por la obesidad de la paciente. Se objetiva oclusión completa de la femoral superficial y otros daños arteriales con oclusión incompleta. (...)*

*Presenta una infección postquirúrgica por Pseudomonas aeruginosa, con buena respuesta al tratamiento local y antibiótico. También presentó clínica y datos analíticos de infarto muscular.*

*A pesar de todos los esfuerzos médicos realizados, un mes después, el 01/09/06, la paciente se somete de nuevo a cirugía para la amputación de la extremidad: había persistencia de los signos de isquemia."*

*Después de realizar un análisis de la obstrucción arterial periférica y del proceso asistencial dispensado a la reclamante, finaliza el informe de la Inspección Médica con las siguientes conclusiones:*

“1.- x, de 77 años, residente en Barcelona, con antecedentes de Diabetes Mellitus tipo II, hipertensión arterial y obesidad, acude a Centro de Salud de Puerto Lumbreras por eccema que afectaba a zona axilar y brazos, prescribiéndole tratamiento tópico y, al no ceder, en una segunda consulta, tres viales de corticoides, no siendo éste un tratamiento incorrecto, aunque pudo provocar elevación de la glucemia.

2.- El día 20 de julio de 2006 acude a Urgencias con dolor en la pierna izquierda, pulsos periféricos presentes y simétricos, sin cambios de temperatura, ni coloración, no apreciándose los síntomas propias de una isquemia, como son dolor, palidez, frialdad y ausencia de pulso.

3.- El 28 de julio de 2006 acude al Centro de Barcelona con: Frialdad Ell>EID. Gradiente importante de temperatura y ausencia de pulsos. Tras las pruebas pertinentes, se realiza trombolisis distal y dilatación angioplastia en arteria poplítea proximal el día 5 de agosto de 2006, con el diagnostico operatorio de isquemia aguda.

4.- De la documentación aportada parece evidente que el cuadro de isquemia arterial surge con posterioridad a su asistencia en el Servicio de Urgencias del hospital público”.

**OCTAVO.-** Mediante oficio de 6 de mayo de 2010 se acuerda un trámite de audiencia y vista del expediente a los interesados, no compareciendo ni presentando alegaciones ninguno de ellos.

**NOVENO.-** El 30 de septiembre de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que, a la vista de los informes emitidos, no se ha acreditado la adecuada relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama, que es jurídicamente necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial pretendida.

**DÉCIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas (RRP).

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a la reclamante, por ser quien sufre los daños por los que reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos. No obstante, en ningún momento se ha concretado la cuantía reclamada por la interesada, sin que por la instrucción se haya formulado requerimiento al respecto, en cumplimiento de lo que dispone el art. 6 RRP y 71 LPAC.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.**  
**Consideraciones generales.**

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación de éste ha de regirse por la denominada *“lex artis ad hoc”*, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *“lex artis”* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *“lex artis”*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración*

*el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”.*

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.*

En este sentido, sólo si se produce una infracción de la *“lex artis”* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *“lex artis”*, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las

reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Los daños por los que se reclama indemnización: examen. Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños a considerar. Inexistencia.**

Del relato de hechos realizado en el escrito de reclamación se deduce que la interesada considera que la inadecuada prescripción de corticoides (por tratarse de una paciente con diabetes tipo II), realizada en el Centro de Salud de Puerto Lumbreras el 14 de junio de 2006 para combatir la afección cutánea (eccema axilar y de brazos) por la que había acudido a dicho Centro, desencadenó un proceso de embolia y trombosis en su extremidad inferior izquierda que, además, no fue advertido en sus posteriores asistencias al hospital “Rafael Méndez”, de Lorca, y que dio lugar finalmente a la amputación infracondílea de dicha extremidad el 1 de septiembre de 2006 en un hospital de Barcelona, donde reside. Por ello, considera que las actuaciones de los servicios sanitarios públicos regionales fueron negligentes y contrarias a la buena praxis médica, por lo que formula reclamación, sin concretar la indemnización pretendida por el referido daño.

Sin embargo, además de no aportar informe médico alguno en el que apoyar sus alegaciones, los emitidos en el procedimiento ponen de manifiesto, en primer lugar, la inexactitud parcial de los hechos alegados por la reclamante, por cuanto de los documentos obrantes en la historia clínica dichos informes concluyen que a la paciente se le realizaron las exploraciones oportunas cuando acudió al Servicio de Urgencias del hospital “Rafael Mendez” el 20 de julio de 2006, advirtiendo entonces insuficiencia venosa crónica (y la glucemia por la que fue tratada después en Consultas Externas de dicho hospital), pero no los síntomas propios de obstrucción arterial aguda (palidez, frialdad y ausencia de pulso), que aparecieron sólo 72 horas antes de que acudiera al hospital de Barcelona el 28 siguiente, según los informes de este último centro, en el cual, ante dichos síntomas y a la vista de sus antecedentes de afectación arterial crónica, se le realizó la prueba que objetivó la isquemia en cuestión (y que, por cierto, no motivó la urgente

amputación de la pierna, como alega la reclamante, ya que acudió a dicho hospital el 28/7/06 y la amputación se realizó el 1/9/06, previa otra intervención el 5/8/06, según refleja el informe de la Inspección Médica). Además, los referidos informes razonan, en contra de lo que afirma la interesada, que la administración de corticoides en la forma pautada por el Centro de Salud de Puerto Lumbreras el 14 de julio de 2006 no fue contraria a la *“lex artis ad hoc”*, además de que, en todo caso, ello no fue la causa de la isquemia posteriormente producida.

Por todo ello, y conforme con lo expresado en las Consideraciones precedentes, no puede considerarse acreditada la relación de causalidad necesaria y adecuada, a los pretendidos efectos indemnizatorios, entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama, por lo que procede desestimar la reclamación de referencia. A mayor abundamiento, tampoco se ha concretado la cuantía reclamada como valoración del daño.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No existe la relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización, que es jurídicamente adecuada y necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 108-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x y otro, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 16/05/2011

**Extracto de doctrina**

La mera existencia de lo que los reclamantes consideran gravilla, en el margen lateral de la calzada (vistas las fotos aportadas por aquéllos, la misma estaría muy pegada a dicho margen), no puede llevar a la necesaria convicción, a los efectos indemnizatorios pretendidos, de que dicho elemento, aun con la concurrente causa de la eventual imprudencia de un segundo vehículo, fuera la responsable del accidente

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 09/09/08 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial formulado por x, en representación de x, y, dirigida a dicha Consejería. En síntesis, expresa que el 16 de junio de 2007, sobre las 10.30 horas, la primera circulaba con su vehículo matrícula -- por la carretera C-19, desde Barqueros hacia el acceso a la A-7, en dirección a Murcia, cuando al salir de una curva, y para esquivar a un vehículo que circulaba en sentido contrario ocupando parte de la calzada (se entiende, ocupando parte del carril de la calzada por el que ella marchaba), tuvo que efectuar un giro con su vehículo y se ciñó al borde exterior de la calzada, perdiendo el control de aquél por causa de la gravilla existente en la misma, saliéndose de la vía por la cuneta derecha, dando el vehículo una vuelta de campana y quedando éste en la dirección contraria a la que circulaba. Señala que la cuneta era de arena y que los encargados de su mantenimiento habían estado limpiándola y acondicionándola, generando gravilla, que se acumuló en la parte más exterior de la calzada, siendo éste el motivo por el que el vehículo perdió el control, sin que hubiera señalización de la existencia de gravilla. Por ello formuló denuncia ante la Guardia Civil de Alcantarilla, que aporta. Alega que por causa del accidente el vehículo sufrió importantes daños, según informe pericial de su compañía de seguros, que adjunta (que valora la reparación en 8.124,19 euros, IVA incluido, y el valor venal del vehículo en 3.160 euros), y que ella y su hijo x, que la acompañaba, sufrieron lesiones, según la documentación que también presenta, incluyendo un informe del Forense en los autos del Juicio de Faltas nº 127/07, seguidos en el Juzgado de Instrucción nº 6 de Murcia. También aporta fotos que alega que corresponden al lugar del

accidente, sobre las que manifiesta que en ellas se aprecia la gravilla en cuestión. No concreta la indemnización pretendida.

**SEGUNDO.-** Mediante oficio de 22 de septiembre de 2008 se admite a trámite la reclamación y se requiere al interesado para la subsanación y mejora de la misma.

**TERCERO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, fue emitido el 1 de octubre de 2008, expresando lo siguiente:

*“La carretera objeto de este informe pertenece a la red de carreteras administradas por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia denominada C-19, de N-340 a C-1.*

*A.- En esta Jefatura de Sección de Conservación se ha tenido conocimiento del accidente objeto de esta R.P. a través del escrito del Juzgado de Instrucción nº 6 en junio de 2.008, no teniendo otro conocimiento del hecho más que el expresado en los escritos.*

*B.- Parece claro en principio la actuación inadecuada de un tercero, correspondiendo esta actuación con la del vehículo que invade el carril de sentido contrario según ocurre en el momento del accidente referido por la reclamante en su escrito, en el que un vehículo que circula en sentido contrario al que la reclamante conduce invade parte de su carril, correspondiendo la reacción de evitar el impacto frontal con la de giro brusco del volante a una reacción normal, aunque dadas las condiciones del tramo de la carretera donde se produce dicho accidente: en curva con cambio de rasante y escasa visibilidad y encontrándose este tramo de carretera perfectamente señalizado tanto horizontalmente como verticalmente en cuanto a la ubicación de la curva, y no existiendo arcén en la carretera, la reclamante debería haber conducido de manera más acorde con las condiciones de la vía, pues las fotos del estado en que quedó el vehículo y la indicación de vuelta de campana, quedando en sentido contrario al de la marcha, indican una velocidad inadecuada para circular de acuerdo a las condiciones de la vía.*

*C- No existe constancia en esta Jefatura de Sección de Conservación de otros accidentes en este mismo lugar.*

*D.) y E.) - Se ha comprobado por los datos obrantes en poder de esta Jefatura de Sección que esta carretera fue objeto de limpieza de maleza de las cunetas de toda la carretera a lo largo de 5.600 m.l. por ambos lados, durante los días 4 al 8 de junio de 2.007 por el equipo de la brigada de conservación de la Dirección General de Carreteras que habitualmente efectúa estos trabajos desde hace muchos años y no se tiene conocimiento de reclamación alguna por su forma de*

*llevarlos a efecto, hasta la fecha, basada en haber dejado material suelto sobre el borde de la calzada.*

*El accidente, según se indica, se produjo el 16 de junio de 2.007, una vez ejecutados los trabajos durante 5 días y transcurridos 8 días desde la terminación de los mismos, no teniendo constancia en esta Jefatura de Sección queja de los usuarios de la vía, ni de la Guardia Civil de Tráfico ni de la Policía Local sobre las malas condiciones de la vía atribuibles a material suelto sobre la calzada que la reclamante dice en su escrito que existían.*

*Se han visto y analizado las fotografías aportadas junto al escrito de x, y lo que se aprecia en las mismas es el estado de las cunetas en tierra una vez limpias y el color blanquecino que queda después de haber barrido el borde de la carretera, situación que en ningún caso puede ser motivo de derrape de un vehículo circulando con normalidad, salvo se salga de la calzada y entre en la cuneta, apreciando en las mismas fotos del vehículo, en el estado que quedó y los movimientos que describió, según el escrito de reclamación presentado, que debería circular a velocidad superior a las que las condiciones y señales de la vía indicaban o aconsejaban, tramo con curva cerrada, en cambio de rasante, sin visibilidad, sin arcén la carretera y señales indicando estas condiciones, curva peligrosa a la derecha y paneles de balizamiento de curva. A esto se añade que las condiciones que describe deberían estar desde el principio de la carretera, pues se le hizo el mismo tratamiento en toda ella, limpieza de maleza de cunetas, por lo que debería haber circulado con precaución, ya que el accidente se produce después de circular casi tres kilómetros con estas condiciones, en el supuesto caso de darse estas condiciones.*

*De acuerdo con lo expuesto no encuentro relación alguna ni motivo de imputabilidad o responsabilidad atribuible a la Administración Regional u otras Administraciones. (...)*

*I.- De acuerdo con lo expresado en los apartados anteriores, el accidente se debió producir por la suma de todos los factores siguientes: invasión del vehículo que circulaba en sentido contrario del carril por donde circulaba la reclamante y giro brusco del volante del coche conducido por la misma ante la posibilidad de choque frontal, unido al cambio de rasante y curva cerrada o de radio reducido, la escasa visibilidad existente por este motivo, la sección de la carretera sin arcenes y velocidad inadecuada superior a la de las condiciones de la carretera, dando como resultado la invasión de la cuneta en tierra y la consiguiente pérdida de control de la conducción del coche.*

*J.- El borde de la carretera se encuentra en tierra porque es el inicio de la cuneta y en el momento en el que el coche abandone el pavimento circula por este tipo de material.*

*Adjunto fotografías reflejando la información facilitada, señalización, pavimento de la carretera, curvas, cambio de rasante en el tramo del accidente, tierra o material suelto junto al borde del pavimento de la calzada y que forma la cuneta en tierra, como en casi todas las carreteras de tercer nivel como ésta. Manchas de color blanquecino como las que aparecen en las fotocopias de las fotos y que no perturban la normal circulación, debidas a los tractores y resto de vehículos que circulan por tierra y carretera habitualmente en este tipo de carreteras.”*

**CUARTO.-** El 10 de octubre de 2008 comparecen los reclamantes ante la Consejería para otorgar su representación al x, según diligencia extendida al efecto. En la misma fecha dicho representante presenta escrito en el que viene a reproducir lo alegado en su escrito inicial, añadiendo que existió un mal funcionamiento de los servicios regionales de conservación de carreteras debido a la gravilla existente en la calzada, sin cuya presencia no se habría producido la pérdida de control del vehículo, reclamando para x 4.108 euros por el valor venal del vehículo y 1.510 euros por las lesiones sufridas, y 1.162,05 euros para x, por las lesiones sufridas, sin mayor especificación. A dicho escrito adjunta parte de la documentación requerida en su día por la Consejería, y una denuncia de los hechos presentada el 5 de diciembre de 2007 y dirigida al Juzgado de Instrucción antes indicado.

**QUINTO.-** El 26 de junio de 2009 se recibe en la Consejería, proveniente del Ayuntamiento de Murcia, una resolución de su Teniente de Alcalde, de fecha 11 de junio de 2009, en la que desestima la previa reclamación formulada por los mismos interesados y hechos de referencia, por considerar que no se ha aportado ninguna prueba objetiva que deje constancia del momento y el modo de producirse los hechos tal y como los afirman los interesados; además, considera que, en todo caso, la carretera en la que pudieron ocurrir aquéllos no es de competencia municipal.

**SEXTO.-** Solicitado informe al Parque de Maquinaria, fue emitido el 30 de septiembre de 2009, del que se destaca su indicación de que el valor venal del vehículo es de 2.930 euros y que los daños alegados corresponden a un accidente de las características descritas por los reclamantes.

**SÉPTIMO.-** Otorgado trámite de audiencia a los interesados, el 3 de diciembre de 2009 su representante presentó escrito en el que, en síntesis, reitera lo expresado en sus escritos anteriores, alegando que queda acreditada la ocurrencia del accidente y sus causas, que en fechas previas al accidente consta que se realizaron labores de limpieza de las cunetas del lugar y que las fotos que han de tenerse en cuenta para acreditar la existencia de gravilla son las aportadas por él y no las posteriores adjuntas al informe de la Dirección General de Carreteras de 1 de octubre de 2008.

**OCTAVO.-** El 7 de octubre de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por no considerar acreditado que la causa del accidente fuera la existencia de gravilla en la calzada, además de por las razones expresadas en el informe de la Dirección General de Carreteras antes citado.

**NOVENO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

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

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a los reclamantes por los respectivos daños materiales y personales que alegan haber sufrido. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria y ser de su titularidad la vía en donde presuntamente ocurrió el accidente por el que se reclama.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en principio ha de considerarse formulada en plazo, vista la fecha de presentación de la reclamación y que los interesados han aportado informes forenses de fecha 9 de mayo de 2008 correspondientes al juicio de faltas nº 127/07, seguido ante el Juzgado de Instrucción nº 6 de Murcia, por los hechos planteados en la reclamación, según se deduce de dichos informes y del escrito de denuncia

presentado ante dicho Juzgado, también aportado por los reclamantes. Aun cuando no constan el resto de las correspondientes actuaciones penales, la existencia de los referidos informes forenses hace presumir que, a su fecha, aún no habían concluido tales actuaciones, cuya virtualidad interruptiva del plazo de un año para el ejercicio de la acción administrativa de responsabilidad patrimonial se deriva del artículo 146.2 LPAC y reiterada jurisprudencia en la materia.

Sin embargo, no puede aceptarse, como pretende la propuesta de resolución dictaminada, que la interrupción del referido plazo provenga del hecho de haber presentado los interesados una reclamación ante el Ayuntamiento de Murcia, dentro del año establecido al efecto, pues en el presente caso no consta que existieran circunstancias justificativas que hubieran podido llevar fundadamente a los interesados a la convicción de que el responsable de la carretera fuera dicho Ayuntamiento, como sí ha sucedido en otros casos abordados por este Consejo Jurídico (vrg. Dictamen nº 68/10). Por ello, la propuesta de resolución deberá ajustarse en este aspecto a lo aquí expresado.

III. En cuanto al procedimiento, cabe señalar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

Sin perjuicio de lo anterior, se advierte que el órgano instructor debería haber requerido del Juzgado de Instrucción indicado en los Antecedentes las actuaciones tramitadas por el mismo. No obstante lo anterior, no se considera imprescindible proceder ahora a tal requerimiento, a la vista de las Consideraciones posteriores relativas a la probanza de los hechos y de la documentación que han aportado los interesados, así como la notable dilación del presente procedimiento.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. En el presente caso, los reclamantes imputan a los servicios públicos regionales de conservación de carreteras una omisión de sus deberes en la materia, por haber propiciado la existencia de gravilla en el margen de la calzada de una carretera de su titularidad o, al menos, no haber señalado su existencia, provocando esa gravilla la pérdida de control del vehículo, ya que éste tuvo que pasar por la zona más exterior de la calzada, en donde estaba aquella, debido a que la reclamante hubo de realizar una maniobra (un giro brusco del vehículo hacia dicha zona) para evitar la colisión con otro vehículo que circulaba en dirección contraria y que se dice que había invadido parte del carril por el que circulaban los reclamantes. A tal efecto presentan una denuncia ante la Guardia Civil de Tráfico y otra ante el Juzgado de Instrucción (esta última de ignorado resultado posterior, lo que podían haber subsanado los reclamantes con la aportación de la oportuna copia de las actuaciones seguidas, presumiblemente finalizadas con el sobreseimiento de las diligencias). Además, aportan unas fotos que manifiestan que corresponden al lugar de los hechos, sin fehaciencia alguna sobre tal aspecto ni sobre la fecha de su realización.

Como ya indicaba la reseñada resolución del Ayuntamiento de Murcia y asimismo apunta la propuesta de resolución dictaminada, sobre las circunstancias del accidente, tal y como las exponen los interesados, no hay más testimonio en el expediente que el de los mismos reclamantes, lo que no puede considerarse suficiente para tener por acreditado que la causa del mismo fuera la gravilla que alegan que existía en el margen derecho de la calzada. Tratándose de un accidente con daños tan graves como los producidos al vehículo, y ante la ausencia de testigos de los hechos, resultaba exigible, en el entender de un ciudadano medio y a los efectos de procurar una prueba convincente de la realidad de lo afirmado por los interesados, que tras el accidente, y sin retirar el vehículo en cuestión (como sin embargo se hizo), se hubiera dado aviso a la autoridad de tráfico para que se personara en el lugar (algo perfectamente posible dada la actual facilidad de comunicaciones), lo que no consta que se hiciera (tampoco consta que las lesiones de los reclamantes fueran tan graves como para impedirlo –el forense habla de contusiones cervicales); y ello a fin de que dicha autoridad constatará los hechos que pudiera apreciar “*in situ*” en aquel momento, y diera su parecer sobre la causa del accidente, valorando si la eventual gravilla que se

dice existente fue la posible o probable concurrente causa del accidente; es decir, era preciso que los agentes de tráfico formularan un atestado de presencia en el lugar de los hechos, como es lo procedente en estos casos, y no uno de mera toma de declaración de denuncia de los interesados, que en la tarde del accidente comparecieron ante la Guardia Civil de Tráfico de Alcantarilla para dar su parecer sobre lo ocurrido.

En este sentido, de la patente falta de constancia de las circunstancias en que se produjo el accidente, según se desprende del expediente, se extrae la conclusión de que aquél se pudo deber a cualquier causa plausible. La mera existencia de lo que los reclamantes consideran gravilla, en el margen lateral de la calzada (vistas las fotos aportadas por aquéllos, la misma estaría muy pegada a dicho margen), no puede llevar a la necesaria convicción, a los efectos indemnizatorios pretendidos, de que dicho elemento, aun con la concurrente causa de la eventual imprudencia de un segundo vehículo, fuera la responsable del accidente. En este sentido, debe señalarse que el informe de la Dirección General de Carreteras pone de manifiesto que lo apreciado en las fotos presentadas por los interesados (aun sin fehaciencia alguna), y en las que se acompañan a dicho informe, es más bien el polvo y la tierra que queda en la calzada proveniente de la cuneta una vez que ésta fuera limpiada días antes por los servicios de conservación, y lo que produce son manchas blanquecinas de mayor o menor densidad, pero no gravilla en sentido estricto (sería harto improbable, por otra parte, que tales servicios, que realizan estas operaciones con cierta periodicidad en su labor de conservación, dieran lugar precisamente a la existencia de un elemento peligroso en la calzada como la gravilla propiamente dicha). Polvo y tierra que, según dicho informe, no tiene virtualidad como para provocar una pérdida de control como el que dio lugar al accidente, sino que éste se pudo deber a la actuación imprudente de un segundo vehículo (de presumir su existencia), que provocó el brusco giro que pudo realizar el vehículo de los reclamantes, saliéndose de la calzada (lo que era lógico, pues la vía no tenía arcén), provocando así su vuelco y los daños. El informe también expresa que el accidente se debió a la velocidad inadecuada del vehículo de los reclamantes, considerando a estos efectos las indicadas características de la vía (de tercer nivel, sin arcén), la forma de producción de los daños del vehículo y la entidad de los mismos, sin que todo lo anterior haya sido contradicho por informe técnico alguno.

Por todo lo expuesto, no queda acreditada la relación de causalidad, entre los daños alegados y el funcionamiento de los servicios públicos regionales de conservación de carreteras, que es jurídicamente necesaria y adecuada para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que procede desestimar la reclamación de referencia.

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

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No existe la relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios regionales de conservación de carreteras y los daños por los que se reclama indemnización, que es jurídicamente adecuada y necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente, debiendo modificarse su fundamentación para ajustarse a lo expresado en la Consideración Segunda, II, y Tercera del presente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 109-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x. y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 16/05/2011

**Extracto de doctrina**

La lex artis es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica ad hoc, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la lex artis venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 12 de marzo de 2007, x, y, actuando en su propio nombre y en representación de sus hijas, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud (SMS) por la defectuosa asistencia sanitaria recibida en el Hospital Santa María del Rosell (HSMR) de Cartagena (Murcia).

Según relatan los interesados, x ingresó el día 10 de marzo de 2006 en el Hospital General Básico de la Defensa, remitida desde el HSMR, al haber roto aguas, debido a su avanzado estado de gestación. El parto se produjo el siguiente día 12 de marzo, siéndole extraída, por el ginecólogo que la atendió, la placenta, operación que fue completada posteriormente por la matrona. El día 14 de marzo se le dio el alta hospitalaria, aunque previamente, a instancia de la paciente, se le practicó una exploración ecográfica, de cuyo resultado no fue informada, reiterándose el facultativo en su informe de alta. A los pocos días comenzó a sentir molestias que se fueron convirtiendo en dolores, sufriendo, posteriormente, una fuerte hemorragia, circunstancia por la que, el día 27 de marzo de 2006, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Naval. Ese mismo día se le practicó un legrado obstétrico, que no sirvió para solucionar la infección de matriz que padecía como consecuencia de los restos placentarios que no se retiraron tras el parto. Al día siguiente se le practicó una histerectomía abdominal total, de la que fue dada de alta el día 3 de abril, en cuyo informe se hacía constar el siguiente diagnóstico: "*Metrorragia puerperal. Histerectomía Abdominal Total*".

Al continuar con pérdidas de sangre, el 4 de abril de 2006 acudió a la consulta privada del Dr. x, especialista en Obstetricia y Ginecología, que le informó, tras realizarle una ecografía vaginal, que

lo ocurrido se debía a una infección derivada del parto y a un hematoma producido al practicarle el alumbramiento manual de la placenta.

Los reclamantes consideran que la asistencia médica que se dispuso a x no se ajustó a la *lex artis*, ya que la extracción manual de la placenta no se realizó de forma correcta, lo que le provocó una grave infección y un hematoma, que no fue ni detectado ni tratado; asimismo alegan que la asistencia postparto tampoco fue adecuada, lo cual desembocó en la necesidad de efectuar una histerectomía total.

Todo lo anterior estiman que ha causado un perjuicio a x por la pérdida de su capacidad reproductora y por la cicatriz abdominal vertical que la histerectomía le ha causado. También estiman que se ha perjudicado al marido e hijas de la paciente, porque se han visto privados de poder tener más hijos y hermanos en el seno de la familia que forman, de ahí que soliciten las siguientes indemnizaciones: 160.000 euros a favor de la x; 60.000 euros a favor del también reclamante x; y 30.000 euros a favor de cada una de las hijas de los interesados.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del SMS, se encarga su instrucción al Servicio Jurídico del referido Ente, que procede a recabar del HSMR la historia clínica y los informes de los facultativos que atendieron a la reclamante.

**TERCERO.-** Con fecha 4 de abril de 2007, el Hospital remite la historia clínica de la paciente e informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología, que es del siguiente tenor:

*“En relación a la reclamación patrimonial efectuada por x, informo que la asistencia sanitaria que obtuvo en cada proceso fue absolutamente correcta.*

*La paciente tuvo un parto con extracción manual de la placenta el día 12/03/06 informando en la hoja de parto que la placenta y los anejos están íntegros. No se indica ninguna ecografía posterior puesto que el doctor que hace la extracción manual considera que no quedan restos en la cavidad uterina. No obstante, una vez la enferma pasada a planta con fecha 14/03/06 se realiza una ecografía para ver la cavidad uterina, siendo informada: ‘Cavidad uterina cerrada y vacía, con algún pequeño coagulo a nivel de OCI. Diagnóstico probable: puerperio normal’.*

*Desconocemos el periplo de la señora por el servicio para que le vieran la ecografía, lo que sí sabemos es que la ecografía está vista por el médico que le dio de alta, puesto que en el informe que se realiza del parto con fecha 14/03/06 se especifica la ecografía efectuada el mismo día con el diagnóstico: de útero puerperal normal.*

*Todo lo anterior justifica la correcta asistencia de la paciente en cuanto a su parto.*

*Posteriormente con fecha 27/03/06 la paciente ingresa con un cuadro de metrorragia intensa que precisa transfusión de hematíes concentrados.*

*Como el cuadro no cede, se hace el diagnóstico de atonía uterina procediéndose a la histerectomía total sin anexectomía siendo el resultado de la anatomía patológica de útero gestante en que las amplias áreas de ectasia vascular, trombosis parcial y necrosis hemorrágica son compatibles con una atonía uterina.*

*Por todo lo anterior expuesto consideramos que ambos procesos realizados en el Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Santa María del Rosell fueron correctos y fue adecuado a la lex artis. Las complicaciones que la paciente tuvo son totalmente ajenas a la conducta que los diferentes médicos efectuaron”.*

**CUARTO.-** La compañía aseguradora del SMS aporta dictamen médico elaborado colegiadamente por tres especialistas en Obstetricia y Ginecología, en el que tras formular las consideraciones que se estiman oportunas, concluyen del siguiente modo:

*“1. Reclamación patrimonial por la defectuosa asistencia sanitaria y desprotección de la salud, así como, pérdida reproductiva de x.*

*2. El tratamiento efectuado en la tercera fase del parto con la realización de extracción manual de placenta fue correcto y acorde a los protocolos asistenciales de las sociedades científicas.*

*3. El seguimiento de la evolución puerperal con la realización de pruebas complementarias necesarias realizado a x fueron correctos y no erróneos como indica el resultado histológico.*

*4. La hemorragia puerperal representa el 5-15% de todos los partos. Es la causa aislada más importante de mortalidad materna. La mitad de ellas son tardías. En España se ha registrado una incidencia moderada: la mortalidad materna se estima en 7,15 mujeres por cada 100.000 nacidos vivos y la hemorragia puerperal es responsable de 23,07% de la misma.*

*5. La atonía uterina es la causa más frecuente de hemorragia dado que está implicada en más de la mitad de los casos y es responsable del 4% de las muertes maternas.*

6. *La histerectomía es el procedimiento final ante la hemorragia puerperal refractaria.*

7. *La asistencia sanitaria fue correcta y adecuada a la ciencia médica tanto en la toma de decisiones científicas como en la ejecución de las mismas y los profesionales intervinientes actuaron conforme a Lex Artis ad hoc, no existiendo indicios de mala praxis”.*

**QUINTO.-** Solicitado con fecha 18 de abril de 2007 informe a la Inspección Médica, se evacua el día 28 de abril de 2010, con las siguientes conclusiones:

*“1. Que la placenta, según consta en hoja de alumbramiento (Folio 24), se extrae íntegra y normal y que de no haber sido así, se habría indicado el legrado inmediato.*

*2. En la ecografía realizada al alta tras el parto (14/03/2006) no se observan restos placentarios y el material extraído del legrado y de la histerectomía y analizado anatomopatológicamente no describe la presencia de vellosidades coriales (formaciones de tejido de origen placentario), la ausencia de éstas impide confirmar la presencia de placenta entre el material obtenido, por lo que parece poco probable la extracción incompleta de la placenta.*

*3. La descripción anatomopatológica de miometrio con focal miometritis, no implica el diagnóstico de endometritis, hecho al que se añade que la paciente no presenta signos ni síntomas de infección uterina o sepsis.*

*4. Que no hay datos que indiquen que la asistencia prestada a la paciente durante el parto y el postparto no fuera correcta, empleando los medios diagnósticos y terapéuticos adecuados para las situaciones clínicas que se presentaron, tales como rotura prematura de membranas sin inicio de trabajo de parto o dilatación durante más de 24 horas y no expulsión placentaria que requirió extracción manual, de los que se realizó control evolutivo (ecografía), siendo éste normal al alta. La paciente es dada de alta en situación estable.*

*5. Que posteriormente, presentó una hemorragia puerperal tardía con retención de restos deciduales y coágulos, que tal y como está indicado, precisó de la realización de un legrado uterino evacuador que no fue resolutivo ante la existencia de una coagulopatía y de ATONÍA UTERINA, requiriendo histerectomía.*

6. *Que la retención de restos deciduales, coágulos e incluso restos placentarios queda descrita en la bibliografía como posible patología en el puerperio: Igualmente queda recogida como posible complicación en el consentimiento informado del legrado que firmó la paciente: 'las complicaciones del legrado evacuador pueden ser: infecciones urinarias, endometritis y salpingitis: hemorragias que precisen transfusión; persistencia de restos y sinequias en cavidad uterina'. (Folio 79).*

7. *La hemorragia postparto es una de las complicaciones más temidas que pueden surgir en el puerperio. Actualmente la mejor atención obstétrica y la mayor disponibilidad y mejor uso de fármacos oxitócicos, han hecho que su incidencia no supere el 5% en países desarrollados. Siendo una de las tres primeras causas de mortalidad materna en el mundo.*

8. *La atonía uterina es la causa más frecuente de Hemorragia postparto (HPP), siendo responsable del 80-90% de las HPP.*

9. *Por lo expuesto, no se puede considerar que la persistencia de restos deciduales y de coágulos sanguíneos tras el parto se haya debido a una mala asistencia sanitaria prestada a la paciente, y que la hemorragia puerperal que presentó posteriormente posiblemente debida a la retención de dichos restos y por ATONÍA UTERINA, fue tratada en tiempo y forma adecuados, requiriendo de histerectomía como tratamiento de una hemorragia refractaria”.*

**SEXTO.-** Conferido trámite de audiencia a las partes, comparecen los reclamantes mediante escrito de fecha 7 de septiembre de 2010, en el que inciden en las argumentaciones que se contienen en el escrito de iniciación del expediente y anuncian la próxima aportación de un informe pericial, el cual no consta acreditado que llegara a presentarse.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 3 de noviembre de 2010, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir los requisitos necesarios para la declaración de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, pues no se ha acreditado el nexo de causalidad entre los daños sufridos y la actuación de los servicios sanitarios.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 22 de noviembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

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

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

La x, su marido e hijas se encuentran legitimados para formular la presente reclamación, pues ellos son quienes han sufrido los daños morales que se alegan. Por otro lado, la representación que la x y el x dicen ostentar de su hijas menores de edad, a tenor de lo preceptuado en el artículo 162 del Código Civil, ha quedado acreditada en el expediente con la copia compulsada del libro familia en el que aparece la relación de parentesco que les une.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración regional, no existen dudas acerca de la titularidad pública del servicio sanitario al que se imputan los daños.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) establece para la prescripción del derecho a reclamar.

El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ya ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP, constando la paralización de actuaciones desde el 18 de abril de 2007, fecha en la que se solicita informe de la Inspección Médica, hasta el día 28 de abril de 2010, en el que aquél se emite.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la

denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la Ley General de Sanidad, y 4 y 10 de la Ley 41/2002); 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

1. Alegaciones de los reclamantes.

Para éstos la causa del daño se encuentra en la deficiente actuación del personal sanitario, que se concretó en tres hechos: deficiente extracción manual de la placenta; inadecuado seguimiento de la paciente durante el puerperio; e incorrecto diagnóstico y tratamiento cuando se presentó la hemorragia.

2. La *lex artis* y su prueba.

La determinación de si la referida imputación genera el derecho de los interesados a ser indemnizados por los daños sufridos aparece íntimamente ligada al concepto de *lex artis*. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias. Por todas, la de su Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas y terapéuticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la *lex artis*, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica *ad hoc*, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina. El Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

En definitiva, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por los reclamantes. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la atención prestada a la paciente permite delimitar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no sólo porque exista lesión sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de intervenciones quirúrgicas en centros sanitarios públicos, que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o existiera una lesión derivada de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis*.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335

de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial -el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999-. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba.

3. Examen de la concreta actuación sanitaria que se denuncia.

a) Extracción manual de la placenta.

De conformidad con el expediente, queda acreditado que la paciente acude al Hospital por rotura prematura de membrana, donde es valorada por el ginecólogo de guardia, pautándose tratamiento para inducción de parto.

Tras la expulsión fetal requirió extracción manual de la placenta, operación que se lleva a cabo con total éxito, pues tal como se indica en los informes médicos obrantes al expediente, la extracción fue íntegra y normal, y así se recoge en la hoja de alumbramiento (folio 24). De no haber sido así, afirma la Inspectora Médica, se habría indicado el legrado inmediato.

Según esta facultativa en la extracción manual de la placenta es poco probable que queden restos placentarios, ya que una vez extraída se revisa la cavidad. Distinto es que, con posterioridad, se formen nuevos coágulos o restos deciduales desprendidos de la cara interna del útero en el período puerperal de descamación.

En este mismo sentido se pronuncian los peritos de la aseguradora del SMS al afirmar que *“la técnica realizada por el ginecólogo implicado fue correcta y acorde a la praxis médica, aconsejando únicamente la realización de una ecografía postparto para valorar la cavidad endometrial”*.

La ausencia de restos placentarios viene avalada por la ecografía realizada el día del alta hospitalaria en la que se informa de *“útero puerperal normal. Dimensiones 172x80 mm. Cavidad*

*uterina vacía con algún pequeño coágulo a nivel de OCI. Diagnóstico probable puerperio normal”* (folio 32).

b) Seguimiento del puerperio de la paciente.

Ante las afirmaciones, huérfanas de todo respaldo técnico que las avale, de los reclamantes respecto a un desinterés y falta de profesionalidad en el seguimiento del postparto de la x, los peritos de la aseguradora indican que el control gestacional se llevó a cabo de modo adecuado, practicando una ecografía en la fecha del alta, pues hacerlo antes, como pretendían los interesados, no resultaba indicado, ya que había que esperar a que el útero volviese a su tamaño normal y se expulsasen, así, los residuos que quedaran en el mismo loquios (formados, los primeros días, por sangre y vernix caseosa), que debían evolucionar y desaparecer en la tercera semana del puerperio.

Por su parte, la Inspección Médica afirma en sus conclusiones que *“no hay datos que indiquen que la asistencia prestada a la paciente durante el parto y el posparto no fuera correcta, empleando los medios diagnósticos y terapéuticos adecuados para la situaciones clínicas que se presentaron, tales como rotura prematura de membranas sin inicio de trabajo de parto o dilatación durante más de 24 horas y no expulsión placentaria que requirió extracción manual, de los que se realizó control evolutivo (ecografía), siendo ésta normal al alta. La paciente es dada de alta en situación estable”*.

c) Deficiente diagnóstico y tratamiento de la paciente cuando acudió de nuevo al Hospital por metrorragia.

Tampoco ha quedado probado en el expediente que la actuación médica cuando se produjo la hemorragia postparto tardía fuese incorrecta. Al contrario, consta acreditado en la historia clínica de la paciente que a su ingreso se le realiza una analítica, en la que se evidencia buen estado general, con los valores hematológicos similares a los indicados en el momento del alta obstétrica; también se le practica una exploración y ecografía urgente y, posteriormente, un legrado. Como a pesar del legrado la hemorragia se intensificó, se practicó masaje uterino, se pautaron fármacos, se efectuó un taponamiento vaginal y se transfundieron hemoderivados. Al fracasar también estas medidas terapéuticas se realizó la histerectomía hemostática, a las doce horas del ingreso.

Para la Inspectora Médica la histerectomía también resultó necesaria para salvar la vida de la paciente. Así, en su conclusión quinta, afirma que *“...presentó una hemorragia puerperal tardía con retención de restos deciduales y coágulos, que tal y como está indicado, precisó de la*

*realización de un legrado uterino evacuador que no fue resolutivo ante la existencia de una coagulopatía y de atonía uterina, requiriendo histerectomía”.*

Según todo lo anterior, para los facultativos informantes, la metrorragia y posterior intervención quirúrgica (histerectomía), no se debieron a la existencia de restos placentarios o coágulos que se dejaran dentro del útero, tal como alegan los reclamantes, sino que responden a complicaciones propias del puerperio y, más concretamente, a la presencia de restos deciduales de la cara interna del útero en el período puerperal de descamación. Tal hipótesis se encontraría avalada, según la Inspección Médica, en el hecho de que *“en la ecografía realizada al alta no se observan restos placentarios y el material extraído del legrado y de la histerectomía y analizado anatomopatológicamente no describe la presencia de vellosidades coriales (formaciones de tejido placentario), la ausencia de éstas impide confirmar la presencia de placenta en el material obtenido”.* Continua afirmando que la descripción que se contiene en el diagnóstico anatomopatológico obrante al folio 42, en el que se describe el contenido endometrial constituido por restos deciduales retenidos (restos puerperales), *“no es indicativa de que se haya realizado una extracción incompleta de la placenta, si no que probablemente el endometrio ha descamado y quedado retenido sin expulsión en el útero”.*

De idéntica opinión se muestran los peritos de la aseguradora del SMS, cuando indican que el estudio histológico del legrado y del útero, son la base del verdadero diagnóstico de la x, y aquél demuestra que la paciente sufrió una atonía uterina, que resultó refractaria a las medidas habituales. También se observan restos decidulares, pero no placentarios. La decidulia es endometrio altamente modificado y especializado, perteneciente al tejido endometrial materno y no a tejido placentario (folio 112).

Tanto la Inspección como los peritos de la aseguradora del SMS coinciden en afirmar la adecuación a normopraxis de las actuaciones médica desplegadas en relación con la paciente, tanto en la fase inicial de extracción manual de la placenta, como en el control de la evolución puerperal con la realización de analítica y ecografía previas al alta. Lo mismo señalan en relación con la histerectomía que se reveló como una actuación necesaria para salvar la vida a la paciente, ante el fracaso de las medidas conservadoras anteriormente intentadas para controlar la hemorragia.

Frente a las anteriores consideraciones efectuadas a la luz de la ciencia médica, que apuntan la corrección de la asistencia prestada a la paciente, no pueden prevalecer las meras e infundadas opiniones de los reclamantes, huérfanas de todo respaldo técnico que las avale, pues el dictamen médico que anunciaron que presentarían no se ha incorporado a las actuaciones, no

asumiendo, pues, la carga de la prueba que les corresponde, según la distribución que de ella hace la LEC (artículo 217).

Todo ello impide considerar que los daños alegados por los interesados sean imputables al funcionamiento de la Administración sanitaria regional, al no existir nexo causal entre aquéllos y éste.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, toda vez que no han quedado acreditados en el expediente la concurrencia de los requisitos generadores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ni su antijuridicidad.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 110-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x. y otros, como consecuencia de los daños sufridos en un accidente de circulación.
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)
<b>Fecha</b>	18/05/2011

**Extracto de doctrina**

La jurisprudencia, al analizar el estándar de rendimiento de los servicios públicos de vigilancia viaria, establece que dicho deber no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, entre lo que no se encuentra una vigilancia tan intensa que, sin mediar lapso de tiempo no instantáneo o inmediato, cuide de que el tráfico de la calzada esté libre o expedito (SSTS, Sala 3ª, de 8 de octubre de 1986 y 11 de febrero de 1987). Ahora bien, es a la Administración a la que corresponde acreditar en estos casos, por el principio de mayor facilidad probatoria, que el funcionamiento de sus servicios públicos no fue causa del daño.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 6 de abril de 2005, x y otros, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración regional por el accidente ocurrido el 13 de febrero anterior en la carretera E-1, que une Sangonera la Verde con San Ginés (término municipal de Murcia), a consecuencia del cual falleció el conductor del vehículo x (de 75 años), esposo y padre de los reclamantes, respectivamente, y resultó lesionada la acompañante x.

Describen lo ocurrido del siguiente modo:

*“Que el fallecimiento del conductor y las lesiones de la ocupante se produjeron al chocar contra unos tubos de hormigón de grandes dimensiones, que se encontraban indebidamente en el arcén de la carretera.”*

Atribuyen la causa del siniestro a la indebida y negligente colocación de los tubos de hormigón en la cuneta, y manifiestan que concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

Por último, acompañan la publicación del suceso en un diario regional, sin que en el escrito se concrete la cuantía indemnizatoria reclamada, designando el despacho de un letrado a efectos de notificaciones.

**SEGUNDO.-** Requeridos los reclamantes para que subsanen y mejoren su solicitud, es cumplimentado por escrito de 6 de mayo de 2005 (registro de entrada), al que acompañan los documentos obrantes en los folios 13 a 47, entre ellos el atestado núm. 196/05 instruido por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, Subsector de Murcia.

Asimismo, los interesados proponen como medios de prueba la documental que obra en el expediente y el historial médico que se aportará en periodo probatorio.

Con posterioridad, por escrito de 19 de julio de 2005 (registro de entrada) aportan el informe médico forense de la autopsia, solicitado también por la instructora (folios 50 a 54).

En dicha autopsia se concluye que la muerte de x se debe a traumatismo torácico, sin perjuicio de la existencia de una patología cardiaca crónica, no evidenciando signos de infarto reciente o agudo.

**TERCERO.-** El 28 de septiembre de 2005, el órgano instructor solicita informe a la Dirección General de Carreteras, que es evacuado el 6 de octubre siguiente, en el sentido de reconocer la competencia de la Dirección General de Carreteras sobre la vía en cuestión y la falta de conocimiento de la certeza y realidad del evento lesivo por parte del citado centro directivo (folio 61).

**CUARTO.-** En fecha 13 de octubre de 2005 (registro de salida), el Jefe de Servicio de Contrataciones y Responsabilidad Patrimonial del Ayuntamiento de Murcia remite escrito a la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas, emplazándola como interesada, e indicándole la posibilidad de reclamar su competencia para resolver la reclamación, acompañando copia de la documentación obrante en el expediente municipal (folios 64 a 87), entre ella una comunicación interior del Ingeniero Jefe de la Oficina Técnica, de 26 de septiembre de 2005, en la que expresa que el vial E-1 pertenece a la Comunidad Autónoma y que los tubos acopiados en la cuneta no corresponden a ninguna obra municipal.

**QUINTO.-** En el periodo de prueba (folio 92), los reclamantes son requeridos por la instructora para que aporten copias compulsadas de los documentos que se relacionan, así como para que fijen y concreten la cuantía de los daños y perjuicios sufridos.

En su contestación (folios 93 a 146), también aportan el historial médico de la lesionada, si bien no concretan el *quantum* indemnizatorio, por lo que el órgano instructor acuerda la apertura de un nuevo periodo de prueba, según oficio de 7 de septiembre de 2006 (folio 147), que es

cumplimentado por escrito el 27 de octubre siguiente (folios 254 a 257), en el que los interesados solicitan la cantidad de 105.265,31 euros por el fallecimiento del conductor, y 89.621,48 euros por las lesiones, gastos y secuelas de la acompañante. Respecto a los daños del vehículo solicitan su valor venal (600 euros). Además, proponen prueba (folios 148 a 253), consistente en los 14 documentos que acompañan, y la testifical que es practicada el 15 de marzo de 2007 (folio 269).

**SEXTO.-** Solicitado el informe de la Dirección General de Carreteras, es evacuado el 30 de marzo de 2007 por el Jefe de Sección II de Conservación (con el visto bueno del Jefe de Servicio) en el siguiente sentido (folio 280):

*“1.- La justificación de la existencia del citado tubo no podemos determinarla debido a que la Dirección General de Carreteras no estaba ejecutando en esos días ninguna obra en dicha carretera y tramo.*

*Igualmente, y una vez comprobado el punto exacto en que se encontraban dichos tubos a través de las fotografías del periódico La Opinión de 14 de febrero de 2005, no podemos afirmar que en ese punto concreto existiera ninguna obra autorizada por esta Dirección General.*

*2.- Por lo referido anteriormente no existían obras bajo control de esta Dirección General en el lugar en donde se encontraban situados dichos tubos.*

*3.- Aparentemente no existía señalización alguna, según se desprende de la fotografía del Diario La Opinión.*

*4.- En base a lo anterior estimo que no existe base para determinar la relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento de este servicio público.*

*5.- No obstante lo anterior, x solicitó autorización para vallado y acceso a finca con fecha 27 de julio de 2004, estableciéndose en su condicionado que debería colocar tubería de 600 mm. para configurar dicho acceso, igual a la referida en el siniestro por el servicio de Bomberos de Murcia.*

*6.- Desconocemos si la citada tubería fue depositada por el solicitante para ejecutar el citado acceso y fue impactada por el vehículo siniestrado.*

*7.- Actualmente hay acopiadas en el almacén vallado del solicitante unas tuberías de similares características que se distinguen por estar pintadas de negro.”*

Acompaña la Resolución de 19 de octubre de 2004 del Director General de Carreteras, que autoriza al referido particular para realizar las obras de vallado y acceso a la carretera (folios 271 y 272), así como el condicionado técnico al que se supeditó la autorización (folios 277 y 278).

En la parte dispositiva de la citada Resolución (apartado Segundo), se recoge que las obras no supondrán, en ningún caso, la asunción de responsabilidad patrimonial de la Administración respecto al titular de la autorización o terceros.

**SÉPTIMO.-** El 4 de abril de 2007, x presenta escrito (folio 283), en el que manifiesta que renuncia a la indemnización que pudiera corresponderle por los daños sufridos por ella -no respecto a los restantes reclamantes-, manifestando que formuló denuncia ante el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Murcia (Diligencias Previas 826/2005), habiéndole entregado la aseguradora del vehículo parte del dinero a cuenta del que pudiera corresponderle. En la parte dispositiva del escrito de renuncia señala:

*“Que tenga por formulada renuncia por x con respecto a los daños y perjuicios sufridos por mi persona, sin perjuicio de continuar el expediente con respecto al resto de los reclamantes”.*

**OCTAVO.-** Otorgado trámite de audiencia a los reclamantes, no consta que formularan alegaciones, tras lo cual se redacta propuesta de resolución estimatoria en parte el 5 de junio de 2007, al entender que la Administración regional tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen quede normalmente garantizada, si bien aprecia concurrencia de causas con la actuación del conductor del vehículo que salió de la carretera, al parecer, por un desfallecimiento, siendo la causa de su muerte el traumatismo que se produjo al chocar con unos tubos de hormigón, depositados indebidamente en el arcén.

Respecto a la cuantía indemnizatoria atribuye a la Administración por culpa *in vigilando* un porcentaje del 80 % de la cuantía reclamada, que concreta en la cantidad de 84.212,25 euros para la viuda y los hijos del finado.

**NOVENO.-** Recabado el Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, mediante Acuerdo 13/2007, de 4 de julio, se requiere a la Consejería consultante para que complete el expediente con la fiscalización previa del órgano competente (folios 323 y 324).

**DÉCIMO.-** Con fecha 16 de junio de 2008, el Interventor General no fiscaliza de conformidad el expediente por los reparos advertidos (folios 325 a 336), al entender que debe

completarse la instrucción, recabando las actuaciones penales, y determinar el responsable de la colocación de los tubos de hormigón en la cuneta y el momento en que se produjo dicha colocación; también considera que debe otorgarse un trámite de audiencia al titular de la autorización para la ejecución de las obras colindantes, recordando, por último, que para determinar las cuantías indemnizatorias debe aplicarse el baremo correspondiente al momento en que la lesión efectivamente se produjo.

**UNDÉCIMO.-** El 2 de julio de 2008 (registro de salida), la instructora recaba el testimonio íntegro de las actuaciones penales, y otorga un trámite de audiencia al titular de la autorización para realizar obras de acceso a su parcela x, sin que presentara alegaciones.

**DUODÉCIMO.-** Constan las Diligencias Previas 826/2005, incoadas el 14 de febrero de 2005 por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Murcia, en las que figura como denunciada -- como presunta autora de la colocación de los tubos de hormigón frente a los que chocó el fallecido.

Mediante Auto de 11 de abril de 2007 del citado Juzgado se reputa como falta el hecho que dió origen a las Diligencias Previas, registrándose como Juicio de Faltas (núm. 1253/2007). Frente al precitado Auto se presentó recurso de reforma por los hijos del fallecido, alegando que no se han practicado la totalidad de las diligencias de investigación, ni se ha procedido a determinar la persona o las personas que colocaron los tubos en el dominio público, que son los causantes del siniestro, siendo desestimado el 8 de junio de 2007 por el mismo Juzgado con el siguiente fundamento jurídico:

*“De la suficiente instrucción practicada hasta la fecha en las actuaciones resulta que la colocación de los tubos no es la causa de la colisión, que se encontraban al margen sin obstaculizar la circulación. Las alegaciones del recurso no desvirtúan la legalidad de la resolución impugnada, que debe ser confirmada con desestimación del recurso.”*

Presentado recurso de apelación ante la Audiencia Provincial por los interesados, en orden a que se esclarecieran los hechos y las personas que hubieran colocado los tubos en la cuneta (folios 462 y 463), fue desestimado el 8 de noviembre siguiente, razonandolo así:

*“toda vez que de las diligencias instruidas por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil se desprende que el turismo que conducía el fallecido quedó sobre la cuneta, orientado en su sentido de circulación, empotrado contra un tubo de hormigón para la colocación de líquidos, que se encontraba en la cuneta, fuera de la calzada, no obstaculizando la circulación, por lo que ha de desestimarse el recurso de apelación”.*

No consta la sentencia recaída en el Juicio de Faltas núm. 1253/2007.

**DECIMOTERCERO.-** De las actuaciones obrantes en las Diligencias Previas 826/2005, cabe reseñar que la reclamante x ha alcanzado un acuerdo extrajudicial con la aseguradora del vehículo, renunciando a cuantas acciones civiles y penales le pudiera corresponder por estos hechos, al haber sido indemnizada por todos los conceptos según se transcribe seguidamente (folio 447):

*“Las personas arriba identificadas comparecen en la Secretaría de este Juzgado y manifiestan lo siguiente:*

*Que han llegado a un acuerdo extrajudicial, renunciando en este acto la perjudicada x a cuantas acciones civiles y penales le pudieran corresponder por estos hechos al haber sido indemnizada por todos los conceptos en la cuantía de 194.024,32 euros.*

*Leída y hallada conforme, la firman los comparecientes. Doy fe.”*

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 29 de septiembre de 2008, se otorga un trámite de audiencia a x (no se especifica por la instructora su relación con el titular de la autorización otorgada por la Dirección General de Carreteras), que no consta que formulara alegaciones, tras lo cual se adopta propuesta de resolución estimatoria en parte el 6 de febrero de 2009, imputando a la Administración regional el 80% de la indemnización resultante (81.224,68 euros) por *culpa in vigilando*. Sometida a fiscalización previa dicha propuesta, es informada favorablemente por el Interventor General el 6 de abril de 2009.

**DECIMOQUINTO.-** Con fecha 29 de abril de 2009 se recabó el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, que fue evacuado bajo el número 183/2009, en el sentido de recomendar que se completara la instrucción con las siguientes actuaciones, tras analizar la concurrencia de causas en la producción del daño:

- Ha de solicitarse por el órgano instructor el fallo recaído en el Juicio de Faltas 1253/2007, que no consta en el expediente, para determinar las responsabilidades de terceros en la producción del daño, así como las cuantías indemnizatorias, en su caso.

- Ha de otorgarse un trámite de audiencia a todos los interesados y seguidamente formularse la propuesta de resolución, que justifique la intervención de cada causa en el daño

alegado, y aclarar los aspectos indicados, entre ellos, la relación entre x, en su condición de autorizado para la realización de las obras, con la mercantil --. También se pone de manifiesto la falta de congruencia entre la propuesta elevada y la renuncia de la reclamante lesionada a la indemnización que pudiera corresponderle por los daños sufridos, sin perjuicio de que continúe el procedimiento con el resto de los reclamantes.

**DECIMOSEXTO.-** Recabado al Juzgado de Instrucción núm. 7 el testimonio íntegro de las actuaciones obrantes en el Juicio de Faltas 1253/2007, incluido el fallo recaído, la parte reclamante comparece seguidamente para acompañar la Sentencia núm. 180/09, de 6 de julio, de la Audiencia Provincial frente a la que no cabe recurso alguno. En dicho fallo se resuelve el recurso de apelación interpuesto por los reclamantes contra la sentencia del citado Juzgado de 27 de enero de 2009, por la que se absuelve al representante de la mercantil -- de la falta enjuiciada, con reserva de acciones civiles a los perjudicados.

En su fundamento de derecho único, cuarto párrafo, se razona lo siguiente:

*“Pero es que, a mayor abundamiento, tampoco encuentra esta alzada responsabilidad penal alguna en la producción del siniestro en el titular de las tuberías depositadas en la cuneta ni en la persona que ordenó que así se hiciese. Como ya señaló esta Audiencia Provincial en el auto de 8 de noviembre de 2007 dictado en esa misma causa, los tubos contra los que se estrelló el fallecido estaban fuera de la calzada y no obstaculizaban la circulación. La culpa determinante del siniestro, según los datos objetivos constatados en el atestado, fue exclusivamente de aquél que, por causas ignoradas, perdió el control de su vehículo, se salió de la calzada y fue a colisionar con los tubos”.*

**DECIMOSÉPTIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a los interesados, se presentan los siguientes escritos:

- Por parte de los reclamantes, mediante escrito de 24 de mayo de 2010, se señala que personados en las actuaciones han conocido el Dictamen núm. 183/2009 de este Órgano Consultivo y que conforme al mismo procede incorporar las actuaciones penales dimanantes del Juicio de Faltas 1253/07. De ellas se deriva que los tubos estaban colocados frente a la propiedad de x, por lo que debe excluirse del presente procedimiento a x. También que no ha sido posible determinar en vía penal quién colocó los tubos en la cuneta, lo que no exonera a la Administración de su deber de vigilancia. Por último, que la renuncia de x fue respecto a sus lesiones, pero no respecto a la indemnización que le corresponde por razón de la convivencia con el fallecido, que ha sido reservada en el presente expediente.

- Por parte del representante de -- se presenta escrito de 25 de mayo de 2010, en el que manifiesta que en el Juicio de Faltas se reconoció que dicha empresa no estaba haciendo ni había hecho obras en la zona del accidente. Que según un testigo, el camión grúa que estaba descargando unos tubos de hormigón llevaba una pegatina de su empresa, si bien ese día el único camión grúa que disponen no estaba en el sitio indicado por el testigo.

- x presenta escrito de 26 de mayo de 2010, al que acompaña copia simple de parte de las actuaciones penales, de las que destaca, por un lado, que un testigo que compareció vió descargar los tubos en la cuneta a un vehículo que llevaba el distintivo de --, y que x reconoció como suya la parcela donde estaban colocados los tubos, si bien refiere que no sabe quien los puso, que estaba ejecutando obras, y que no recuerda el nombre de la empresa que las estaba realizando. Ante las contradicciones de los intervinientes, según refiere, el Juzgado dictó sentencia absolutoria.

Expone que no tuvo la más mínima intervención en la colocación de los tubos en la cuneta, ni en la parcela propiedad de x, pues sus obras se encontraban a una distancia aproximada de 100 metros, señalando que sólo entubó la confrontación de su parcela con el objeto de facilitar el acceso de los camiones.

Finalmente, sostiene que debe ser excluido de la responsabilidad de la colocación del tubo, que se encuentra repartida, en su opinión, entre la Dirección General de Carreteras, -- o x, compartida con el conductor del vehículo cuya actuación tuvo una indudable influencia en la producción del daño.

**DECIMOCTAVO.** La propuesta de resolución, de 6 de octubre de 2010, estima en parte la reclamación de responsabilidad patrimonial, puesto que si bien la causa del accidente fue el desvanecimiento o distracción del conductor que le hizo salirse de la carretera y su fallecimiento se produjo por traumatismo, al chocar el vehículo con unos tubos de hormigón depositados en la cuneta por un tercero que no se ha podido determinar en el Juicio de Faltas núm. 1253/2007, también existe una cierta responsabilidad de dicho centro directivo por culpa *in vigilando*, pues tenía que haber controlado tal circunstancia en las labores de inspección. Por esta mínima responsabilidad le atribuye una cuota del 20% (aparece rectificada a mano en el texto) correspondiente al daño de la viuda e hijos por el fallecimiento del conductor, así como por los daños del vehículo. Respecto a la viuda x, sostiene la propuesta elevada que la renuncia obrante en el procedimiento sólo va referida a sus lesiones, y no a los daños morales por el fallecimiento de su esposo

**DECIMONOVENO.-** Sometida a fiscalización de la Intervención General es informada el 17 de noviembre de 2010, formulando un reparo a la anterior propuesta, en el sentido de que no se adecua a lo indicado por este Consejo Jurídico sobre la renuncia ejercitada por la viuda del finado en el presente procedimiento.

**VIGÉSIMO.-** Consta una ulterior propuesta de resolución de 11 de noviembre de 2010 (la fecha debe ser errónea pues hace referencia al informe de la Intervención General de 17 de noviembre posterior) en la que expresa que se ven obligados a excluir a x para que la propuesta sea fiscalizada favorablemente, determinando una cuantía indemnizatoria de 6.211,13 euros, correspondiendo 1.552,78 euros a cada hijo. Dicha propuesta ha sido finalmente fiscalizada favorablemente por la Intervención General el 4 de diciembre de 2010, sin perjuicio de la actualización de la cantidad resultante en los términos previstos en el artículo 141.3 LPAC.

**VIGESIMOPRIMERO.-** Con fecha 17 de enero de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

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

1. Los hijos del finado, en su condición de herederos según se acredita con el testamento aportado, son interesados para ejercitar la presente acción de reclamación, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC), en relación con el artículo 31 de la misma Ley.

En nuestro Dictamen núm. 183/2009 se indicó también que la accidentada x, cónyuge del fallecido, ejercitó inicialmente la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial conjuntamente con sus hijos, si bien posteriormente, el 4 de abril de 2007 (folio 283), renunció a la indemnización que pudiera corresponderle, sin perjuicio de la continuación de este procedimiento con los restantes reclamantes, por lo que la propuesta entonces elevada no era congruente con dicha renuncia, en tanto se le reconocía la cantidad de 72.460 euros.

Pese a que la última propuesta sometida a Dictamen excluye ya a la indicada, siguen persistiendo las dudas del órgano instructor sobre el alcance de tal renuncia, al considerar que se contrajo exclusivamente a la indemnización derivada de sus lesiones, interpretación que ahora es acogida por la parte reclamante, en tanto resulta favorable a sus pretensiones.

Para aclarar el alcance de la renuncia presentada en su momento, interesa traer a colación el acuerdo de transacción extrajudicial alcanzado por la x con la aseguradora del vehículo, según la comparecencia realizada el 17 de diciembre de 2007 ante el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Murcia, en virtud del cual la lesionada renunciaba a cuantas acciones civiles y penales le pudiera corresponder por estos hechos, al haber sido indemnizada por todos los conceptos, conforme se transcribe en el Antecedente Decimotercero de este Dictamen.

Si bien, puesto que la duda se suscita respecto al alcance de su renuncia en el presente procedimiento, resulta esencial la transcripción del contenido del escrito presentado por la x el 4 de abril de 2007 ante la Consejería consultante:

*“Primero.- Que conforme consta formulé reclamación de responsabilidad patrimonial como perjudicada en los hechos que constan en el presente expediente, por los daños y perjuicios sufridos por mi persona.*

*Segundo.- Que en reclamación de los daños y perjuicios causados a mi persona como consecuencia del siniestro formulé denuncia ante el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Murcia, siguiéndose por dichos trámites procedimiento abreviado 826/2005, a los fines de que por la compañía aseguradora del vehículo en el que viajaba de acompañante se procediera a hacer frente a los mismos.*

*Tercero.- Que habiéndose personado ante el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Murcia (Proc. Abreviado 826/2005) la compañía aseguradora del vehículo en el que viajaba siendo ésta -- y habiendo entregado a esta parte cantidad a cuenta de lo que me pudiera corresponder en concepto de daños y perjuicios, formulo renuncia respecto a la reclamación que presenté ante esta Administración, sin perjuicio de que continúen los trámites respecto al resto de reclamantes en el presente expediente; siendo éstos. x, y, z.*

*En su virtud,*

*A la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes SOLICITO Que tenga por formulada renuncia por x con respecto a los daños y perjuicios sufridos por mi persona sin perjuicio de continuar el expediente con respecto al resto de reclamantes”.*

De su contenido y *petitum* resulta claro el abandono de esta reclamante del derecho y de la pretensión que se intenta hacer valer vía responsabilidad patrimonial (se extiende en dicho escrito a todos los daños y perjuicios y no sólo a las lesiones personales, pues en tal caso así se hubiera especificado), así como la renuncia al procedimiento, al manifestar de modo indubitado que prosigan las actuaciones con el resto de los reclamantes, cuyos nombres son citados expresamente en el apartado tercero.

En consecuencia, ante dicho escrito de renuncia presentado por la x, aunque en el último trámite de audiencia otorgado, conocido el Dictamen núm. 183/2009 de este Órgano Consultivo, trate de modificar su sentido casi tres años después de formularla, la Administración está obligada a aceptar de plano la renuncia expresada por esta interesada, resolviendo el procedimiento respecto a los restantes reclamantes (artículos 91.2 y 42.1 LPAC). Consecuentemente, habrá de modificarse la propuesta elevada para recoger tal razonamiento sobre la renuncia ejercitada

2. La reclamación se presentó el 6 de abril de 2005, dentro del plazo de un año desde que se produjeron los hechos (el 13 de febrero anterior), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC. Sobre la incidencia de la causa penal en la prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, este Órgano Consultivo se remite al Dictamen núm. 46/1998.

3. No obstante, habiéndose ejercitado acciones penales frente a la presunta autora de la colocación de los tubos en la cuneta, siendo necesario conocer su resultado para la determinación de los hechos, hubiera sido procedente la suspensión del procedimiento de responsabilidad patrimonial hasta que fuera firme el fallo recaído, cuando la instructora tuvo conocimiento de las Diligencias Previas núm. 826/2005, en los términos previstos en el artículo 146.2 LPAC.

En todo caso, conforme a lo señalado en el Dictamen 183/2009 se han incorporado los fallos recaídos en el Juicio de Faltas (Antecedente Decimosexto), habiendo adquirido firmeza la sentencia núm. 180/2009, de 6 de julio, de la Audiencia Provincial, por lo que la duración del presente procedimiento, que ha excedido en exceso del tiempo razonable, se ha visto condicionada por tales actuaciones penales previas que no se podían desconocer, conforme a lo indicado con anterioridad. Así en el Dictamen precitado se razonó la importancia de su incorporación al expediente:

*“La importancia de incorporar al presente expediente las actuaciones del precitado Juicio de Faltas (1253/2007) y, sobre todo, el fallo, estriba en que los reclamantes imputan el daño en aquellas actuaciones a quien colocó los tubos en la cuneta, figurando como denunciada la empresa --, así como su aseguradora, pues, en su opinión, dicha actuación ocasionó el traumatismo que produjo el fatal desenlace. Por tanto, conocer el fallo recaído es un condicionante para resolver el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial”.*

### **TERCERA.- Los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.**

El principio de responsabilidad de la Administración ha adquirido rango constitucional al acogerse en el artículo 106.2 del texto constitucional, en el que se afirma que *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza de mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.*

El desarrollo de las previsiones constitucionales se encuentra en los artículos 139 y siguientes LPAC, según los cuales la responsabilidad patrimonial de la Administración supone la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

En el supuesto que ahora se estudia, cabe apreciar la presencia de un daño efectivo, económicamente evaluable e individualizado en los reclamantes por el fallecimiento de su progenitor.

Por otro lado, este daño ha de ser reputado como antijurídico, no por la forma de producirse, sobre cuya apreciación no se prejuzga ahora mismo, sino por el hecho de que no existe un deber jurídico por parte de los interesados de soportarlo.

Por lo que respecta al nexo causal, hay que recordar que éste es el elemento nuclear de la responsabilidad patrimonial, y que según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo y reiterada doctrina tanto del Consejo de Estado como del Consejo Jurídico, consiste en que la lesión sufrida sea consecuencia directa del funcionamiento del servicio público: *“Lo esencial en casos como el presente -se afirma en el Dictamen del Consejo de Estado 5.265/1997- es que se pruebe que la acción de la Administración jugó un papel relevante en la producción del daño, de suerte que a falta de esta acción administrativa no se hubiera producido aquél (“sublata causa, tollitur effectus”)*”.

Al respecto, y en relación con el supuesto objeto de examen, hay que partir de la base de que a los poderes públicos corresponde mantener en las debidas condiciones de uso y seguridad las vías públicas y los elementos que en ellas se hallan, recayendo sobre la Administración titular de dichas vías la responsabilidad que corresponda en el supuesto de que, por omitir dicho mantenimiento, se produjeran daños a los usuarios.

Ahora bien, como reiteradamente se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia y la doctrina de los distintos órganos que configuran la Administración consultiva, el instituto de la responsabilidad no puede concebirse de tal modo que comporte una indemnización por daños derivados de cualquier evento por el mero hecho de que se produzca en una vía pública, será necesario, además, que quede acreditado que aquélla no se encontraba en las debidas condiciones de conservación, mantenimiento y seguridad, y que la Administración no ha sido ajena al evento dañoso. Circunstancias todas ellas que, de acuerdo con los artículos 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6.1 RRP, corresponde probar a los reclamantes, sin perjuicio de que la Administración deba colaborar con todos los medios a su alcance para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

**CUARTA.- Hechos probados en vía penal y su incidencia en el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial. Concurrencia de causas.**

De la descripción de los hechos contenida en el atestado de la Guardia Civil (folios 29 a 32), y de los probados que contiene la Sentencia de 27 de enero de 2009 del Juzgado de Instrucción núm. 7, aceptados por la sentencia de 6 de julio siguiente de la Audiencia Provincial, se puede afirmar sin género de dudas que la causa del accidente se debió a la pérdida de control del vehículo por el conductor, por razones que no se han podido determinar, saliéndose por el margen derecho de la calzada, de forma que fue a colisionar contra una tubería de hormigón que había depositada en la cuneta de dicho margen. Por ello, el fallo de la Audiencia Provincial concluye que la culpa determinante del siniestro, según los datos objetivos constatados en el atestado, fue exclusivamente del conductor que, por causas ignoradas, perdió el control de su vehículo y fue a colisionar con la tubería existente en la cuneta.

Sin embargo, la causa del fallecimiento del conductor fue un traumatismo torácico, según confirma la autopsia, por lo que este Consejo ya adelantó en su anterior Dictamen sobre este expediente la posible concurrencia de concausas en la producción del daño para que fueran valoradas por el órgano instructor en la nueva propuesta de resolución que se debía adoptar, tras completar la instrucción. A saber:

1) La actuación del conductor (de 75 años de edad), sea por desvanecimiento o por despiste, que sale de la vía, como observa un testigo cuyo testimonio contiene el atestado de la Guardia Civil de Tráfico, en un tramo de carretera que se encontraba en buen estado de conservación, a plena luz del día (un domingo), con una limitación específica de velocidad aconsejable a 40 km./h. En principio, la salida de un vehículo de la calzada de circulación puede implicar la colisión con cualquier obstáculo existente en los márgenes (árbol, vivienda, etc.).

2) La colisión con el tubo de hormigón ubicado en la cuneta fue la causa de su fallecimiento, a tenor del resultado de la autopsia, que señala que el conductor falleció por un traumatismo torácico, con independencia de que padeciera una patología cardiaca crónica, sin que se evidenciaran signos de infarto reciente.

Esta segunda causa, que supuso una agravación del daño, nos sitúa en el ámbito de los responsables de su colocación en la cuneta, y si ésta debía quedar expedita.

De la instrucción del expediente se desprende que la Dirección General de Carreteras no estaba ejecutando obras en el lugar los días del accidente (folio 278), ni tampoco el Ayuntamiento de Murcia (folio 70). También que no existen indicios suficientes para atribuir su colocación a x, que disponía de una autorización de la Dirección General de Carreteras, otorgada por Resolución de su titular de 19 de octubre de 2004, para realizar obras de vallado y acceso en su parcela, casi cuatro

meses antes de ocurrir el accidente, teniendo en cuenta la distancia existente entre su parcela y las obras realizadas por él con la ubicación del tubo frente al que colisionó el conductor, además de haberse reconocido por un testigo (x), según el acta del Juicio de Faltas núm. 1253/07, que los tubos se encontraban ubicados en una parcela de su propiedad. El x también queda excluido de dicha responsabilidad por los propios reclamantes en el escrito de alegaciones. De ello se infiere a *sensu contrario* que el tercero que colocó tales tubos no disponía de la pertinente autorización del centro directivo, pues en tal caso se habría informado por éste de otras obras autorizadas en el lugar del accidente.

Tampoco se ha podido determinar en el Juicio de Faltas núm. 1253/07 el responsable de la colocación de los tubos, pues el denunciado (el representante legal de --) fue absuelto por falta de prueba, con reserva de acciones civiles para los denunciados. De otra parte, se desconoce si los ahora reclamantes han ejercitado acciones civiles frente a x, quien reconoce ser titular de la parcela donde se encontraban los tubos, aunque manifiesta desconocer quien los puso, y aunque se estaban realizando obras, no recuerda el nombre de la empresa (folio 833).

Con independencia de la responsabilidad del tercero que colocó los tubos en la cuneta y que, conforme a lo señalado, no ha resultado determinado en las actuaciones penales, tal circunstancia no excluye la responsabilidad de la Administración, como destaca la STS, Sala 3ª, de 31 de enero de 1996 (Fundamento de Derecho Cuarto): *“La intervención de un tercero en la producción de los daños es ya un problema clásico en el campo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sobre el cual la jurisprudencia de este Tribunal no tiene una solución definida, sino una constante invocación a respuestas puntuales e individuales, subordinadas a circunstancias específicas y peculiares en cada caso concreto, sin duda para evitar que formulaciones excesivamente generales puedan acarrear en el futuro consecuencias indeseadas o excesivas (...) El relativismo o casuismo en la materia, en los casos de meras inactividades de la Administración, acaso sólo permite concluir que ni el puro deber abstracto de cumplir ciertos fines es suficiente para generar su responsabilidad cuando el proceso causal de los daños haya sido originado por un tercero, ni siempre la concurrencia de la actuación de éste exime de responsabilidad a la Administración cuando el deber abstracto de actuación se ha concretado e individualizado en un caso determinado”*.

En todo caso, para determinar la concurrencia del nexo causal el funcionamiento del servicio público debe operar como causa eficiente del daño y el nexo causal surgirá cuando concurren alguna de estas dos situaciones (Dictamen núm. 77/2006 de este Consejo Jurídico):

a) Una inactividad, por omisión de la Administración titular de la explotación del servicio, en el cumplimiento de los deberes de conservación de los elementos de las carreteras a fin de mantenerlas útiles y libres de obstáculos en garantía de la seguridad del tráfico, tal como prescribe el artículo 20 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia, vigente cuando se produjeron los hechos.

b) Una ineficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad alteradas mediante la eliminación de la fuente de riesgo o, en su caso, mediante la instalación y conservación en la carretera de las adecuadas señales viales circunstanciales de advertencia del peligro (artículo 57, Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial).

En el presente caso, la propuesta elevada advierte cierta culpa *in vigilando* de la Administración regional por omisión, al haber permitido la indebida situación de los tubos en la cuneta que, aún cuando fueran colocados sin disponer de su autorización, debería haber procedido a ordenar su retirada, evitando con ello un riesgo para el usuario del servicio público viario. En suma, advierte una falta de diligencia en grado mínimo, al no haber ordenado la retirada de los tubos de la cuneta.

Cabría suscitar si con la mera existencia de este obstáculo en la cuneta queda demostrado que la Administración no se ajustó al estándar de rendimiento exigible, conforme a lo expresado por este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, el núm. 158/10). A este respecto, la jurisprudencia, al analizar el estándar de rendimiento de los servicios públicos de vigilancia viaria, establece que dicho deber no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, entre lo que no se encuentra una vigilancia tan intensa que, sin mediar lapso de tiempo no instantáneo o inmediato, cuide de que el tráfico de la calzada esté libre o expedito (SSTS, Sala 3ª, de 8 de octubre de 1986 y 11 de febrero de 1987). Ahora bien, es a la Administración a la que corresponde acreditar en estos casos, por el principio de mayor facilidad probatoria, que el funcionamiento de sus servicios públicos no fue causa del daño, esencialmente porque los servicios públicos de conservación y mantenimiento de carreteras actuaron conforme con el estándar razonablemente exigible al respecto (STS, Sala 3ª, de 3 de noviembre de 2002, y Dictamen 70/05, de 22 de abril, de este Consejo Jurídico). Así, dicha Sentencia expresa que *“a la Administración le correspondía acreditar que, con los medios que disponía resultaba imposible evitar hechos como el producido y, en definitiva, proceder a la limpieza de la vía pública o a la colocación de señales que indicaran la peligrosidad del pavimento. Y no es obstáculo a ello que en el presente caso la Sala de instancia, en ausencia de aquella actividad probatoria imputable a la Administración, considere que cabe*

*presumir una actuación eficaz de la misma, cuando se desconoce el momento en que se produjo el vertido de la sustancia deslizante y si éste ocurrió en fecha inmediatamente anterior al accidente”.*

Siguiendo el mismo razonamiento, podría admitirse la exoneración de la Administración, aun sin datos sobre la regularidad de la actuación administrativa, si se acreditase que la inmediatez en la aparición del obstáculo en la calzada respecto de la producción del daño fue tal que en ningún caso la actuación administrativa de vigilancia hubiera podido evitar el siniestro, es decir, en los casos en que el daño producido fuera independientemente de la regularidad del actuar administrativo; ello se justificaría en que la finalidad de la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa no es castigar las eventuales deficiencias del actuar administrativo, sino reparar un daño que pueda ser jurídicamente imputado, en una relación de causalidad adecuada, a los servicios públicos.

En el presente caso, la Sentencia de 27 de enero de 2009 del Juzgado de Instrucción núm. 7 recoge entre sus fundamentos de derecho el testimonio de un testigo, quien declara que cuando circulaba (no especifica día, pero que fue a primeros del año 2005) por el lugar en el que ocurrió el accidente vió descargar tuberías de hormigón.

La anterior declaración situaría la colocación de las tuberías en el mes de enero, produciéndose el accidente el 13 de febrero siguiente, lo que presupone un cierto tiempo de permanencia en el lugar depositado y, por tanto, un funcionamiento anómalo del servicio público. En este punto existe un vacío probatorio por parte de la Administración, pues le resultaba más fácil demostrar el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar situaciones de riesgo (por ejemplo, con los partes de los recorridos efectuados por los servicios encargados de la vigilancia o conservación), sin que pueda servir de exoneración que la Dirección General de Carreteras no haya recibido un aviso para ordenar su retirada.

De otra parte, no cuestiona el informe técnico del centro directivo que la tubería se encontrara en terrenos de dominio público (en la cuneta), como se observa claramente en las fotografías que acompañan al atestado, y conforme a la descripción de tal dominio que se contiene el artículo 22 de la Ley 9/1990 ya citada, vigente en aquel momento, que comprende los elementos funcionales y una franja de terrenos de tres metros a cada lado de la vía, medidas en horizontal y perpendicularmente al eje de la misma, desde la arista exterior de la explanación. No obstante, este último dato resulta de algún modo controvertido, cuando en el Juicio de Faltas 1253/2007 un testigo afirma que los tubos se encontraban en su propiedad a la vista del plano mostrado; quizás tal identificación podría referirse a la parcela colindante donde se encontraba la tubería frente a la que colisionó, o a la existencia de otras tuberías en sus terrenos (además de las situadas en la cuneta),

como expresa el x en su escrito de alegaciones (folio 834). En cualquier caso, aún cuando estuviera en zona de protección de la carretera, el artículo 20 de la Ley 9/1990, ya citada -hoy 26 de la vigente Ley regional 2/2008, de 21 de abril, de Carreteras de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia-, establece que la explotación de la carretera comprende las operaciones de conservación y mantenimiento, las actuaciones encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso, incluyendo las referentes a señalización, ordenación de acceso y usos de las zonas de dominio público y de protección.

En suma, conforme a lo expuesto queda acreditada la relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público para poder atribuir a la Administración regional una parte de la responsabilidad en la producción del daño, si bien, como expresa la propuesta elevada, habrá de ser modulada en relación con la intervención del conductor y de terceros, conforme a lo señalado.

**QUINTA.- Cuantía indemnizatoria. Valoración de la responsabilidad de la Administración en el daño alegado.**

Los reclamantes (excluida x en virtud del escrito de renuncia) solicitan, en su condición de hijos del finado, la cantidad de 32.204,72 euros, correspondiendo a cada hijo 8.051,18 euros, acogiéndose al sistema de valoración de indemnizaciones por accidentes de tráfico, concretamente a las cuantías previstas en la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 24 de enero de 2006.

Ya se reparó por la Intervención General el 16 de junio de 2008 que no coincidían las indicadas cantidades, tomadas como punto de partida para determinar las indemnizaciones, con las previstas en la Resolución de 7 de febrero de 2005 de la misma Dirección General, aplicable por razón de la fecha en la que se produjo el daño, conforme a lo previsto en el artículo 141.3 LPAC, a las que se debía ajustar la propuesta elevada. Por tanto, siguiendo esta última Resolución correspondería a los hijos, mayores de 25 años, la cantidad total de 31.055,64 euros.

De otra parte, aún cuando se haya ajustado a lo indicado por la Intervención General sobre el baremo aplicable, se advierte en la propuesta ahora elevada un error en el porcentaje que debe asumir la Administración regional, puesto que si bien se anota en el folio 863 un 30% de la cantidad expresada, se aplica en realidad un 20% (así se recogía corregido a mano en la anterior propuesta), que es el porcentaje finalmente fiscalizado favorablemente por dicha Intervención General, y que da como resultado 6.211,12 euros, correspondiendo 1.552,78 euros a cada uno de los hijos.

Respecto al porcentaje, este Consejo Jurídico efectúa las siguientes consideraciones:

1ª) Los fallos judiciales previos han determinado que la culpa exclusiva del accidente fue de la víctima, que se salió de la carretera por causa desconocida, a pleno luz del día y en una carretera en buenas condiciones.

2ª) El obstáculo con el que chocó (tubo de hormigón) no se encontraba en la calzada, sino en la cuneta, sin que entorpeciera la circulación (este es un aspecto destacado por la sentencia de 6 de julio de 2009 de la Audiencia Provincial), por lo que si el conductor hubiera seguido su camino no hubiese colisionado con el mismo. Téngase en cuenta, además, que con la pérdida del control del vehículo hubiera podido colisionar con cualquier infraestructura colindante o árbol existente, como fácilmente se puede advertir en las fotografías sobre el otro lado de la carretera.

3ª) Dicho tubo no fue colocado por la Administración o una contratista de la misma, sino por un tercero, que no ha podido determinarse en la instrucción penal previa. Se desconoce también si los reclamantes han ejercitado acciones civiles frente al tercero que pudiera considerarse responsable, tras conocer la titularidad de la parcela colindante a la cuneta.

Por tanto, la responsabilidad de la Administración en el presente caso es mínima, como entendieron los reclamantes *ab initio* al plantear la correspondiente denuncia frente al que consideraban autor de la colocación de los tubos, debiéndose fijar su porcentaje de responsabilidad en el 10%.

Queda por advertir que no se pronuncia el órgano instructor sobre la partida correspondiente al valor venal del vehículo (600 euros) también reclamada, y que, si se encuentra justificada la titularidad del vehículo, debe igualmente reconocerse a sus herederos, como se sostenía en las anteriores propuestas de resolución.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial, en los términos previstos en el artículo 141.3 LPAC.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que estima en parte la reclamación de responsabilidad patrimonial, al concurrir los requisitos que determinan su

existencia. No obstante, habrá de ser modificada para motivar la renuncia ejercitada por la reclamante lesionada (Consideración Segunda, 1), así como para corregir el porcentaje de responsabilidad que asume la Administración regional (Consideración Quinta).

**SEGUNDA**- La cuantía indemnizatoria habrá de ajustarse a lo señalado en la conclusión anterior y habrá de añadirse el valor venal del vehículo también reclamado, sin perjuicio de la actualización de la cantidad resultante, conforme a lo expresado en la Consideración Quinta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 111-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por accidente de circulación sufrido en la carretera regional F 26.
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)
<b>Fecha</b>	18/05/2011

**Extracto de doctrina**

El hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no exime del imprescindible nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño, como han puesto de manifiesto la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 2582/98, de 16 de julio) y pronunciamientos judiciales, entre ellos, la Sentencia de 13 de junio de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Fundamento Jurídico Tercero).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 19 de diciembre de 2008, x dirige escrito de reclamación a la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, a la que considera responsable de los daños ocasionados a su automóvil (dos neumáticos y llanta de una rueda) el 2 de octubre de 2008, como consecuencia de un socavón existente en la carretera regional F-26 (Avda. Muñoz Zambudio de Los Alcázares, en dirección a Balsicas).

Denunciado el incidente ante la Policía Local de los Alcázares, en la creencia de la titularidad municipal de la vía, se persona una patrulla en el lugar de los hechos a la mañana siguiente, levantando parte del siguiente tenor:

*“Se observa socavón de unos 60 cms. de diámetro que resulta peligroso para el tráfico de vehículos y en especial para el de vehículos de dos ruedas, en dicha avenida, dirección a Balsicas, a unos 30 metros antes de llegar al cruce del ambulatorio. Se adjuntan fotos”.*

El reclamante aporta junto a su reclamación copia del citado parte policial, del permiso de circulación del automóvil, expedido a su nombre, y sendas facturas de adquisición de los neumáticos y llanta, así como de reparación de los desperfectos, por un importe total de 498,10 euros, cantidad a la que asciende la indemnización reclamada.

**SEGUNDO.-** Con fecha 3 de febrero de 2009, el órgano instructor solicita al interesado que subsane y mejore la solicitud, aportando copia compulsada de la documentación indicada en los folios 11 a 13 del expediente, singularmente la acreditación de la realidad y certeza del suceso mediante testigos, acta notarial testimoniada o atestado de las fuerzas de seguridad intervinientes.

**TERCERO.-** La Sección de Conservación I de la Dirección General de Carreteras emite informe el 10 de junio de 2009, en el que señala:

*“La carretera a la que se refiere el reclamante es competencia de esta Dirección General.*

*A) No se tiene conocimiento del evento lesivo hasta la presente reclamación patrimonial, por lo que no se puede confirmar la realidad y certeza del evento lesivo. Tampoco consta aviso de la Guardia Civil de Tráfico por este motivo ni en esta fecha ni en fechas próximas al supuesto accidente.*

*B) No se puede determinar la existencia de fuerza mayor o actuación inadecuada del perjudicado o de un tercero.*

*C) En fechas próximas a la del siniestro no existe constancia de otros accidentes similares en el mismo lugar por desprendimientos del terreno (sic) ni avisos de emergencia de la Guardia Civil de Tráfico por este motivo.*

*D) No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*

*E) No se puede determinar la imputabilidad de la responsabilidad a esta Administración o a otras Administraciones, contratistas o agentes.*

*F) En este tramo de carretera se ha efectuado, durante los meses de diciembre/2008 y enero/2009, un refuerzo de firme.*

*G) El tramo de carretera no tiene ninguna señalización que merezca significar en relación con el evento lesivo, salvo que dado que está dentro de la zona urbana, la limitación de velocidad es de 50 km/h.*

*H) No se pueden valorar los daños causados.*

*I) No existen aspectos técnicos para determinar la producción del daño”.*

**CUARTO.-** Por escrito de 9 de marzo de 2009, el interesado cumplimenta la documentación solicitada, sin proponer o aportar pruebas adicionales.

**QUINTO.-** El 13 de mayo se confiere trámite de audiencia al interesado, sin que haga uso del mismo.

**SEXTO.-** Por el órgano instructor se formula propuesta de resolución de fecha 17 de noviembre de 2010, en sentido desestimatorio de la reclamación, al no apreciar relación causal entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y el daño alegado.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 25 de noviembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

1. El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada, pues la legitimación activa reside, cuando de daños materiales en las cosas se trata, en quien ostenta su propiedad, dado que es éste quien sufre el perjuicio patrimonial que se imputa al funcionamiento de los servicios públicos (artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo sucesivo LPAC), habiéndose acreditado en el expediente que el reclamante es titular del vehículo accidentado, según el permiso de circulación.

En cuanto a la legitimación pasiva, queda también acreditado que la carretera F-26 donde supuestamente tuvo lugar el siniestro es de titularidad autonómica, como reconoce el informe de la Sección de Conservación I de la Dirección General de Carreteras.

2. La acción indemnizatoria se ha ejercitado por el reclamante dentro del plazo de un año desde que refiere que se produjo el accidente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que ocurrió el 2 de octubre de 2008 y la reclamación se presentó ante la Administración regional el 19 de diciembre siguiente.

3. El procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería consultante se ha ajustado a lo dispuesto en los artículos 6 y siguientes RRP (Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo), salvo en lo concerniente al plazo para resolver la reclamación, que ha rebasado en exceso los tiempos prudenciales para ello.

**TERCERA.- Requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.**

El artículo 139.1 LPAC establece, con carácter general, que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Por tanto, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 21 de abril y de 20 de mayo de 1998), los siguientes: que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o en el padecimiento del daño, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.

Veamos la aplicación de estos requisitos al presente supuesto:

1) Daño en sus bienes, real, concreto y susceptible de evaluación económica.

El interesado ha acreditado la existencia de unos daños en el vehículo de su propiedad con sendas facturas de reparación y de adquisición de los repuestos necesarios.

2) Funcionamiento de los servicios públicos y nexo causal con el daño producido.

Por el contrario, el reclamante no ha podido probar que la causa de los daños alegados se encuentre en la existencia del socavón y, por tanto, sea imputable al servicio de conservación de

carreteras, sin que exista ningún dato verificado que relacione los daños alegados con dicho bache. Y es que la mera existencia del daño y la constatación de la realidad del socavón en el lugar indicado por el reclamante no permiten considerar acreditado que el daño se produjera, precisamente, por circular sobre el firme defectuoso.

Tampoco permite dar por probada la relación de causalidad el mero reconocimiento por parte del informe del centro directivo competente de que el tramo de la carretera citada por el reclamante se bacheó meses después de la fecha en que dice que ocurrió el evento lesivo, pues no existe ningún dato en el expediente que permita situar al interesado en la fecha y en el lugar indicado, como reconoce el informe de la Sección de Conservación al afirmar que “no existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras”.

Por todo ello, no resulta acreditado que el evento lesivo ocurriera en el lugar donde el reclamante señala, ni que los daños fueran causados por el estado de la vía por donde circulaba, ya que no existe atestado policial -el parte de los agentes de la Policía Local aportado por el interesado se limita a corroborar la existencia del bache, cuya peligrosidad refieren, especialmente, a los vehículos de dos ruedas, pero no aporta indicios de que se hubiera producido el accidente del que derivan los daños-, ni se proponen testigos que pudieran corroborar sus manifestaciones, al igual que se destacó en los Dictámenes 7/2000 y 35/2009 de este Órgano Consultivo. A este respecto ha de tenerse en cuenta que corresponde al reclamante la carga de probar los hechos en los que basa su reclamación (artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

Por tanto, el hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no exime del imprescindible nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño, como han puesto de manifiesto la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 2582/98, de 16 de julio) y pronunciamientos judiciales, entre ellos, la Sentencia de 13 de junio de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Fundamento Jurídico Tercero). En el presente supuesto, si bien se acredita la existencia de un socavón, hay ausencia total de prueba de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y el daño alegado, lo que conduce a desestimar la reclamación, al igual que lo hicimos en nuestros Dictámenes núms. 99 y 128 del 2004, 23 y 105 del 2005, y 127 del 2010, entre otros.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.** -Se dictamina favorablemente la propuesta desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, al no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 112-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x. y otro, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 18/05/2011

**Extracto de doctrina**

El criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 4 de diciembre de 2006, x, en representación de x, y, z, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por el fallecimiento el 4 de diciembre de 2005 de x, esposo y padre, respectivamente, de los reclamantes en el Hospital Virgen del Castillo de Yecla, tras someterse a una intervención de prótesis de rodilla en la pierna derecha.

Atribuyen al funcionamiento del servicio público sanitario una mala *praxis* médica, por la ausencia de consentimiento informado para la intervención quirúrgica, siendo defectuoso el prestado para la anestesia, así como por el error en el diagnóstico y tratamiento de las complicaciones derivadas.

Manifiesta que están pendientes de obtener un informe pericial del que resulte la impericia, cuyo retraso está motivado por la tardanza en obtener la documentación.

Solicitan la cantidad de 300.000 euros, que se desglosa en 100.000 euros para cada uno de los interesados, sosteniendo que de no haber mediado la mala *praxis* médica el x podía haber seguido disfrutando la calidad de vida que tenía antes de la intervención, deduciéndose de su historial que no padecía enfermedades, pese a su edad (82 años).

Finalmente, se acompañan una serie de documentos relativos a la acreditación de la condición de interesados de los reclamantes, copia del historial médico que les fue facilitado, así

como refieren que han presentado otra reclamación en idénticos términos ante la Consejería competente en materia de sanidad.

**SEGUNDO.-** Por oficio de 1 de marzo de 2007 se le requiere al letrado actuante para que acredite la representación con la que dice actuar, siendo aportada copia autorizada de la escritura de poder de representación otorgada en Jumilla por el Notario x.

**TERCERO.-** Con fecha 27 de marzo de 2007 se dicta Resolución de admisión a trámite por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, a la vez que se solicita al Hospital Virgen del Castillo copia de la historia clínica e informe de los facultativos que atendieron al paciente.

Asimismo se solicitó a los reclamantes que propusieran los medios de prueba de los que pretenden valerse.

**CUARTO.-** Los interesados presentan escrito de proposición de prueba (registrado en la Delegación de Gobierno en Murcia el 26 de abril de 2007), concretada en los documentos que acompañan al escrito de reclamación.

**QUINTO.-** Desde el Hospital Virgen del Castillo se remite la historia clínica solicitada, destacando el informe del Dr. x, ayudante en quirófano del Dr. x, al que sustituye en la emisión de informe por encontrarse de baja por enfermedad:

*“• Es norma en este Servicio, desde hace más de diez años, que ningún paciente ingrese en lista de espera sin haber firmado el consentimiento correspondiente. Acto que tendrá lugar en consultas externas antes de su inclusión en lista de espera.*

*• Los impresos de consentimiento informado que usamos están refrendados por la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología (SECOT) y están avalados por prestigiosos juristas consultados por dicha sociedad a nivel estatal.*

*• La indicación principal para la colocación o rescate de una prótesis de rodilla es el dolor del paciente, por lo que si este paciente estaba incluido en lista de espera es por que su situación dolorosa lo indicaba, y dado que el dolor es una circunstancia subjetiva, siempre, en último término la indicación depende de lo que manifiesta el paciente en la consulta.*

*• A todo paciente incluido en lista de espera se le realiza un preoperatorio en régimen ambulatorio y una consulta con anestesia con antelación a plantear su ingreso antes de la*

*intervención. En la historia se puede comprobar que se habían tomado esas medidas escrupulosamente.*

- *A todo paciente que se somete a intervención se le administran una serie de medicamentos antes y después de la intervención con el fin de prevenir las principales complicaciones: trombosis venosas, embolismos e infección. Se puede comprobar que se tomaron en este sentido las pertinentes medidas”.*

También consta el informe de 2 de mayo de 2007 de los Dres. x, y, del Servicio de Medicina Interna, en el que detallan que se trata de un paciente de 82 años que fue visto el día 3 de diciembre de 2005, cuando estaba ingresado en el Servicio de Traumatología, y que “*nos consulta por deterioro del estado general con oliguria. Entre sus antecedentes destacan: insuficiencia cardiaca, fibrilación auricular, prostatismo, neoplasia de colon intervenida quirúrgicamente en el 97 e intervenido de un varicocele. En las últimas 24 horas el paciente presenta diuresis escasa con deterioro del estado general, palidez y sudoración acompañante, sin otros síntomas clínicos como angor o disnea. En la exploración el paciente está consciente, pálido y sudoroso. ACP rítmica a 80 lpm, sin soplos, murmullo vesicular conservado, sin roncus ni sibilantes ni crepitantes. No edemas en MMII ni signos de TVP. En los análisis solicitados destaca una urea de 79, Hb 10,9, leucocitos 15.200, K 6,8 (muestra bemolizada). En el ECG fibriloffluter. Con el diagnóstico de fracaso renal agudo se comienza tratamiento con sueroterapia, diuréticos y dopamina, pese a lo cual sigue en oliguria a las 12 horas del inicio del tratamiento (diuresis 125 cc.) En analítica posterior presenta una CPK muy elevada con ligero aumento de troponina, sin acompañarse de angor ni cambios, ECG sugestivo de IAM. La evolución fue desfavorable, con aumento de la urea a 116 mg/dl y deterioro clínico, falleciendo posteriormente”.*

**SEXTO.-** Por la Compañía de Seguros -- se remite dictamen médico colegiado (folios 158 a 172), que concluye:

*“1. x precisó tratamiento quirúrgico para recambio de PTR por desgaste de polietileno y plato tibial, así como metalosis. Se realizó el recambio implantando nueva PTR con cirugía sin incidentes.*

*2. El paciente fue estudiado en fase preoperatorio con estudios analíticos, de imagen, ECG y exploración por Anestesia, que dejó constancia de la patología previa del paciente, tratamiento al que estaba siendo sometido, estado funcional, clasificando el riesgo en ASA III*

3. *Durante el periodo post-operatorio inmediato presentó una insuficiencia renal aguda que se hizo irreversible, falleciendo el 4 de diciembre del 2005.*

4. *No ha existido mala praxis asistencial".*

**SÉPTIMO.-** Con fecha 18 de octubre de 2010, la Inspección Médica emite informe que concluye:

*"1. x, de 82 años de edad, se sometió a IQ para reemplazo de PTR derecha, tanto el diagnóstico como la indicación de tratamiento quirúrgico es acorde con el protocolo según las consideraciones médicas expuestas.*

*2. El reconocimiento preoperatorio del Servicio de Anestesia se realizó según protocolo dejando constancia del riesgo ponderado, que clasificó como ASA III y fue correcto.*

*3. El acto quirúrgico fue adecuado y transcurrió con normalidad no presentando ninguna incidencia anómala ni en la realización de la técnica quirúrgica ni en la técnica anestésica empleada.*

*4. En la postcirugía apareció como complicación un cuadro oligoanúrico por fracaso renal agudo, que fue diagnosticado y tratado adecuadamente, según la literatura médica publicada, que evolucionó desfavorablemente siendo exitus el 4 de diciembre de 2005. No observamos error en el diagnóstico de las complicaciones postcirugía, ni en el tratamiento médico que se aplicó.*

*5. Existe documento de consentimiento informado referente a IQ propuesta al paciente, para sustitución de PTR derecha, firmado por x con fecha 14 de junio de 2005.*

*6. No observamos mala praxis por parte de los facultativos de los Servicios de Traumatología y Medicina Interna en la asistencia sanitaria prestada a x.*

*7. Si bien es cierto que existe daño y por tanto relación de causalidad entre la intervención quirúrgica y el exitus del paciente por complicación postcirugía, no es menos cierto que toda la asistencia sanitaria que se llevó a cabo antes de la cirugía, durante la cirugía y en la postcirugía es correcta y se ajusta a la "lex artis ad hoc".*

Se acompaña el documento de consentimiento informado suscrito por el paciente para la intervención quirúrgica, obrante en consultas externas del Servicio de Traumatología (folios 197 y 198).

**OCTAVO.-** Otorgado un trámite de audiencia a los interesados, se presentan alegaciones el 18 de diciembre de 2010, en las que se ratifican íntegramente en la reclamación formulada, sosteniendo que la intervención de rodilla no era necesaria ni imprescindible, y por la mala *praxis* médica falleció el x.

**NOVENO.-** La propuesta de resolución, de 12 de enero de 2011, desestima la reclamación presentada por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

**DÉCIMO.-** Con fecha 20 de enero de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. Los reclamantes, en su condición de viuda e hijos del finado, ostentan la condición de interesados para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 RRP.

2. La legitimación pasiva deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital Virgen del Castillo de Yecla, dependiente del Servicio Murciano de Salud.

3. La reclamación, aunque presentada en la fecha límite (el 4 de diciembre de 2006), fue interpuesta dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el fallecimiento del paciente se produjo el 4 de diciembre anterior.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP. Especialmente llamativo resulta la tardanza de más de tres años en evacuar su informe la Inspección Médica, que casa mal con los principios de eficacia, agilidad y celeridad que han de inspirar la actuación administrativa, como ha reiterado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes y en la Memoria correspondiente al año 2008 (páginas 55 y 56).

Por último, debe corregirse la propuesta de resolución (antecedente octavo), pues la parte reclamante sí presentó alegaciones el 18 de diciembre de 2010, aunque se registraran posteriormente en el Servicio Murciano de Salud.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación del sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada "*lex artis ad hoc*" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

Por ello, la doctrina jurisprudencial lo utiliza como parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño, diferenciando los supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa de aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

**CUARTA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial. Inexistencia en el presente caso.**

Los reclamantes consideran que existió una mala *praxis* médica, primero por la falta de consentimiento informado para la realización de la intervención quirúrgica de reemplazo de prótesis de rodilla y por el documento genérico del consentimiento informado del Servicio de Anestesia; en segundo lugar, por el error en el diagnóstico y tratamiento de las complicaciones derivadas de la intervención quirúrgica. Afirman que con anterioridad a la intervención no padecía patología o enfermedad alguna.

Sin embargo, los reclamantes no han acreditado la falta de consentimiento informado para la intervención quirúrgica, sino muy al contrario, la Administración ha probado la existencia de dicha información suministrada al paciente. Respecto al inadecuado tratamiento que se imputa a los facultativos en el postoperatorio, los interesados no han aportado medio probatorio alguno, salvo sus aseveraciones, cuando indicaron en el escrito de reclamación que aportarían un informe pericial demostrativo de la impericia, correspondiéndoles la carga de la prueba de conformidad con lo previsto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no existiendo elementos de juicio en el procedimiento que lleven a la convicción de que los servicios sanitarios no actuaron conforme al estándar de atención médica exigible a las circunstancias del caso, obrando únicamente el parecer de la Inspección Médica, de la que conviene destacar el carácter eminentemente técnico de la misma (Dictámenes núms. 133/04 y 56/05 de este Consejo Jurídico).

Veamos, pues, las distintas imputaciones que han sido refutadas de forma motivada por la Inspección Médica:

1. Se afirma por los reclamantes que el paciente no padecía enfermedad o patología alguna, no obstante su edad, y que la intervención no era necesaria ni imprescindible.

Sin embargo, según la historia clínica, el paciente, de 82 años de edad, tenía antecedentes de insuficiencia cardiaca, fibrilación auricular, prostatismo, neoplasia de colon intervenida quirúrgicamente, varicocele y prótesis total de ambas rodillas.

Cuando acude a consultas del Servicio de Traumatología del Hospital Virgen del Castillo el 14 de junio de 2005, presenta dolor en la rodilla derecha, y tras exploración radiográfica se le diagnostica una subluxación de prótesis de rodilla derecha atornillada por desgaste severo del polietileno y metalosis severa y se le propone al paciente el recambio de la prótesis total de rodilla

derecha por otra tipo Waldemar; se le informa y se le facilita el documento de consentimiento informado que suscribe, lo que posteriormente se analizará, y se le deriva a la consulta de anestesia para valoración del riesgo quirúrgico y el tipo de anestesia. El 15 de noviembre de 2005 es evaluado en la consulta de anestesia, de cuyos resultados se destacan, de acuerdo con la Inspección Médica (folio 191): la inexistencia de incidentes anestésicos en intervenciones quirúrgicas anteriores, y la auscultación cardiaca dentro de la normalidad. Finalmente se evalúa con riesgo ponderado ASA III (mortalidad 1:347), correspondiente a un paciente con enfermedad sistémica grave pero no incapacitante (folio 183), pudiendo ser anestesiado con epidural. Entre los riesgos personalizados se incluye en el documento de consentimiento informado para anestesia “fallos del corazón” (folios 12 y 13).

Conforme al informe de la Inspección Médica, la actuación del Servicio de Anestesia fue correcta, al igual que la indicación de la intervención es acorde con el protocolo.

Frente a lo manifestado por los reclamantes de que la intervención no era necesaria ni imprescindible al disfrutar el paciente de calidad de vida, señala el Dr. x (folio 119) que dicha indicación venía motivada por el dolor del paciente, por lo que si estaba incluido en lista de espera era porque la situación lo aconsejaba, según las manifestaciones del propio paciente.

De otra parte, los mismos reclamantes reconocen que de la documentación integrante de la historia clínica parece desprenderse que no hubo incidencias durante la intervención. En efecto, según detalla la Inspección Médica (folio 191):

*“El 2 de diciembre de 2005 bajo raquianestesia y con premedicación según protocolo para IQ de reemplazo de prótesis de rodilla, se sustituye prótesis Themis por prótesis Waldemar, confirmándose diagnóstico de subluxación, se dejan dos redones de drenaje y se pauta tratamiento médico según protocolo, no describiéndose ningún incidente anómalo en el acto quirúrgico”.* Concluye que la actuación del Servicio de Traumatología es adecuada, en cuanto a la realización de la técnica quirúrgica y tratamiento médico, según lo publicado en la literatura médica.

2. Se afirma por los reclamantes que se produjo un error en el diagnóstico y tratamiento de las complicaciones derivadas de la propia intervención quirúrgica.

Afirma a este respecto la Inspección Médica (folios 191 y ss.):

*“El 3 de diciembre de 2005 se realiza cura de herida quirúrgica con buena evolución y se detecta escasa diuresis, se aplica tratamiento médico a base de suero fisiológico más seguril y se*

*solicita análisis clínico e interconsulta con Servicio de Medicina Interna, que tras el resultado de la analítica atiende al paciente estableciendo como juicio diagnóstico fibrilo-flutter y oligoanuria, se ajusta tratamiento médico según protocolo, con evolución desfavorable. Las actuaciones del Servicio de Traumatología y del Servicio de Medicina Interna son correctas, según lo publicado en la literatura médica.*

*5. El 4 de diciembre de 2005, el paciente con evolución desfavorable es atendido por el Servicio de Traumatología que retira el redon de drenaje de la herida quirúrgica y el Servicio de Medicina Interna que trata el cuadro de fracaso renal agudo postcirugía, las constantes continúan su evolución desfavorable pese al tratamiento médico establecido y es exitus a las 14 horas. La actuación de ambos servicios es adecuada”.*

Respecto a los errores denunciados por la parte reclamante tras la intervención quirúrgica, manifiesta dicha Inspección:

*“Revisada la documentación clínica no se observa ningún error durante el ingreso, todo se ajusta a la normalidad y no existe ninguna anotación de incidencia en ningún sentido en la documentación clínica. Así mismo, el acto quirúrgico transcurre según lo previsto procediéndose a la sustitución de la PTR derecha y sin ninguna incidencia en cuanto al tipo de anestesia utilizado. Por lo que se refiere al seguimiento postcirugía, se realiza por el Servicio de Traumatología en planta teniendo la herida quirúrgica buena evolución, pero se detecta por parte del servicio que el paciente tiene escasa diuresis por lo que aplica tratamiento médico, pide nueva analítica y solicita interconsulta con el Servicio de Medicina Interna, que atiende al paciente y establece el juicio diagnóstico de cuadro oligoanúrico por fracaso renal, ajusta el tratamiento ya iniciado para tratar la complicación, que no responde al tratamiento, evolucionando desfavorablemente y siendo exitus el 4 de diciembre de 2005”.*

En relación con que el día 4 de diciembre de 2005 se realizaron dos visitas y reconocimientos, una a las 0.30 horas y otra a las 8 horas, que para los reclamantes obedece a la constatación del error habido, sin embargo, la Inspección Médica manifiesta:

*“Las dos visitas son ciertas, pero son consecuencia del seguimiento propio del cuadro clínico que presentaba el paciente, en estado ya muy grave, son la constatación del seguimiento clínico del paciente y de ellas no se infiere ningún error de diagnóstico ni tratamiento”.*

Tampoco observa error de diagnóstico de las complicaciones después de la cirugía, dado que se diagnosticó al paciente de un cuadro oligoanúrico por fracaso renal, que fue correcto, según lo publicado en la literatura médica, al igual que el tratamiento médico que se le aplicó.

Concluye el informe valorativo que no observa ningún defecto en el seguimiento por parte de los Servicios de Traumatología y Medicina interna, siendo su actuación correcta.

3. Se atribuye por los reclamantes defectos en la prestación del consentimiento informado del paciente.

Pese a que los reclamantes sostengan la ausencia de consentimiento informado para la intervención quirúrgica, se ha aportado por la Inspección Médica al expediente el documento de consentimiento informado (folio 197) suscrito por el paciente, obrante en consultas externas del Servicio de Traumatología, lo que concuerda con lo afirmado por el Dr. X sobre que ningún paciente en su Servicio se incluye en lista de espera sin haber firmado su consentimiento para la intervención.

Por ello, se coincide con la propuesta elevada de que la actuación médica ha sido conforme a la *lex artis* también en la vertiente de información, conforme ha sido caracterizado este derecho por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 3 y 10 de octubre de 2000 de la Sala de lo Contencioso Administrativo), señalando lo siguiente el órgano instructor:

*“Pues bien, en el caso que tratamos el paciente sí fue informado de los riesgos de la intervención, y prueba de ello son los correspondientes documentos de consentimiento informado, tanto de la intervención programada que fue firmado el día 14-6-05, como el consentimiento informado de anestesia tras ser evaluado por el Servicio de Anestesia firmado el día 15-11-05, cuando la intervención tuvo lugar el 2-12-05, todo lo cual implica no sólo que estuvo informado, sino que también hubo tiempo suficiente para solicitar toda la información complementaria y aclaratoria que hubiese considerado necesaria así como negarse a la citada intervención.*

*Posteriormente, efectivamente, surgieron complicaciones que desencadenaron en el fallecimiento del paciente, pero ello no se debió a una mala praxis, sino a las complicaciones propias de un paciente mayor, con varias patologías previas y un riesgo ponderado ASA 1II, lo cual agrava el tratamiento quirúrgico y de hecho en el CI informado del Servicio de Traumatología consta como posibles riesgos:*

*"...Menos frecuentemente pueden presentarse complicaciones cardio pulmonares, gastrointestinales, urológicas y confusión mental postoperatoria, sobre todo en enfermos de edad avanzada".*

En suma, como afirma la Inspección Médica, los documentos de consentimiento informado llevan la firma del paciente tanto para la aplicación de la anestesia (con el riesgo personalizado de fallos del corazón), como para la intervención de la rodilla derecha.

Por último, no se justifican por los reclamantes las cuantías indemnizatorias reclamadas.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 113-2011**

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto sobre el acceso y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la Función Pública de la Región de Murcia.
<b>Consultante</b>	Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas (2008)
<b>Fecha</b>	18/05/2011

**Extracto doctrina**

Ha de recordarse nuevamente la importancia que tienen los trabajos preparatorios, con audiencia y participación de órganos e instituciones relacionados con la materia de que se trate, aportando sugerencias, información y objeciones a las normas que se proyectan, contribuyendo con ello a su mayor acierto, oportunidad y legalidad, máxime cuando los mismos están integrados dentro de la organización institucional de la Comunidad.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha indeterminada, la Dirección General de Empleo Público elabora un primer borrador de Decreto sobre el acceso y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la función Pública de la Administración Pública de la Región de Murcia.

El citado borrador se acompaña de los siguientes documentos, todos ellos de la misma fecha, el 21 de julio de 2010:

- Memoria justificativa de la futura disposición, que señala como principales aspectos de la regulación a aprobar los de elevación del cupo de reserva de plazas en las ofertas de empleo público, una atención específica a la discapacidad intelectual -que determina la fijación de un cupo y un procedimiento selectivo específicos-, y la fijación de normas asimismo singulares en materia de provisión de puestos de trabajo, formación y para la adaptación de pruebas selectivas.

La Memoria afirma que han participado en la elaboración del Proyecto “las principales organizaciones representativas de intereses de personas con discapacidad en el ámbito de la Región de Murcia”, aportándose el escrito de alegaciones de una de ellas (FAMDIF/COCEMFE).

Recoge la Memoria el proceso de participación institucional y negociación del texto. Así, consta en el expediente que el texto se sometió a la Mesa General de Negociación, en su sesión de 30 de marzo de 2010, y al Consejo Regional de la Función Pública, en sesión de 28 de junio del

mismo año, según se acredita mediante sendas certificaciones expedidas por los secretarios respectivos de ambos órganos.

Se afirma haber consultado al Instituto Murciano de Acción Social (IMAS) y al Servicio Murciano de Salud, el cual presenta alegaciones a través de informe del Servicio Jurídico de la Dirección General de Recursos Humanos del Ente, que son objeto de valoración en la propia memoria justificativa.

- Relación de disposiciones cuya vigencia resulta afectada, identificándose como tal únicamente el Decreto 153/1993, de 30 de diciembre, por el que se regula el acceso y provisión de puestos de trabajo de las personas con minusvalía a la Administración pública de la Región de Murcia.

- Memoria económica, según la cual la aprobación del futuro Decreto no conllevará, de manera directa, coste alguno. El coste futuro se afirma que depende de variables imprevisibles.

- Informe sobre el impacto por razón de género, según el cual el futuro Decreto no contiene medidas que atenten contra la igualdad entre hombres y mujeres.

- Informe del Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General de Empleo Público, que sostiene la plena adecuación a Derecho del Proyecto.

- Propuesta del Director General de Empleo Público a la Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas para la tramitación del texto como Proyecto de Decreto.

**SEGUNDO.-** Con fecha 16 de septiembre de 2010, emite informe el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, que pone de manifiesto la conveniencia de someter el texto a la consideración de las Secretarías Generales del resto de Consejerías, así como al Consejo Asesor de Empleo y Formación para la Inserción Laboral, y efectúa diversas observaciones y sugerencias de redacción en relación a preceptos concretos del Proyecto, que sólo parcialmente serán asumidas e incorporadas al texto, conforme a la valoración que de aquéllas efectúa el Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General de Empleo Público, en informe de 14 de octubre de 2010.

Como consecuencia de la incorporación de las indicadas observaciones se redacta un nuevo borrador, el segundo, que consta a los folios 143 y siguientes del expediente.

**TERCERO.-** Sometido el texto al Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, emite Dictamen el 13 de enero de 2011.

El referido Órgano Consultivo valora positivamente el Proyecto de Decreto en la medida en que permite el cumplimiento del Pacto por la Promoción del Empleo en la Región de Murcia 2011-2014 y supone un acercamiento a la normativa estatal en la materia, cuyos estándares debería intentar alcanzar.

Entre sus conclusiones destacan las siguientes:

- La propuesta de establecimiento de un cupo de reserva para personas con discapacidad en las listas de espera para la cobertura de vacantes mediante el nombramiento de personal interino y laboral temporal.

- No debe excluirse de forma general del cupo de reserva para personas con discapacidad intelectual el ámbito asistencial propio del Servicio Murciano de Salud.

- Debería contemplarse en el Proyecto a las personas con capacidad intelectual límite y prever el establecimiento de programas de inserción laboral en el sector público, así como un cupo de reserva específico.

- Debe adaptarse la terminología del texto propuesto a la normativa estatal básica, singularmente en lo relativo a la sustitución del término "minusvalía".

**CUARTO.-** El 2 de febrero de 2011, el Servicio de Ordenación Normativa elabora una memoria en la que valora las observaciones y propuestas formuladas por el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, justificando la aceptación o el rechazo de cada una de ellas. Previamente se recaba el parecer de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Murciano de Salud sobre una de las observaciones, que afecta a la competencia del referido órgano.

Como consecuencia de la incorporación de las observaciones formuladas por el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, se redacta un nuevo borrador, el tercero.

**QUINTO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 8 de marzo de 2011, en sentido favorable al texto, si bien formula diversas observaciones atinentes al procedimiento de elaboración normativa (audiencia en un momento improcedente, falta

de motivación de dicha decisión), conformación del expediente (omisión de diversa documentación acreditativa de las actuaciones realizadas y de la Propuesta de Acuerdo al Consejo de Gobierno para la aprobación del Proyecto como Decreto), y a su contenido, en su mayoría de técnica normativa y de corrección de estilo y gramatical.

**SEXTO.-** El 5 de abril, el Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General de Empleo Público elabora una memoria valorativa de las observaciones efectuadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos y une al expediente diversa documentación cuya ausencia había sido advertida por el referido órgano directivo. Asimismo, se motiva la no incorporación de otros documentos y la omisión de consulta al Consejo Asesor Regional de Personas con Discapacidad.

En cuanto a las observaciones atinentes al contenido de la disposición, se aceptan e incorporan en su mayoría, justificando la no asunción de la relativa a la *vacatio legis* del futuro Decreto.

Como consecuencia de tales modificaciones se redacta un nuevo texto que, como definitivo, es autorizado por la Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas, constituyendo el objeto de la consulta elevada a este Consejo Jurídico.

**SÉPTIMO.-** El 11 de abril informa el Proyecto la Vicesecretaría de la Consejería consultante, que considera procedente continuar el procedimiento de elaboración reglamentaria.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 15 de abril de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Dictamen se emite con carácter preceptivo al amparo de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, toda vez que constituye desarrollo reglamentario de una Ley de la Asamblea regional y de legislación básica del Estado, como más adelante se razona.

No es óbice a la preceptividad del presente Dictamen que el desarrollo lo sea, con carácter inmediato, de un Decreto Legislativo como el 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, dado el carácter derivado de este instrumento normativo, que refunde textos legales precedentes emanados de la Asamblea Regional (singularmente la Ley 3/1986, de 19 de marzo, de la Función Pública de la Región de Murcia, LFPRM), órgano depositario de la potestad legislativa originaria (art. 22 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia) y de la que nace el mandato y la habilitación que posibilitan al Gobierno la elaboración de la legislación delegada.

**SEGUNDA.- Texto sometido a consulta.**

El Proyecto de Decreto que, como texto autorizado por la rúbrica de la Consejera consultante, se somete a la consideración de este Consejo Jurídico consta de una parte expositiva innominada, quince artículos estructurados en tres Capítulos (I, Disposiciones Generales; II Acceso al Empleo Público; y III Desempeño y provisión de puestos de trabajo), una Disposición derogatoria y dos Disposiciones finales.

**TERCERA.- Competencia material y habilitación reglamentaria.**

El ordenamiento jurídico español no ha sido ajeno a la evolución del entorno internacional acerca de los derechos de los discapacitados desde los valores de igualdad, dignidad y autonomía personal. Así, el artículo 49 CE impone a los poderes públicos la realización de una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo y al acceso al empleo público en condiciones de igualdad. Deber este último de protección, por su parte, que no puede dejar de vincularse con el artículo 9.2 CE, y que muestra la íntima conexión existente entre la tutela de las discapacidades y la lucha contra las desigualdades y la exclusión social, convirtiéndose los principios de igualdad de oportunidades, de trato y de no discriminación en el fundamento del reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

Este enfoque desde la igualdad impone, a su vez, a los poderes públicos promover políticas de integración social, garantizando la igualdad de oportunidades para todos y la lucha contra la discriminación, llevando a cabo medidas activas de empleo que permitan superar las especiales dificultades que para el acceso al empleo encuentran los discapacitados.

Las normas legales que se han ido dictando sobre la materia no hacen sino confirmar este enfoque tendente a la integración laboral de las personas con discapacidad, desde la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, cuyo artículo 38.3 dispone que aquéllas serán admitidas en igualdad de condiciones con el resto de aspirantes a las pruebas selectivas convocadas por las Administraciones Públicas y dicta normas sobre la acreditación de las condiciones personales de aptitud para el desempeño de las funciones correspondientes, y la legislación específica de la función pública que, desde la reforma operada por Ley 23/1988, de 28 de julio, establece un cupo de reserva de plazas en las ofertas de empleo público para personas con un grado de minusvalía igual o superior al 33% y que, en su momento, acrediten el indicado grado de minusvalía y la compatibilidad con el desempeño de tareas y funciones correspondientes (Disposición adicional decimonovena de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, LMRFP).

Esta reserva fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional que, en Sentencia 269/1994, la sanciona como legítima medida promocional de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, pues tiende a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en situaciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas, señalando la estrecha conexión de esta medida con el mandato contenido en los artículos 9.2 CE y 49 del mismo Texto Constitucional. Afirma, pues, que la reserva no sólo no es contraria a la igualdad, sino que la hace posible y efectiva, sin restringir el derecho de los que acceden a través del turno libre, que opositan a las plazas de dicho turno, ni exceptúa de la demostración del mérito y capacidad a los favorecidos por la reserva, quienes vienen obligados a poner de manifiesto su aptitud para el desempeño de las plazas y a acreditar su idoneidad para el desempeño de las funciones que les son inherentes.

En el año 2000, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de diciembre del 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, obliga a que nuestra legislación prohíba la discriminación en el empleo por varios motivos, entre los que se incluye la discapacidad, promueva medidas positivas de igualdad de oportunidades y la adopción de ajustes razonables que remuevan las barreras u obstáculos en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo en todo tipo de ocupación, incluida la integrada en la Administración pública.

Esta normativa comunitaria unida a la desalentadora experiencia derivada de la aplicación de la reserva contenida en la LMRFP, llevaron al convencimiento de la insuficiencia de la reserva establecida para alcanzar el objetivo de que el dos por ciento de los efectivos totales de la

Administración fueran personas con una discapacidad superior al 33%, como establecía dicha norma legal. En consecuencia, se dicta la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados, que eleva la reserva a un cupo no inferior al 5% de las vacantes, para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 %, de modo que, progresivamente, se alcance el 2% de los efectivos totales de la Administración del Estado.

Coetánea de la anterior es la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que, aun no teniendo por objeto la regulación del acceso al empleo público de los discapacitados, define la igualdad de oportunidades como la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social. También determina que tienen la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido una minusvalía en grado igual o superior al 33%. Prevé la adopción por los poderes públicos de medidas de acción positiva suplementarias para aquellas personas con discapacidad que objetivamente sufren de un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades, como son las mujeres con discapacidad, las personas con discapacidad severamente afectadas, las personas con discapacidad que no pueden representarse a sí mismas o las que padecen una más acusada exclusión social por razón de su discapacidad, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural.

También en el ámbito estatal, se dicta el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad. Junto al cupo de reserva (que extiende a los procedimientos de promoción interna y a algunos de selección de personal temporal), establece otras medidas de adaptación tanto en el desarrollo de las pruebas selectivas como en el puesto de trabajo adjudicado, la posibilidad de alterar el orden de prelación en la elección de destino y medidas complementarias en materia de formación y convenios con otras entidades para favorecer el empleo de las personas con discapacidad.

El Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, reitera en su artículo 59 el mantenimiento de un cupo de reserva en las ofertas de empleo público (de todas las Administraciones Públicas, no sólo del Estado), no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no

discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad -aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 % o que sean pensionistas por incapacidad permanente-, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el 2 % de los efectivos totales en cada Administración Pública. Remite, además, a cada Administración la adopción de las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad.

El cupo mínimo establecido en el EBEP será ampliado en breve al 7%, una vez sea aprobado el Proyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, de 17 de diciembre de 2010. Tras señalar en su exposición de motivos que dicha Convención y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) y que son tratados internacionales que recogen los derechos de las personas con discapacidad así como las obligaciones de los Estados Partes de promover, proteger y asegurar esos derechos, se indica que, en virtud del artículo 4 de la Convención, los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. Entre tales medidas, el Proyecto de Ley señala el aumento al 7% en las ofertas de empleo público, del cupo de reserva de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad contenido en el EBEP y se crea, por vez primera con rango legal, una cuota específica, dentro de la genérica, para personas con discapacidad intelectual.

Ya en el ámbito regional, el Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia dispone que los derechos y deberes fundamentales de los murcianos son los establecidos en la Constitución para los españoles, debiendo la Comunidad Autónoma promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales, removiéndolos los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.1 y 2, letra b). Asimismo, atribuye competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en materia de “organización, régimen jurídico y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno” (art. 10.Uno,1), correspondiéndole, además, la creación y estructuración de su propia Administración Pública (art. 51.1), cuyo régimen jurídico y el de sus funcionarios será regulado mediante ley de la Asamblea de conformidad con la legislación básica del Estado (art. 52).

La LFPRM hace efectiva esta última previsión. Su Disposición adicional sexta (añadida por Ley 2/1989, de 12 de junio) establece un cupo de reserva no inferior al 3% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33%, de modo que, progresivamente, se alcance el 2% de los efectivos totales de la Administración regional. En su artículo 53 contiene una remisión reglamentaria expresa para la determinación del sistema mediante el cual las personas disminuidas podrán acceder a prestar servicios en la Administración. Dicha regulación habrá de:

1. Determinar las condiciones necesarias para poder desempeñar las funciones propias de los puestos de trabajo.

2. Establecer el mínimo que habrá de exigirse a las personas disminuidas en las pruebas de selección.

3. Establecer los criterios de evaluación de la posibilidad de desarrollar en condiciones suficientes las tareas a las que se aspira por parte del disminuido. Esta evaluación se hará por un equipo multiprofesional.

Ambas previsiones (cupos de reserva y remisión reglamentaria) se reproducen, con mínimas adaptaciones terminológicas, en el TRLFP, Disposición adicional primera y artículo 53, respectivamente.

El indicado mandato normativo da lugar a la aprobación del Decreto 153/1993, de 30 de diciembre, por el que se regula el acceso y provisión de puestos de trabajo de las personas con minusvalía en la Administración Pública de la Región de Murcia, y que el Proyecto sometido a consulta prevé derogar en su integridad.

Cabe concluir que la Comunidad Autónoma cuenta con competencia material para dictar el futuro Decreto, que responde, además, a una remisión reglamentaria expresa realizada por el artículo 53 TRLFP.

En tanto que desarrollo reglamentario de una norma con rango de Ley, le corresponde adoptar la forma de Decreto del Consejo de Gobierno, de conformidad con lo establecido en el artículo 32.1 EAMU, en los artículos 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004, y en el 25.2 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Región de Murcia.

**CUARTA.- Procedimiento de elaboración.**

A la luz del expediente remitido a este Consejo Jurídico, cabe considerar que se han cumplido los trámites esenciales que para el procedimiento de elaboración reglamentaria preceptúa el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, siendo especialmente loable el esfuerzo realizado por el órgano promotor de la futura disposición en la justificación de las alternativas normativas propuestas, tanto inicialmente como en la valoración de las sugerencias y alegaciones formuladas a lo largo de la elaboración del texto.

No obstante, han de efectuarse las siguientes observaciones:

- Como ya puso de manifiesto la Dirección de los Servicios Jurídicos en su informe, no se ha dado participación al Consejo Asesor Regional de Personas con Discapacidad. Según la memoria valorativa que de las observaciones formuladas por dicho órgano realiza el Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General de Empleo Público, no se considera preceptiva la intervención del indicado Consejo, toda vez que del análisis de la normativa reguladora se deduce que las funciones consultivas que tiene atribuidas *“se refieren a la planificación y gestión de los servicios sociales y demás materias competencia de la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración”*.

El Consejo Jurídico no puede compartir esta concepción restrictiva del ámbito de actuación del referido órgano consultivo, cuando el artículo 10, letra a), del Decreto 95/2004, de 24 de septiembre, por el que se crean los Consejos Asesores Regionales de Carácter Sectorial de Servicios Sociales, uno de los cuales es el de Personas con Discapacidad, atribuye a este último la función de *“conocer e informar con carácter preceptivo, no vinculante y previo a su consideración por el Consejo Regional de Servicios Sociales, los proyectos normativos con rango de Ley, Decretos u otras disposiciones de carácter general, que se dicten en materias relacionadas con las personas con discapacidad”*.

El indicado Consejo Asesor, es configurado por el artículo 2 de su norma reguladora como órgano representativo del colectivo e instrumento de participación activo en las decisiones que afecten a las personas con discapacidad y especialmente en la defensa de sus derechos y calidad de vida. Y no otra cosa que la promoción de los derechos de acceso al empleo público en condiciones de igualdad y la integración e inserción social de las personas con discapacidad se persigue con el Proyecto, conforme se expresa en la memoria justificativa y en su exposición de motivos, que busca el fundamento de la norma en el cumplimiento de los mandatos contenidos en los artículos 9.2, 23.2, 49 y 103.3 de la Constitución Española y en el 9.2 EAMU.

Ahora bien, como el informe del Consejo sectorial se califica como preceptivo y previo a su consideración por el Consejo Regional de Servicios Sociales, sólo revestirá dicha preceptividad si ésta también es predicable de la intervención del segundo de los órganos consultivos citados. Y no lo es, porque el Decreto 37/1987, de 28 de mayo, que aún hoy regula el indicado Consejo Regional, establece en su artículo 3, letra a) que le corresponde emitir preceptivamente con carácter previo y no vinculante, informe sobre proyectos normativos que desarrollen cualquiera de los aspectos contemplados en la Ley de Servicios Sociales o que se refieran específicamente a algunos de los sectores contemplados en la misma, que emanen de los órganos de la Administración Autonómica con competencia en materia de Servicios Sociales.

Comoquiera que el Proyecto objeto del presente Dictamen no emana de un órgano competente en materia de Servicios Sociales, no cabe afirmar la preceptividad de la intervención del Consejo Regional de Servicios Sociales ni, en consecuencia, del Consejo Sectorial.

Ello no obstante, considera el Consejo Jurídico que hubiera sido muy conveniente dar traslado del Proyecto al citado órgano de participación institucional del colectivo, en cuya composición se encuentran extensamente representadas las Asociaciones o Federaciones de Asociaciones de ámbito regional del sector de personas con discapacidad (ocho representantes), lo que habría ensanchado el ámbito de la audiencia concedida, que tan sólo abarcó a dos de dichas entidades y no a otras, cuya intervención también habría sido igual de conveniente por la amplitud de la representación que ostentan sobre el colectivo afectado por la futura disposición, como es el caso del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI).

b) En cualquier caso, ha de recordarse nuevamente la importancia que tienen los trabajos preparatorios, con audiencia y participación de órganos e instituciones relacionados con la materia de que se trate, aportando sugerencias, información y objeciones a las normas que se proyectan, contribuyendo con ello a su mayor acierto, oportunidad y legalidad, máxime cuando los mismos están integrados dentro de la organización institucional de la Comunidad.

A esta finalidad se orienta la incorporación al expediente de toda la documentación generada durante la elaboración de la norma, singularmente de aquella que pueda incidir en la elección de las diversas alternativas de regulación. Por ello el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, exige que la consulta se acompañe de los antecedentes de todo orden que puedan incidir en el Dictamen y del expediente administrativo completo (art. 46.2), exigencias documentales éstas que no se han cumplido en el presente supuesto, al advertirse la ausencia de elementos que han

influido en la regulación proyectada, como el denominado “Documento de trabajo para borrador de Anteproyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, remitido por el IMAS.

**QUINTA.- Observaciones de carácter general.**

1. Sobre la exclusión genérica y *a priori* de determinados ámbitos funcionales como susceptibles de generar vacantes a cubrir por personas con discapacidad intelectual.

En diversos preceptos del Proyecto (artículos 3.3, 4.3 y 6) se prevé una exclusión genérica respecto de determinados ámbitos o sectores de actividad, el docente no universitario y el asistencial en el seno del Servicio Murciano de Salud, en los que no se generarán vacantes a cubrir por el sistema específico establecido en el artículo 6 del Proyecto para personas con discapacidad intelectual.

El establecimiento de esta exclusión como principio general (así se desprende de su inclusión en el artículo 3 del Proyecto) y a continuación del establecido en el apartado 2 del indicado precepto, en cuya virtud los procedimientos de acceso, promoción y provisión a que se refiere el futuro Decreto “no establecerán exclusiones por limitaciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, sin perjuicio de las incompatibilidades con el ejercicio de las tareas o funciones correspondientes a las plazas o puestos de trabajo objeto de las convocatorias”, resulta contradictorio. Y ello porque, en los términos en los que se formula, no deja de ser una exclusión por limitaciones mentales o intelectuales, proscrita en el artículo anterior.

Considera el Consejo Jurídico que sería más adecuado sustituir la exclusión, formulada en términos negativos, por una regla en positivo, de forma que el acceso de los discapacitados intelectuales al empleo público a través del sistema específico contemplado en el Proyecto únicamente pudiera efectuarse en plazas cuya compatibilidad funcional con las limitaciones que aquéllos presentan hubiera sido contrastada.

En este sentido, debe considerarse que, de conformidad con el artículo 6.3 del Proyecto, la relación de puestos de trabajo de la Administración regional habrá de determinar qué puestos pueden ser objeto de cobertura por estas personas, para lo que habrá de efectuarse un previo estudio de compatibilidad funcional. De tales puestos habrían de extraerse las vacantes que se ofrecieran por el procedimiento específico para personas con discapacidad intelectual, dando así cumplimiento al principio consagrado en el artículo 3.2 del Proyecto.

Éste es el modelo que siguen Comunidades Autónomas como Castilla y León (Decreto 83/2008, de 23 de diciembre, art. 7.2) y Canarias (Decreto 8/2011, de 27 de enero, art. 6.2), en cuya virtud únicamente podrán ofertarse plazas vacantes cuyas funciones resulten especialmente compatibles con el tipo de discapacidad referido, precisando el primero de los Decretos: “de acuerdo con lo que a este respecto se determine expresamente en el Catálogo de puestos de trabajo”.

En cualquier caso, por razones sistemáticas, el apartado 3 del artículo 3 encontraría su mejor ubicación como primer apartado del artículo 6 del Proyecto.

## 2. Sobre el momento de acreditar la discapacidad.

De la lectura conjunta de los artículos 8 y 11 del Proyecto surge la duda acerca del momento en que los aspirantes han de acreditar la condición de discapacitado. Si del primero de los preceptos citados parece desprenderse que tal justificación ha de presentarse junto a la solicitud de participación, momento en el que el interesado ha de manifestar o elegir el turno por el que participa, del segundo se deduce que la discapacidad habrá de probarse una vez superadas las pruebas selectivas, bastando en el momento de presentar la instancia de admisión al procedimiento selectivo con la mera declaración de ostentar la condición de discapacitado. Esta segunda posibilidad es la que actualmente se aplica, pues el todavía vigente Decreto 153/1993 dispone que la acreditación de la discapacidad se realiza una vez superadas las pruebas selectivas (art. 2.3).

No debe olvidarse, sin embargo, que el artículo 38 de la LISMI, en el párrafo segundo de su apartado 3, establece que las condiciones personales de aptitud para el ejercicio de las funciones correspondientes se acreditarán, en su caso, mediante dictamen vinculante expedido por el equipo multiprofesional competente, que deberá ser emitido con anterioridad a la iniciación de las pruebas selectivas. Esta exigencia, aunque referida a un extremo diferente, determina que la acreditación de la discapacidad en el momento de solicitar la participación en las pruebas no pueda considerarse una carga de difícil cumplimiento para el aspirante, pues la preexistencia de dicha discapacidad constituye un presupuesto necesario para emitir el dictamen vinculante del equipo multiprofesional. Debe tenerse en cuenta, además, que la solicitud de adaptación de tiempos o de medios requiere una justificación documental que deberá presentarse al solicitar la admisión a las pruebas selectivas, como parece inferirse del artículo 10 del Proyecto.

Por ello, el Consejo Jurídico sugiere al órgano consultante que se valore la oportunidad de exigir una mínima acreditación de la discapacidad antes de la iniciación de las pruebas, en orden a

evitar una posterior falta de nombramiento o de contratación, sin perjuicio de que, en caso de duda sobre la capacidad funcional para el desempeño de las tareas habituales del Cuerpo, Escala o categoría profesional, puedan exigirse, con posterioridad a la iniciación de la realización de las pruebas, los informes que procedan. En el mismo sentido se expresa el Consejo de Estado en Dictamen 334/2006, sobre el Proyecto de Decreto por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad a la Administración de la Comunidad de Madrid.

**SEXTA.- Observaciones particulares al texto.**

I. A la parte expositiva.

1. Se afirma que, a partir del año 2003, las Ofertas de Empleo Público de la Administración Pública de la Región de Murcia han elevado el cupo de reserva del 3 al 5%, siguiendo la normativa estatal. Esta afirmación no es totalmente cierta, pues la Oferta correspondiente a los años 2003 y 2004, aprobada por Decreto 35/2004, de 16 de abril, reserva un cupo del 3% de las vacantes ofertadas (art. 6).

2. De conformidad con la Directriz 16 de las de Técnica Normativa, aprobadas por el Consejo de Ministros mediante Acuerdo de 22 de julio de 2005, el único dictamen al que ha de hacerse referencia en la fórmula promulgatoria, para expresar si la norma se dicta conforme al mismo o en su contra, es el de este Consejo Jurídico, por lo que debe extraerse de dicha fórmula la alusión a los informes de otros órganos consultivos, los cuales habrían de hacerse constar en párrafo aparte, en tanto que expresivos de la participación habida durante el procedimiento de elaboración normativa.

II. Al articulado.

- Artículo 5.- Del acceso de personas con discapacidad a través del sistema general.

Dispone el apartado 2 que las pruebas selectivas serán coincidentes con las del turno libre, en lo relativo a sistema de acceso, tipo de pruebas, número de ejercicios y temario. Cabría añadir, como hace el RD 2271/2004, que las pruebas tendrán el mismo grado de exigencia que las correspondientes al turno libre, sin perjuicio de las adaptaciones previstas en el artículo 10, ya que, como declara el propio artículo 1.1 del Proyecto, su objeto es promover las medidas necesarias para que el acceso de las personas con discapacidad a la Función Pública regional se realice “en igualdad de condiciones con el resto de los aspirantes”.

Ha de recordarse aquí que un recto entendimiento del juego de los turnos libre y de discapacitados y de la ventaja competitiva que se otorga a estos últimos, no debe hacer olvidar las exigencias constitucionales de mérito y capacidad que rigen el acceso a la Función Pública. En este sentido, el todavía vigente artículo 3.2 del Decreto 153/1993, dispone que los aspirantes por el turno de discapacidad se someterán a las mismas pruebas selectivas que los demás aspirantes y demostrarán su capacitación, superando la calificación mínima establecida con carácter general.

Por su claridad en la exposición del sistema merece transcribirse el Dictamen de la Comisión Superior de Personal emitido en atención de consulta de 15 de abril de 1993, según el cual *“el sistema de reserva de plazas opera de manera tal que los ejercicios son iguales para los aspirantes que participan en el proceso selectivo por este sistema que para los del turno libre y los criterios de calificación son también los mismos, pero existe una rígida separación entre ambos colectivos que no compiten entre sí. Así, los aspirantes que se presentan al turno de reserva de discapacitados deben demostrar que poseen el mínimo de conocimientos requerido para superar cada uno de los ejercicios, pero pueden superar el proceso selectivo con una puntuación inferior a la requerida para conseguir esa superación en el turno libre al no existir competencia entre ellos”*.

La misma Comisión Superior de Personal, en Dictamen en atención de consulta de 22 de octubre de 2001, afirma que *“el turno libre y el cupo de reserva funcionan de manera separada, de forma que los candidatos del cupo de reserva compiten únicamente entre sí y no con los del turno libre. La diferencia entre optar por el turno libre o el cupo de reserva estriba en que, generalmente, la concurrencia es menor en este último, de manera que el candidato puede, en principio, superar el proceso selectivo con una puntuación inferior a la que hubiera debido obtener en el turno libre para ser seleccionado. Esto no quiere decir que la opción por el cupo de reserva garantice la obtención de una plaza (ni siquiera cuando el número de candidatos es inferior al de plazas del cupo), porque es necesario, al igual que en el turno libre, que el candidato demuestre que posee el nivel mínimo exigido en la convocatoria para superar cada uno de los ejercicios”*.

El establecimiento de este nivel de exigencia en términos de identidad con las pruebas correspondiente al acceso libre, además, permitiría cumplir con uno de los mandatos de contenido que el artículo 53 TRLFP predetermina para el desarrollo reglamentario que ahora se pretende realizar, cual es la fijación del mínimo que habrá de exigirse a las personas con discapacidad en las pruebas de selección.

Del mismo modo, la previsión contenida en el apartado 3, en relación con la inclusión en la relación de aprobados en el turno libre del aspirante discapacitado que, habiendo superado las

pruebas, no obtuviera plaza por el turno de discapacidad, incide en la necesidad de que el nivel de exigencia en ambos turnos sea idéntico, en orden a evitar la discriminación de los aspirantes por el turno de acceso libre.

Esta observación tiene carácter esencial.

b) Debería especificarse en el precepto que las pruebas para discapacitados y para no discapacitados fueran el mismo día, para evitar que los primeros pudieran presentarse dos veces, o que esta posibilidad se impidiera directamente por el Proyecto.

- Artículo 6. Del acceso de personas con discapacidad intelectual a través de sistema específico.

El apartado 4, en la redacción propuesta, resulta incomprensible. Ganaría en claridad y precisión si se estableciera que la movilidad de los empleados públicos que accedan por el turno específico de discapacidad intelectual se realizará, únicamente, entre los puestos de trabajo a que se refiere el apartado anterior, y que son los que las relaciones de puestos de trabajo determinen como de adscripción exclusiva para este tipo de discapacidad.

- Artículo 7. Reserva de plazas en promoción interna.

Debería establecerse en este artículo bien una regulación similar a la contenida en los apartados 2 y 3 del artículo 5 del Proyecto, bien una remisión a ellos, pues sus normas han de regir también en la promoción interna.

- Artículo 9. De la exención de tasa por derechos de examen.

Este precepto es innecesario, toda vez que ya se contempla la exención en el Texto Refundido de la Ley de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio, por lo que se propone su supresión.

De no seguir el órgano consultante la anterior sugerencia, debería ajustarse la denominación de la tasa a la legal (T110. Tasa por actuaciones en materia de Función Pública Regional) e incluir la referencia de la Ley que originariamente establece la exención.

- Artículo 10. De las medidas de adaptación en las pruebas selectivas.

Si bien la lectura conjunta de este artículo y el 5.3 del Proyecto, permite deducir que la decisión acerca de las adaptaciones solicitadas corresponde adoptarla al órgano de selección, sería adecuado establecer de forma expresa tal atribución funcional, toda vez que el Decreto regulador de los tribunales calificadoros de pruebas selectivas para el acceso a la función pública regional (Decreto 6/2006, de 10 de febrero) guarda silencio al respecto.

Como observación meramente terminológica, la atribución debería hacerse al “tribunal u órgano técnico de selección”, de conformidad con la denominación que a tales órganos otorga el artículo 32 TRLFP

- Artículo 11. Acreditación de persona con discapacidad, de la compatibilidad funcional y de la adaptación de los puestos de trabajo.

La necesidad de adaptación del puesto de trabajo adjudicado tras la superación del proceso selectivo y la naturaleza y extensión de ésta también debería supeditarse a un pronunciamiento técnico, al modo del previsto en el artículo 15 del Proyecto para la adaptación del puesto obtenido en un procedimiento de provisión.

En ambos artículos (11 y 15 del Proyecto) se prevé que se procederá a la adaptación “siempre que constituya un ajuste razonable”. La regulación debería completarse con la determinación de qué ocurre cuando el ajuste no es razonable por conllevar una carga desproporcionada para la Administración o cuando el puesto de trabajo sea de imposible adaptación a la discapacidad del interesado.

- Artículo 12. Adjudicación de puestos de trabajo.

Se establece aquí una medida de acción positiva que carece del necesario amparo legal. En efecto, se dispone que los aspirantes aprobados por el turno de discapacidad tendrán preferencia sobre el resto en la elección de destino, respecto de las plazas ofertadas que sean compatibles con sus limitaciones funcionales. Sin negar la bondad de la medida desde el punto de vista de la eficacia de la adjudicación de plazas, de modo que se garantice a los aspirantes por el turno de discapacidad el acceso a un puesto de trabajo compatible con sus condiciones de aptitud, no ha de olvidarse que ello opera en contra del resto de aspirantes, los que acceden por el turno libre, que pueden ver defraudadas sus expectativas de obtener destino en un determinado puesto de trabajo al priorizarse en la elección a los discapacitados, toda vez que el artículo 33.4 TRLFP establece que la elección de los puestos de trabajo correspondientes a las plazas convocadas se realizará

por los seleccionados según el orden de puntuación definitivamente obtenido, sin distinguir entre los turnos de acceso.

Considera el Consejo Jurídico que la medida sólo estaría justificada si se limitan sus efectos a los estrictamente imprescindibles para posibilitar el acceso a un puesto de trabajo de la persona con discapacidad, conciliando los derechos y expectativas de los aspirantes de ambos turnos. En el mismo sentido se expresa el Decreto 8/2011, de 27 de enero, por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad al empleo público, a la provisión de puestos de trabajo y a la formación en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Esta consideración tiene carácter esencial.

A tal efecto, se sugiere un sistema de adjudicación similar al siguiente: con carácter previo a la elección de los puestos de trabajo por parte de los aspirantes debería determinarse, previo informe de los órganos competentes, la eventual incompatibilidad entre las condiciones personales de los aspirantes discapacitados que hubieran superado las pruebas selectivas y los puestos de trabajo ofertados, indicándose además las posibilidades de adaptación de los puestos (art. 11 del Proyecto). Establecida dicha determinación, los puestos se elegirían y adjudicarían por el orden de puntuación obtenido en la lista de seleccionados a que se refiere el artículo 5.3, tercer párrafo del Proyecto, que ya integra a los aspirantes de los dos turnos (libre y discapacitados). La elección de destino estaría sometida a dos condicionantes: a) los aspirantes con discapacidad no pueden elegir un puesto de trabajo que resulte incompatible con su capacidad (el art. 26.1, d TRLFP establece como requisito para ser admitido a las pruebas selectivas no padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones); y b) cuando restaran por ser adjudicados los últimos puestos ofertados compatibles con los aspirantes discapacitados que aún no hubieran elegido destino, tales puestos no podrán ser elegidos por los aspirantes seleccionados por el turno libre.

- Artículo 13. De la formación.

El apartado 3 impone a la Administración realizar cursos de formación destinados únicamente a “personas con discapacidad intelectual”. Dado el ámbito material del Proyecto, cabría sustituir el término “personas” por “empleados públicos”.

- Artículo 14. Comisión de seguimiento.

a) Sistemáticamente, la regulación de este órgano debería extraerse del Capítulo dedicado a la selección, pues también extiende sus funciones a la provisión de puestos.

b) Desde un punto de vista sustantivo la norma es meramente programática, pues no crea el órgano, sino que prevé su creación futura, sin establecer plazo para hacerlo ni fijar unas mínimas líneas regulatorias, lo que según informe del Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General de Empleo Público de 2 de febrero de 2011, responde a la intención de remitir su creación a una norma posterior, *“con el fin de permitir que su composición y funciones puedan adaptarse a las necesidades y circunstancias cambiantes”*.

Considera el Consejo Jurídico que, a la luz de dichas justificaciones, procede suprimir el precepto, pues la previsión del órgano en el Proyecto podría generar confusión en cuanto a su futura composición y funciones, en la medida en que sólo es precisa la forma de Decreto para la creación de órganos interdepartamentales presididos por un Consejero, que asuman competencias decisorias, de propuesta o emisión de informes preceptivos, o de seguimiento o control de las actuaciones de otros órganos (artículo 24.1 y 2 de la Ley 7/2004).

### III. A la parte final.

- Una medida de lege ferenda.

Dado que la posibilidad de ofrecer plazas a personas con discapacidad intelectual por el sistema específico contemplado en el artículo 6 exige la previa determinación en las relaciones de puestos de trabajo de cuales de ellos son compatibles con las limitadas capacidades de los aspirantes destinatarios, debería establecerse un plazo máximo para que las relaciones de puestos de trabajo incorporaran dicho extremo.

- Disposición final primera. Habilitación.

La disposición insiste en atribuir al Consejero potestades que ya ostenta por mandato de la Ley, toda vez que de conformidad con el artículo 16.2 de la Ley 7/2004, cuenta con un poder de dirección y gestión del Departamento del que es titular, cuyo ejercicio ampara todas las actuaciones de ejecución y aplicación del futuro Decreto que la disposición pretende atribuirle, por lo que resulta innecesaria y podría suprimirse.

- Disposición final segunda. Entrada en vigor.

No se advierten en el expediente razones de urgencia que justifiquen la inmediata entrada en vigor del futuro reglamento, con olvido de la *vacatio legis* general de veinte días, establecida por el artículo 2.1 del Código Civil y 52.5 de la Ley 6/2004.

A tal efecto no se considera que las justificaciones invocadas por el Servicio de Ordenación Normativa para la inmediata entrada en vigor de la futura norma sean suficientes, toda vez que no se ha acreditado y ni siquiera alegado, que se vaya a aprobar en breve la Oferta de Empleo Público o a convocar de forma inmediata procesos selectivos o de provisión a los que deba ser de aplicación la nueva regulación.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** La Comunidad Autónoma goza de competencia material y el Consejo de Gobierno de competencia orgánica para aprobar la norma reglamentaria proyectada.

**SEGUNDA.-** Sin perjuicio de las observaciones formuladas en la Consideración Cuarta de este Dictamen, cabe considerar que se han cumplido los trámites que para el procedimiento de elaboración reglamentaria preceptúa el artículo 53 de la Ley 6/2004, sin que se observen carencias esenciales.

**TERCERA.-** Tienen carácter esencial las observaciones formuladas a los artículos 5, en relación al nivel de exigencia de las pruebas, y 12, en lo tocante a la necesidad de limitar la alteración en el orden de prelación de los aspirantes seleccionados en la adjudicación de puestos de trabajo a la mínima necesaria para que los aspirantes con discapacidad puedan acceder a un puesto de trabajo compatible o adaptable.

**CUARTA.-** El resto de observaciones formuladas, de asumirse, contribuirían a la mejora técnica del Proyecto y a su mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 114-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 23/05/2011

**Extracto de doctrina**

Las imputaciones de la reclamante sobre la existencia de la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario no vienen avaladas por criterio médico alguno, cuando la determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 16 de diciembre de 2005, x, en representación de x, según se acredita con la autorización escrita que se acompaña, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por los daños sufridos por su mandante, como consecuencia de una mala *praxis* profesional de los facultativos que la asistieron. Describe los hechos del siguiente modo:

La paciente se quedó embarazada de su tercera hija el 5 de junio de 2004, estando previsto el parto para el 6 de marzo de 2005, según informó el ginecólogo.

La gestación transcurrió sin incidencias, ni anomalías o complicaciones como náuseas, vértigo o necesidad de reposo. La evolución y el crecimiento del feto también se produjo dentro de los parámetros normales del desarrollo embrionario (se acompaña copia de los partes de seguimiento de embarazo desde la primera consulta de 21 de julio de 2004, hasta la última de 10 de marzo de 2005).

El 18 de febrero de 2005 (hay un error en el mes), la paciente se realizó la ecografía correspondiente al tercer trimestre de gestación en el Hospital Santa María del Rosell de Cartagena, siendo ésta la última que se le practicó durante el embarazo. Se le indicó que su resultado era correcto y sin incidencias anormales que hicieran presagiar lo que posteriormente

ocurriría. Tras la práctica de dicha prueba, se le informó de que el alumbramiento podría tener lugar el 26 de febrero (se acompaña copia del resultado de la ecografía).

El 22 de febrero siguiente comenzó a manchar un flujo transparente y sin olor, a consecuencia de un golpe de tos seca. Alarmada por dicha circunstancia, al no haberle ocurrido en anteriores embarazos, la paciente se dirigió al Hospital Virgen de la Arrixaca, donde ingresó en el Servicio de Urgencias. Allí se descartó cualquier patología obstétrica, se le indicó que su estado era absolutamente normal y que la fecha prevista para el parto era el 6 de marzo. Según refiere, en ningún momento se le practicó una ecografía, ni otra prueba médica (análisis clínico, exploración física, etc.), solamente una monitorización y un test de rotura prematura de membranas (se acompaña el informe de alta relativo a dicho día).

El 24 de febrero se citó a la paciente en el Hospital General Básico de la Defensa (Hospital Naval) de Cartagena para practicarle otra monitorización. El facultativo que la atendió le indicó que en las horas siguientes no comiese nada, ya que, a la vista de los resultados de la prueba realizada, era probable que en las siguientes veinticuatro horas se pusiera de parto (fecha coincidente con la ecografía realizada el 18 de enero). Cuando finalizaron dicha prueba, le indicaron que se marchase a casa, lo que no se considera razonable, ya que dada la inminencia del parto lo procedente hubiera sido recomendar su ingreso hospitalario. Por la tarde de ese mismo día, comenzó a tener fiebre alta por lo que al día siguiente acudió a su médico de cabecera, que lo atribuyó probablemente al contagio de gripe, tras preguntarle si había algún otro miembro de la familia en la misma situación. Le prescribió antibióticos (clamoxil), sin que se le practicara ninguna prueba para averiguar su origen.

Señala que el 27 de febrero el flujo que expulsaba comenzaba a tener color marrón y un olor fuerte y desagradable, continuando con molestias cada vez más intensas en el vientre, que le asustaban, pues eran distintas a las padecidas en anteriores embarazos. Por ello, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital General Básico de la Defensa y le indicó al médico que tenía molestias difusas varios días en la zona del vientre, fiebre y que ya debería haber dado a luz, según el facultativo que la había reconocido el 24 de febrero. En esta ocasión tampoco se le practicó ninguna ecografía, sólo una monitorización de la que se desprendía la existencia de alteraciones bruscas en las pulsaciones del feto, con síntomas de taquicardia. De nuevo se remitió a la parturienta a su domicilio, aconsejándole que estuviera tranquila y que esperara a la fecha prevista de parto el 6 de marzo (se adjunta parte de asistencia de aquel día en el citado Hospital).

El 3 de marzo de 2005, la paciente tenía cita con la matrona de su Centro de Salud, a la que le consultó los síntomas que seguía teniendo (dolores y flujo, llevando muestras del mismo), pero le

indicó que todo era normal, y que no tenía relación con el hecho de que no le hubiera ocurrido en anteriores embarazos. Al comprobar que no tenía dilatación, la enviaron a su casa con absoluta apariencia de normalidad, pese a que ella seguía con incesantes dolores, según explica.

El 7 de marzo de nuevo volvió al Centro de Salud al continuar con dolores y tener una crisis hemorroidal. En dicha ocasión se le prescribió una pomada de uso tópico, y no se le mandó ninguna prueba relativa a su avanzadísimo estado de gestación, ni fue reconocida por ningún especialista de ginecología o matrona, pese a estar ya cumplida (se acompaña el parte de la asistencia de ese día).

El 10 de marzo de 2005, la paciente acude nuevamente a su matrona con la que tenía cita ese día y, a la vista de su estado, la envía al Hospital General Básico de la Defensa, indicándole que la fecha máxima para el alumbramiento era el 13 de marzo. Una vez en el Hospital se le practicó una monitorización, y se le puso una inyección para reducir la inflamación de la crisis hemorroidal que padecía y, de nuevo, se le dió el alta médica, como en ocasiones anteriores, sin practicarle más pruebas, indicándole que si no iniciaba el parto antes debía ingresar en dicho Hospital el 15 de marzo para inducirlo (se acompaña el parte de asistencia de ese día).

Finalmente, relata que, después de todo el peregrinaje de consultas médicas y asistencias en los servicios de urgencias, el 12 de marzo de 2005 tuvo lugar el parto y la niña nació muerta, tras la práctica de una monitorización, en la que no se encontró la frecuencia cardíaca del feto y se inició el parto de manera estimulada.

En el informe de la autopsia realizada a la niña se concluye lo siguiente: "*Placenta de 650 grs. Con corioamnionitis aguda y arteritis umbilical. Feto hembra de 4.100 grs. Sin malformaciones con neumonía aguda intrauterina y congestión visceral generalizada*". A continuación, la parte reclamante explica el significado médico de la corioamnionitis que evidencia, en su opinión, que se actuó con negligencia y falta de rigor por parte de los facultativos de la sanidad pública que le asistieron los últimos días de su embarazo, pues la reclamante mostraba de manera clara y evidente todos los síntomas propios de tal patología provocada por una rotura prematura de membranas. Por tanto, considera que no fue asistida con la debida diligencia médica por los facultativos que la reconocieron, que le informaron de que todo iba normal, sin que le prescribieran las pruebas necesarias que hubieran evitado cualquier peligro para la madre o el feto. Precisa que tan pronto se diagnostica la infección, su tratamiento aconsejaba interrumpir el embarazo y dar a luz, siendo a menudo necesario inducir al parto para prevenir complicaciones. Además, se ha de realizar una terapia administrando antibióticos para tratar dicha patología, que normalmente no es interrumpida tras el parto.

Según la reclamante, en ninguna de las ocho ocasiones en las que acudió a los servicios médicos sanitarios le fue practicada ninguna prueba de las exigidas por el protocolo médico para el diagnóstico de la patología que padecía, siendo dada de alta en todas ellas, manifestándole que debía de esperar a la fecha prevista de parto, sin valorar que podían ser otras causas las que le llevaron a los servicios de urgencias constantemente, aquejada de los síntomas descritos.

Tras razonar que el desarrollo de la ciencia médica impone a sus profesionales mayores exigencias, conforme al código deontológico, se realiza una reflexión sobre la diferencia de tratamiento a una usuaria anónima respecto “a una ilustre señora de la vida social o política” en sus mismas circunstancias; a la vista de los hechos descritos, imputa a los servicios públicos sanitarios una inadecuada asistencia médica y mal pronóstico de la patología padecida, que provocó el fallecimiento de su hija, cuantificando el daño en 300.000 euros, sin perjuicio de una ulterior valoración por el agravamiento de la situación personal de la paciente, o posteriores gastos médicos.

Por último, propone como medios de prueba los siguientes: los documentos que se acompañan al escrito de reclamación y los historiales médicos completos de los Hospitales General Básico de la Defensa y Santa María del Rosell. Finalmente, a resultas de la prueba documental practicada, anuncia que podría proponer la prueba pericial o documental que considere procedente.

**SEGUNDO.-** Por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud se dictó resolución de admisión a trámite el 9 de enero de 2006, que fue notificada a las partes interesadas.

Al mismo tiempo se solicitó copia de la historia clínica de la paciente a los Hospitales Santa María del Rosell y General de la Defensa, así como informes de los facultativos que la atendieron. La misma documentación se solicitó al Hospital Virgen de la Arrixaca y a la Gerencia de Atención Primaria de Cartagena.

**TERCERO.-** Por el Director Gerente del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca se remitió copia de la asistencia que se prestó a la paciente el 22 de febrero de 2005 (folios 42 a 49), así como el informe de la Dra. x del Servicio de Ginecología, quien la atendió aquel día.

En el precitado informe (folio 49), la ginecóloga explica que no se le practicó una ecografía, ni una analítica, según denuncia la reclamante, porque no es necesario para el diagnóstico de bolsa rota con el que acudió al Hospital (folio 45), sino que se le realizó un test PROM (de rotura prematura de membrana) mucho más específico y sensible para descartar una rotura o fisura de la

bolsa, que resultó negativo, así como se le realizó una monitorización fetal para comprobar que el estado del feto era satisfactorio, por lo que fue dada de alta y enviada a su tocólogo para la próxima revisión. Frente a la imputación de la parte reclamante de que no se le hizo una exploración física, la facultativa manifiesta que tal afirmación es contradicha por el informe de alta del Servicio de Urgencias, según el cual: "*E.F. Cervix CON. No se ve fluir L.A. Vagina Ø con restos de tapón mucoso*", lo que significa que en dicha exploración se encontró un cervix en condiciones obstétricas nulas, sin verse fluir líquido amniótico (L.A.) con vagina normal.

**CUARTO.-** Desde el Hospital Santa María del Rosell se remitió copia de la historia clínica de la paciente, así como un informe del jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología sobre la asistencia de los días 27 de febrero y 10 de marzo de 2005 en el Servicio de Urgencias (folios 52 a 72).

En el informe que emite el citado Servicio (folio 72), se precisa que en ninguna de las dos ocasiones en las que la paciente consultó refirió sensación de mojarse, presentó fiebre, ni se objetivó flujo vaginal maloliente, salida de líquido amniótico o alteración del ritmo cardiaco fetal, y que si alguna de esas consultas hubiera sido por sospecha de rotura de bolsa (en la primera fue por dolor de vientre y en la segunda por crisis hemorroidal), o se hubieran presentado las alteraciones referidas (en ambas ocasiones la exploración vaginal fue normal y la monitorización fetal satisfecha) habría sido ingresada, según el protocolo del Servicio. Por último, concluye que la recomendación de que ingresara en la semana 41, en el caso de una gestación controlada y de curso normal, es ajustada al Protocolo de la Sociedad Española de Obstetricia y Ginecología (SEGO), no siendo la fecha indicada a la paciente como "fecha máxima de parto", sino la aconsejada para ingreso hospitalario de control del feto, hasta que finalizase la gestación en la semana 42.

Con posterioridad, el Director Gerente del Hospital Santa María del Rosell aporta las asistencias a la paciente del Hospital General Básico de la Defensa de los días 27 de febrero y 10 de marzo de 2005 (folios 77 a 79 del expediente).

**QUINTO.-** Desde la Gerencia de Atención Primaria de Cartagena se remitió copia de la historia clínica de la paciente en el Centro de Salud de Fuente Álamo, donde se realizó el seguimiento de su embarazo (folios 80 a 98), así como el informe del coordinador médico (folio 81).

En el citado informe, tras describirse las actuaciones que se le practicaron con ocasión de las distintas consultas que realizó durante su embarazo por las diferentes patologías que le fueron apareciendo (catarros, infección respiratoria de vías altas y crisis hemorroidal), se puntualiza que

se le realizaron todas las pruebas que procedían en Atención Primaria, y que en el momento en el que se sospechó de una posible patología urgente fue enviada ese mismo día al Hospital General Básico de la Defensa para una valoración por el ginecólogo de guardia. En cuanto a la asistencia de febrero de 2005, se indica que, según se reflejaba en su historia clínica, fue atendida por fiebre de 39°C y odinofagia, pero su dolencia no fue un síndrome gripal, sino una infección de garganta y un cuadro catarral.

Por último, se señala que la paciente acude a la matrona el 10 de marzo de 2005 por una crisis hemorroidal, siendo avisado dicho coordinador para que la examinara, tras lo cual la derivan al Hospital para que le pauten tratamiento ante la sospecha de que tuviese una trombosis añadida. Excepto por eso, no presentaba ninguna gravedad añadida y su estado general era bueno.

**SEXTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica, fue evacuado el 29 de julio de 2010, tras valorar la historia clínica y la reclamación formulada, con las siguientes conclusiones (folios 103 a 127):

*“(...) D. Ninguno de los criterios establecidos por la bibliografía especializada, más concretamente Gibbs y Cols, presentaba x en el último mes de embarazo, al menos que fueran motivo de consulta, tampoco fueron objetivados por los tocólogos, ni en las exploraciones, ni en las pruebas complementarias.*

*E. En todas las visitas realizadas a los distintos centros sanitarios, se le practicaron las exploraciones y pruebas que a la vista de la evolución que llevaba el embarazo están establecidas en los protocolos de actuación obstétrica (concretamente los recomendados por la SEGO).*

*F. No se ha podido determinar ni en que momento se inició la infección, corioamnionitis, ni cual fue la causa o factores predisponentes, que dio lugar a la misma. Por tanto su prevención (en el sentido de la prevención de los factores de riesgo) era difícil, puesto que no presentaba ninguno.*

*G. La última visita (previa al parto) que realizó x tenía todos los parámetros del embarazo normales, emplazándole a ingresar el día 15 de marzo de 2005, si no iniciaba parto antes, para estimulación del parto. Dos días más tarde acude al Hospital y ya observan que la niña tenía frecuencia cardiaca negativa.*

*H. La actuación sanitaria en el embarazo de x ha sido adecuada a su estado en todo momento y en todos los centros sanitarios donde ha sido atendida”.*

**SÉPTIMO.-** Por la Compañía Aseguradora del Servicio Murciano de Salud se aportó dictamen pericial colegiado (folios 133 y ss.) sobre el contenido de la reclamación, en el que, tras relatar el objeto de la misma y formular las oportunas consideraciones médicas, se concluye que la asistencia dispensada a la paciente se realizó de forma correcta y que la actuación de los profesionales intervinientes fue conforme a la “*lex artis*”. En sus conclusiones se destacan:

*“1. x acudió al H. Santa María del Rosell por contracciones y manchado, diagnosticándose en ese momento la muerte fetal. Nació una niña de 4.100 grs. La autopsia realizada informó de corioamnionitis aguda, arteritis umbilical, feto sin malformaciones con neumonía aguda intrauterina y congestión visceral generalizada.*

*2. En las semanas previas al parto, x había acudido a los Servicios de Urgencias del H.U. Virgen de la Arrixaca, H. General Básico de la Defensa y Atención Primaria por diferentes síntomas, sin que se detectara patología.*

*3. La paciente no refirió en ninguna de dichas consultas que manchara flujo oscuro y maloliente, como se comprueba en los informes médicos.*

*4. No existieron síntomas sugestivos de corioamnionitis. No se detectó fiebre ni taquicardia materna ni taquicardia fetal.*

*5. La paciente fue explorada en todas las ocasiones por diferentes personas, sin que se evidenciara salida de líquido amniótico ni flujo vaginal anómalo.*

*6. No se produjo una rotura prematura de membranas, porque la bolsa estaba íntegra en el momento del parto y durante éste se rompió artificialmente.*

*7. Se actuó correctamente en todas las ocasiones en que la paciente acudió a urgencias tanto en relación a la patología referida, como a la comprobación del estado fetal, mediante monitorización cardiotocográfica”.*

**OCTAVO.-** Otorgado un trámite de audiencia a la parte reclamante, no consta que haya formulado alegaciones, pese a que la letrada actuante compareció para retirar una copia del informe de la Inspección Médica (folio 131).

**NOVENO.-** La propuesta de resolución, de 16 de diciembre de 2010, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al considerar que, de acuerdo con los informes

periciales y facultativos emitidos en el procedimiento, la actuación de los profesionales que asistieron a la paciente fue adecuada, pues se valoraron los síntomas por los que consultó, siendo revisada por diferentes especialistas y matronas; la infección contraída cursó de forma subclínica, a pesar de que la bolsa estuviera íntegra, rompiéndose artificialmente en el momento del parto.

**DÉCIMO.-** Con fecha 28 de diciembre de 2010 se recabó el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo para el ejercicio de la acción y procedimiento.**

1. Ha quedado acreditado en el expediente la condición de interesada de la reclamante, en cuanto usuaria que se siente perjudicada por la actuación del servicio público sanitario, para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

La legitimación pasiva del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable de la actividad sanitaria que se prestó a la paciente.

2. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo previsto para su resolución por el artículo 13.3 RRP, que se ha rebasado ampliamente en el presente caso (más de 5 años desde su iniciación), habiendo tardado la Inspección Médica casi 4 años en emitir su informe.

Esta tardanza va en detrimento de los criterios de eficiencia, celeridad e impulso de oficio que deben inspirar la actuación administrativa, que son claramente incompatibles con los retrasos que se advierten en la presente tramitación.

3. En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, se ha ajustado a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, pues el *dies a quo* puede concretarse en el 12 de marzo de 2005 (fecha en la que la gestante dio a luz una niña muerta), y la acción de reclamación se presentó el 16 de diciembre siguiente, dentro del año previsto.

### **TERCERA.- Requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.**

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano puede esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de poner todos los medios posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de medios. La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o

módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (por todas, STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002 ).

Por ello, la doctrina jurisprudencial lo utiliza como parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño, diferenciando los supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa de aquellos otros en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

**CUARTA.- Contraste de los hechos descritos en la reclamación con los datos de la historia clínica.**

En el Antecedente Primero se relatan por la reclamante las distintas asistencias realizadas por los centros sanitarios de las que deriva, seguidamente, las imputaciones al Servicio Murciano de Salud, resultando necesario contrastar *prima facie* si las mismas acontecieron o no como se describen en el escrito de reclamación a la luz del historial médico.

Aunque el análisis se va a centrar en las últimas semanas del embarazo, en congruencia con sus imputaciones, conviene destacar de sus antecedentes personales que este embarazo era el tercero, y que había llevado los dos partos anteriores a término. Respecto al seguimiento en los meses anteriores, tal y como se recoge en la tarjeta de embarazada del Centro de Salud de Fuente Álamo y reconoce la propia reclamante, la gestación transcurrió con entera normalidad, no teniendo ninguna anomalía, patología o complicación propia de su estado.

Veamos, pues, las distintas fechas de asistencias en el año 2005 descritas por la parte reclamante, para determinar las causas que las motivaron:

1. El 18 de enero en el Hospital General Básico de la Defensa.

Según detalla la Inspección Médica, el 20 de diciembre de 2004 se valoró a la paciente en la consulta de ginecología del Centro de Salud de Fuente Álamo, donde se le practicó un monitor que resultó normal, se comprobó que el líquido amniótico también era normal y demás parámetros maternos y fetales para la edad teórica de embarazo (folio 89 del historial de Atención Primaria). Se la derivó al precitado Hospital, que constituía su centro maternal de referencia, para que se le realizara la ecografía correspondiente al tercer trimestre. En el parte de asistencia del Centro de Salud para la realización de la ecografía, que se aporta como documento núm. 2 por la reclamante (folio 21), se escribe como fecha probable del parto el 13 de marzo de 2005. El informe obstétrico del resultado de la ecografía correspondiente al 18 de enero (y no al 18 de febrero como expresa erróneamente la reclamante), mostraba todos los *items* de embarazo normal, presentación cefálica, auscultación y placenta normal, indicando que la edad ecográfica del embarazo era de 34 semanas y la obstétrica de 32.

El 20 de enero fue nuevamente revisada por el Centro de Salud, cuando estaba de 32+5 semanas de embarazo, donde se le informó la semana de gestación, el peso, la tensión arterial, los movimientos fetales y la auscultación fetal positiva. Al mes siguiente, el 21 de febrero se valoró a la paciente en el mismo Centro (semana 37+1), y se determinó el peso, la tensión arterial y la frecuencia cardiaca fetal, estando todo dentro de la normalidad (el cuello formado y cerrado).

Por ello, la Inspección Médica señala que no hay nada que resaltar hasta este momento del embarazo, ya que no hay signos ni síntomas que hicieran sospechar.

2. El 22 de febrero en el Hospital Virgen de la Arrixaca.

Según expone la reclamante, ese día comenzó a manchar un flujo transparente y sin olor a consecuencia de un golpe de tos, lo que le hizo acudir al Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca. A esta asistencia le achaca que no se le hiciera una ecografía, ni exploración física.

Sin embargo, según se anota en el parte de asistencia (folio 45), la consulta de la paciente es por sospecha de rotura de membrana, y se le practicó un test más específico y más sensible que la ecografía, conocido por PROM, que resultó negativo. Tampoco es cierto que no se le hiciera una exploración física, puesto que en la misma hoja de asistencia se recoge el resultado de la

misma: *“E.F. Cervix CON. No se ve fluir L.A. Vagina Ø con restos de tapón mucoso”*, lo que significa, según refiere la ginecóloga que la atendió, que en dicha exploración se encontró un cervix en condiciones obstétricas nulas, sin verse fluir líquido amniótico (L.A.) con vagina normal. En dicha asistencia se le indica como fecha probable del parto el 6 de marzo de 2005 y se descarta patología obstétrica de urgencias, indicándole a la paciente que vaya a la revisión de su tocólogo.

3. El 24 de febrero en el Hospital General Básico de la Defensa.

La paciente fue citada en el Hospital para practicarle una monitorización, de la que destaca la Inspección Médica *“movimientos fetales positivos, presentación cefálica y monitor reactivo”*.

Afirma la reclamante que el facultativo que la atendió le recomendó que no comiese nada, ya que era probable que a las 24 horas se pusiera de parto, considerando que no era razonable que le dieran de alta si el parto iba a ser inminente. Sin embargo, el historial de Atención Primaria (folio 91) desmiente en parte tal aseveración, en tanto en la consulta del día 25 se escribe: *“leve dinámica en monitores, recomiendan no comer mucho; expulsión del tapón mucoso”*.

La recomendación de no comer mucho, según expresan los peritos de la aseguradora, tiene que ver con la posibilidad de que se pusiera de parto en los próximos días, lo que es muy diferente a decir, como se hace en la reclamación, *“que el parto era inminente y debió quedar ingresada”* (folio 146).

4. El 25 de febrero en el Centro de Salud.

Afirma la reclamante que la tarde anterior comenzó a tener fiebre alta por lo que al día siguiente acudió a su médico de cabecera, que lo atribuyó al contagio de la gripe, sin que le realizara pruebas para conocer su origen, prescribiéndole antibióticos (clamoxil 500). Sin embargo, el médico que le atendió afirma que la paciente presentaba una infección de garganta y un cuadro catarral. No hay datos posteriores de fiebre en la historia clínica.

5. El 27 de febrero en el Hospital General Básico de la Defensa.

Afirma la reclamante que el flujo que expulsaba comenzaba a tener color marrón y un olor fuerte y desagradable, continuando con molestias más intensas en el vientre, por lo que acudió al citado Hospital en donde no se le practicó ninguna ecografía y en la monitorización se desprendía la existencia de alteraciones bruscas en las pulsaciones del feto y taquicardia. De nuevo la enviaron a casa a la espera de la fecha prevista del parto.

Pues bien, de la hoja de asistencia de aquel día aportada por la reclamante se desprende que acudió al Hospital “por dolor y molestias difusas”, que no tenía fiebre (temperatura 36,4) y que el resultado de la exploración fue: “*exploración cervical 1 dedo justo, cerrado, formado, duro, no se tacta presentación, monitor reactivo, escasa dinámica*”. Lo expresado sobre el color marrón y un fuerte olor de su líquido no aparece recogido en el historial.

El diagnóstico de aquella visita fue “pródromos de parto”, encontrándose por tanto la paciente en aquel momento en la conocida como fase prodrómica del parto (puede durar desde unas horas a un par de semanas según cada mujer), como se describe en nuestro Dictamen núm. 142/10.

En ese momento, conforme a la Inspección Médica, es claro que a las 38+6 semanas no se encontraba con dinámica de parto, ni rotura de membranas, ni ninguno de los síntomas que indicaran que debía iniciarse el parto (folio 115).

6. El 3 y el 7 de marzo de 2005 en el Centro de Salud.

La reclamante señala que el 3 de marzo acudió a su cita con la matrona, exponiéndole los dolores y el flujo, pero le indicó que todo era normal y al comprobar que no tenía dilatación la enviaron a casa, pese a que ella seguía con incesantes dolores.

La normalidad de la exploración es recogida en el historial de Atención Primaria (folio 91), anotándose: “*buen estado general, movimientos fetales positivos, presentación cefálica (...)*”.

El 7 de marzo acude al Servicio de Urgencias del Centro de Salud por tener hemorroides, no por continuar con dolores (folio 25).

7. El 10 de marzo en el Hospital General Básico de la Defensa.

La reclamante refiere que ese mismo día acude a la revisión con su matrona (folio 19), cuyo resultado se transcribe en el folio 92 del historial de Atención Primaria: “*hemorroides trombosadas, buen estado general, movimientos fetales positivos, presentación cefálica, ingreso el 13/3/2005 si antes no parto*”.

Fue enviada al citado Hospital por la crisis hemorroidal, según se expresa en el parte de asistencia aportado por la reclamante, y confirma el facultativo del Centro de Salud cuando señala: “*por último decir que el día 10 de marzo de 2005, efectivamente la matrona me avisa telefónicamente para que le eche un vistazo (a las hemorroides) y decidimos enviarla a urgencias*”.

*para que le pautasen un tratamiento, ante la sospecha de que existiera una trombosis añadida; excepto por eso, no presentaba ninguna gravedad añadida y su estado general era bueno”.*

No obstante, por el avanzado estado de gestación se le realiza en dicho Hospital una monitorización, de la que resulta: *“cervix largo permeable, 1 dedo, duro, pruebas complementarias. Crisis hemorroidal, monitor reactivo, dinámica escasa, diagnóstico: parto, indicándole a la gestante que si no inicia parto vendrá a ingresar el martes 15/3/2005”.*

Ese día, según destaca la Inspección Médica, no presenta ningún síntoma la gestante ni el feto que indicara la necesidad de realizar pruebas complementarias más cruentas, o que tuviera que inducirse al parto (no rotura prematura de membranas, no fiebre, no hipertensión, no alteraciones en cuello uterino, no dinámica uterina controlada por monitorización).

La fecha probable de parto era el 13 de marzo de 2005 y la del resultado de la ecografía el 6 anterior. Se le recomienda que si no se pone de parto antes acuda el 15 (cumple 42 semanas) para provocar el parto; en esta fecha termina el periodo de parto a término y comienza el post-término.

#### 8. El 12 de marzo en el Hospital del Rosell.

A las 4,05 acude al citado Hospital, describiendo la Inspección Médica: *“refiere dinámica uterina + manchar (bolsa de aguas-S. rota, día y hora. Color) íntegra (folio 61). Frecuencia cardíaca fetal negativa. Tensión arterial 110/75, temperatura 37°C, FC materna 110. Cervix largo, rígido, cefálica P2 dedos, centrándose, íntegra (puede tratarse de la bolsa) estreptococo Agalactae? Eco-FCF. Se programa para estimular. A las 9,40 se administra anestesia epidural. Tensión arterial 121/79. FC 98. Posteriormente 106/77. FC 92”.*

A las 11,10 horas (se encontraba en la semana 40+6 de embarazo) nace una niña muerta con un inicio de parto estimulado con terminación espontánea y anestesia epidural.

El relato de las 8 asistencias descritas no demuestra la inactividad de los facultativos de la asistencia sanitaria, como refiere la reclamante, practicándole las pruebas en función de los síntomas que presentaba y la evolución del embarazo. Otro aspecto distinto es que no se le detectara la *corioamnionitis*, pero para determinar si hubo mala *praxis* médica ha de analizarse si presentaba o no síntomas de tal patología, lo que será analizado en la siguiente Consideración.

**QUINTA.- Imputaciones y falta de acreditación de la responsabilidad patrimonial en el presente caso.**

La antijuridicidad del daño y el nexo causal entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos vendrán determinados por un funcionamiento anormal de los servicios sanitarios, que no prestaron una asistencia obstétrica correcta, cuestión que aparece íntimamente ligada a la *lex artis*.

Pues bien, en el presente caso las imputaciones de la reclamante sobre la existencia de la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario no vienen avaladas por criterio médico alguno, cuando la determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a *normopraxis* descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los facultativos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública.

Veamos, pues, las imputaciones de la parte reclamante frente a las valoraciones de los informes médicos obrantes en el expediente y destacadamente el de la Inspección Médica, por lo señalado con anterioridad.

Según describe la reclamante, la corioamnionitis es una infección de las membranas placenteras y del líquido amniótico, que se presenta en un 1 a 2% de los embarazos, que se puede desarrollar cuando se produce una rotura de las membranas (bolsa del líquido amniótico) durante un largo periodo. Esto permite el ingreso de microorganismos vaginales al útero.

Pues bien, al describir sus síntomas sostiene que los presentaba, teniendo en cuenta que tuvo fiebre el 25 de febrero, aumento de la frecuencia cardiaca en la madre y en el feto el 27 siguiente, dolor o sensibilidad en el útero, que ha tenido la reclamante desde que tuvo el golpe de tos seca, y olor desagradable del líquido amniótico.

Por tales motivos, alcanza la conclusión de que se mostraron de forma clara y evidente los síntomas propios de una corioamnionitis provocada por la rotura temprana de membranas, no siendo asistida con la debida diligencia por los facultativos que la atendieron. Les atribuye, por tanto, una conducta omisiva y un error de diagnóstico, al no practicarle todas las comprobaciones o exámenes adecuados a los síntomas.

Frente a tales aseveraciones, que no vienen avaladas por informe médico alguno como se ha indicado anteriormente, cuando incumbe su probanza a la parte reclamante (artículo 217 LEC), a lo que se ha referido este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, el núm. 182/2010), la Inspección Médica, basándose en la historia clínica, concluye que no existió previamente al momento de detectar la frecuencia cardiaca fetal negativa ningún síntoma, ni en la madre ni en el feto, que hicieran sospechar la existencia de una corioamnionitis, ni por los factores de riesgo que dan lugar a las causas del mismo, ni por los signos y síntomas que presentaba en las diferentes atenciones previas en los centros sanitarios (además, la bolsa de aguas permanecía íntegra en el momento de la estimulación del parto, estando la niña con FC-).

Interesa, pues, el juicio crítico de la Inspección Médica sobre las imputaciones formuladas, frente al que la reclamante no ha presentado alegaciones (pese a haber retirado copia del informe, según consta en el expediente), sobre los diferentes signos y síntomas que, en su opinión, hubieran debido cambiar la evolución del embarazo:

1. Comenzó a manchar flujo transparente y sin olor tras un esfuerzo.

Contesta a este respecto la Inspección Médica:

*“El día que ocurrió dicho hecho acudió al Servicio de Urgencias de Maternal del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca. El motivo de Consulta es de Sospecha de Rotura Prematura de Membranas. Además de anotar los antecedentes personales, ginecológicos y obstétricos, donde no hay nada que señalar, establece: Exploración Física: Cervix: Cerrado, ocluido y no borrado. No se ve fluir Líquido Amniótico, Vagina normal con restos de tapón mucoso. Presión Arterial 114/72. FC 87. TEST DE ROTURA PREMATURA DE MEMBRANA NEGATIVO (test PROM).*

*Este es un test más específico para averiguar si existe rotura o incluso fisura de membranas, ya que consiste en un cambio de coloración al contacto del test con el Líquido Amniótico.*

*La utilidad de este procedimiento (Amniocentesis) para esta indicación es controvertida debido a la alta tasa de falsos positivos y falsos negativos. La amniocentesis además puede ser difícil cuando hay RPM por la disminución del L.A Para valorar los resultados del L.A este debe ser obtenido con técnicas que eviten la contaminación con la flora vagino-cervical normal o con la de la piel abdominal, usando para eso catéter de presión intrauterina, amniocentesis transabdominal en condiciones estériles o aspiración con aguja en el momento de la cesárea. Mientras no haya más evidencia de su utilidad en la mejora del manejo de estas situaciones, no se considera que deba recomendarse de rutina y habría que individualizar los casos en los que pueda ser realmente necesaria.*

*En cualquier caso, el día 12/03/2005, en el momento de la inducción del parto, cuando ya se había detectado frecuencia cardíaca fetal negativa, la exploración de la membrana amniótica era ÍNTEGRA (folio 61)".*

2. El Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca no le practicó las pruebas precisas.

La Inspección Médica señala que la paciente acudió al Servicio de Urgencias por sospecha de rotura prematura de membranas y que ni la ecografía, ni la analítica, como asegura la reclamante, son pruebas específicas para diagnosticar dicho síntoma, salvo imposibilidad de conocer ese hecho por otros métodos más fiables como es el test referido en el punto anterior. Resume seguidamente las actuaciones médicas realizadas (folios 45 a 49):

*“● Exploración física: Cervix CON, no se ve fluir L.A., vagina normal con restos de tampón mucoso”, lo que significa que en esta exploración se encuentra un cervix en condiciones obstétricas nulas, sin verse fluir líquido amniótico, vagina normal.*

- *Test de PROM negativo. Más específico que la ecografía.*

- *También se le practicó una monitorización fetal para comprobar el estado del feto que era satisfactorio, por lo que fue dada de alta y enviada a su tócolo de zona para próxima revisión”.*

3. Fiebre alta como síntoma de su patología.

Sin embargo, la Inspección Médica refiere que, efectivamente, en la historia clínica de Atención Primaria está anotado que el día 25 de febrero le pautan efferalgan 1 gr. y clamoxil 500 mg., si bien el médico de cabecera señala que el motivo de su visita era fiebre y odinofagia (dolor en la garganta). Por tanto, presentaba una infección de garganta y un cuadro catarral.

A este respecto, la Inspección indica que en los criterios de Gibbs para el diagnóstico de la corioamnionitis se establece fiebre por encima de 38°C sin foco infeccioso que lo justifique. En este caso existía un foco infeccioso en la garganta. El día 27 (dos días después), en la exploración que le realizan a la paciente en el Hospital General Básico de la Defensa se anota que no tiene fiebre (36,4°C), ni presenta hipertensión ni taquicardia.

4. Manchas de flujo de color marrón y de olor fuerte y desagradable.

La Inspección Médica afirma que la reclamante, en ninguno de los centros y atenciones que tiene en los últimos 20 días de embarazo, presenta como motivo de consulta la expulsión de un "flujo color marrón y maloliente", salvo en el 12 de Marzo, día del parto, en el que está recogido que "*refiere dinámica uterina + manchar...*". En ninguna de las múltiples exploraciones vaginales que le realizaron a la paciente se refleja que tuviera exceso de flujo y maloliente, indicando que este hecho no se le escapa a un tocólogo, y menos aún a varios.

5. Presentación de molestias difusas.

En su contestación, el informe de la Inspección Médica señala:

*"Efectivamente, el 27/02/2005 acude al Servicio de Urgencias del Hospital Naval, repite fecha probable de parto por ECO el 6/03/05. Tensión Arterial 103/60. Temperatura 36,4. G3P2 (3 gestaciones 2 partos), actualmente de 38+6. Acude por DOLOR Y MOLESTIAS DIFUSAS. EXPLORACIÓN CERVICAL 1 DEDO JUSTO CERRADO FORMADO, DURO, NO SE TACTA PRESENTACIÓN. MONITOR REACTIVO ESCASA DINÁMICA. PRÓDROMOS DE PARTO"*.

Pero a partir de esta asistencia, va al Centro de Salud y al Hospital General Básico de la Defensa por presentar hemorroides. Tanto en el día 27, como en los posteriores, se realizó una exploración física (no presentaba cambios fisiológicos de inicio de parto) y un monitor reactivo y con escasa dinámica.

6. Alteraciones bruscas en las pulsaciones del feto y claros síntomas de taquicardias.

Afirma la Inspección Médica que en todas las atenciones que recibe la paciente desde el 18 de febrero hasta el 12 de marzo se le practicó auscultación cardiaca fetal y materna y monitorización, no encontrándose nada anormal en dichas exploraciones.

#### 7. Existencia de contradicciones sobre la fecha probable del parto.

Respecto a la fecha probable de parto, la Inspección Médica refiere que existe una horquilla teórica por cálculos clínicos, que en el caso de la paciente era el 13 de marzo de 2005; en cambio, tras hacer la ecografía de 18 de enero, se entiende que el 6 de marzo es la fecha en la que se cumplen 40 semanas de parto. Las fechas de parto son, según la SEGO: menos de 38 semanas parto prematuro, de 38 a 42 semanas parto a término, más de 42 semanas parto post-término.

Salvo que exista alguna complicación del embarazo, el parto se inicia de forma espontánea; si es prematuro y no está formado, hay que retrasarlo, si es a término se induce y se acaba, y si en esta fecha no inicia pródromos, se establece fecha límite (generalmente la fecha en que finaliza la horquilla de parto a término). En el caso de la reclamante no inició el proceso de parto, y en las asistencias le indicaron que si el 15 de marzo no había iniciado el parto, debía acudir para su inducción.

Termina señalando la Inspección que todas estas fechas están protocolizadas en las urgencias obstétricas y están dentro de la normalidad, no existiendo razones para modificar dicha actitud.

#### 8. Existencia de síntomas de la corioamnionitis durante este periodo.

Detalla la Inspección Médica que son factores predisponentes para tal patología: ruptura prolongada de membranas, deficiencia de la actividad antimicrobiana del líquido amniótico, ausencia de moco cervical (cuello dilatado o permeable), maniobras diagnósticas o terapéuticas, múltiples tactos vaginales, trabajo de parto prolongado, incompetencia cervical, cerclaje cervical, coito, polihidramnios, oligoamnios, sangrado vaginal, anemia materna y enfermedades de transmisión sexual. Todos estos factores pueden actuar independientemente del estado de la membranas ovulares.

Pues bien, se afirma que ninguno de estos factores de riesgo presentaba la paciente, que hubiera hecho sospechar a los diferentes tocólogos que la atendieron que sufría un riesgo especial a sufrir corioamnionitis, recordando a este respecto que la membrana estaba intacta (en cualquier caso puede ocurrir aunque no lo esté) y que es imposible saber, conforme se desarrolló el proceso, cuál pudo ser la vía de infección, puesto que puede ser transcervical incluso con la membrana íntegra, pero también puede ser hematógena o transplacentaria.

Respecto a su diagnóstico, se señala por la Inspección Médica:

*“En su inicio no es fácil. Los criterios clínicos precoces no son sensibles ni específicos, pero debe de sospecharse cuando los signos y síntomas más frecuentes: fiebre mayor de 38°C (sin foco de origen conocido) y la ruptura de membranas (más de 6 horas) pueden coexistir al menos con dos más de los siguientes signos: taquicardia materna y fetal (menos constantes), líquido amniótico maloliente, útero irritable, hipersensibilidad uterina, contracciones inefectivas y disfunción uterina (signos tardíos)”.*

Salvo la fiebre, que se presentó con un foco que explicaba la misma, ha quedado demostrado que la paciente no tuvo hasta el día del parto ninguno de estos síntomas o signos de una forma objetiva. Por ello su prevención resultaba difícil, en tanto no presentaba ningún factor de riesgo, conforme a lo explicado con anterioridad.

Así pues, concluye dicha Inspección que la asistencia médica ha sido la adecuada a su estado en cada momento, y que en la última visita previa al parto (día 10) la reclamante tenía todos los parámetros del embarazo normales, emplazándole a ingresar el día 15 de marzo para su estimulación, si no se iniciaba antes.

De igual modo, los peritos de la compañía aseguradora sostienen (folio 146) que *“la actuación llevada a cabo fue correcta pues se valoraron de forma adecuada los síntomas por los que la paciente acudió a Urgencias en varias ocasiones, entre los cuales no consta la emisión de flujo marronáceo y maloliente, como se afirma en la reclamación. En todas las ocasiones, la paciente fue explorada, al menos por 4 médicos o matronas diferentes, sin que ninguno de ellos observara la existencia de dicho flujo. No existieron datos que hicieran sospechar una infección intrauterina y ésta fue solamente diagnosticada en el estudio histológico de la placenta y feto tras el parto. Se trató, por lo tanto, de una infección que cursó de forma subclínica y que se produjo pese a que la bolsa estaba íntegra y se rompió artificialmente en el momento del parto”.*

Frente a la actividad probatoria desplegada por la Administración, la reclamante, como se ha indicado, ha omitido traer al procedimiento informe pericial médico alguno que sustente sus alegaciones e imputaciones y permita alcanzar un juicio contrario a las conclusiones obtenidas por las valoraciones técnicas obrantes en el expediente, que de forma coincidente avalan el ajuste a *normopraxis* de la atención prestada a la paciente durante el embarazo.

Procede, en consecuencia, informar favorablemente la propuesta de resolución que no advierte, en los hechos en que se basa la reclamación, la presencia de elementos generadores de responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios

públicos sanitarios y el daño alegado, pues la adecuación de la asistencia médica a la *lex artis* excluye cualquier antijuridicidad del daño, que no puede ser imputado a la actuación de los facultativos intervinientes.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 115-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad Patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos en una finca de su propiedad
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)
<b>Fecha</b>	23/05/2011

**Extracto de doctrina**

El mero hecho de la existencia de una anegación de aguas (la que puede considerarse acreditada en 2005, según lo expuesto con anterioridad) en unos determinados terrenos, no acredita "per se" la existencia de unos concretos y efectivos daños que permita reclamar su resarcimiento, como exige el ya citado artículo 139.2 LPAC, por lo que no pueden considerarse acreditados los concretos y efectivos daños por los que se solicita indemnización.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 29 de octubre de 2007 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por x y dirigida a dicha Consejería. En síntesis, comienza expresando que es propietario de una finca rústica colindante con la carretera autonómica F34 y con la vereda de --, y que en febrero de 2005 dirigió un escrito a la Dirección General de Carreteras (que adjunta, y cuyo contenido se resumirá posteriormente), sin que hasta la fecha se le hubiera dado trámite alguno. Manifiesta que en 2004 dicha Dirección General realizó en la zona obras de elevación de la calzada de la carretera, incluyendo la colocación (en la base de la misma, se deduce) de cinco tubos de diámetro inferior a un metro, para su drenaje transversal. Considera que esas obras incumplen las dimensiones mínimas para obras de drenaje establecidas en la Instrucción 5.2 IC de Drenaje Superficial, y que, además, cortaron la vía pecuaria de --. Añade que posteriormente se construyó en la zona de dominio público de la carretera un muro de hormigón que intercepta el curso de las aguas hacia el mar, produciéndose así cada vez que llueve la inundación de su propiedad y los perjuicios consiguientes, resultando que dicho muro no puede ser construido en la expresada zona demanial, según la legislación de carreteras, por lo que existe un anormal funcionamiento de la Administración regional al haberlo autorizado o haber consentido que se construyese sin autorización. Además, alega que dicho muro también perjudicará a la carretera, que se verá cortada por acumulación de agua en caso de lluvias de cierta entidad.

Por todo ello, solicita que se proceda a la demolición del muro ilegalmente construido, se restituya el paso del agua hacia el mar y se le indemnice por los daños producidos, que cifra en un

total de 38.500 euros, por los siguientes conceptos: 100 horas de pala retroexcavadora en limpieza de aterramientos, a 40 euros/hora; 50 horas de camión en transporte de material a 30 euros/hora; 600 ml. de retirada y reposición de tuberías de riego a 5 euros/m.; daños en 300 limoneros, con pérdida de cosecha, y pérdida de calidad en futuras cosechas por asfixia radicular, a 100 euros/árbol.

A su escrito adjunta únicamente otro, dirigido a la Dirección General de Carreteras, que parece presentado el 18 de marzo de 2005 (en la copia remitida no se advierte con claridad el sello del registro de entrada en un organismo público, si bien se anota un nº de registro y una hora y fecha de presentación, sin que el órgano instructor haya objetado nada al respecto, por lo que debe partirse del hecho de su presentación), en el que ya aludía a las obras de elevación de la carretera en cuestión, a la construcción del muro de hormigón y a las inundaciones y consiguientes perjuicios que ello le había producido en su finca, que debían ser valorados para su indemnización por dicha Dirección General, acompañando al mismo unas fotos de unos terrenos anegados de agua y de lo que parece ser la carretera y el muro a que se refiere en sus escritos, solicitando asimismo que se le remitiera copia del expediente de dichas obras.

**SEGUNDO.-** Mediante escrito de 9 de septiembre de 2008 se admite a trámite la reclamación y se requiere al interesado para que subsane y mejore su instancia, en especial, para que acredite la propiedad de la finca de referencia y proponga los medios de prueba que considere pertinentes.

**TERCERO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, fue emitido el 17 de septiembre de 2008, en el que se expresa lo siguiente:

*“1.- La carretera a la que se refiere el reclamante es competencia de esta Dirección General.*

*A).- La reclamación que realiza el interesado se refiere a los daños ocasionados por la retención de aguas pluviales y residuales que produce el muro que se observa en las fotografías.*

*Este muro ha sido realizado por el Ministerio de Defensa, y aunque está incluido en la zona de dominio público de la carretera, no tenemos competencia en la situación ni construcción del mismo, por prevalecer las competencias de este Ministerio sobre el Reglamento General de Carreteras y así nos fue comunicado en su día por este Ministerio.*

*Por otra parte, los vertidos a los que se refiere el reclamante provienen de la EDAR del Excmo. Ayuntamiento de San Javier, siendo denunciado por este motivo por esta Dirección General de Transportes y Carreteras, ya que también se producían daños en la carretera, siendo incluso necesario cortarla al tráfico vial por el peligro que suponía la acumulación en la calzada de aguas residuales.*

*En cuanto a la elevación de la rasante de la carretera, no influye para nada en la causa de reclamación, puesto que el único propósito de la modificación de la rasante es no cortar el tráfico vial cuando se desborda o avería la depuradora, no suponiendo en ningún caso retención de aguas.*

*En las fotos que aporta el interesado se observa que las aguas residuales se acumulan en la cuneta de la carretera, y es el muro del Ministerio de Defensa lo que produce la retención de las mismas, y que precisamente el drenaje transversal de la carretera en ese tramo es para que las aguas pasen a la otra margen de la carretera, distribuyéndose en la mayor longitud posible, lo que beneficia claramente los intereses del reclamante.*

*Se adjuntan fotos en las que se puede comprobar que los vertidos a la carretera provienen de la EDAR del Ayto. de San Javier, así como el estado de la carretera antes de elevar la rasante y la canalización realizada por el interesado para encauzar las aguas hacia la carretera en el margen de su finca.*

*B) Por todo lo expuesto anteriormente, la reclamación se debe dirigir al Ministerio de Defensa, puesto que es el muro que realizó lo que produce la interrupción natural del curso de las aguas tanto residuales como pluviales o, en su defecto, al Excmo. Ayuntamiento de San Javier, por ser el titular de la EDAR, o a --, que es la sociedad adjudicataria de la explotación de la depuradora, pero en ningún caso a esta Dirección General de Transportes y Carreteras, dado que también somos perjudicados por estos vertidos”.*

**CUARTO.-** El 9 de octubre de 2008, el interesado presenta escrito en el que expresa que el 8 de mayo de 2008 se volvieron a producir inundaciones en su finca, así como nuevos cortes de la carretera según indica el adjunto informe de la Policía Local de San Javier. Asimismo, vuelve a acompañar las mismas fotos presentadas junto con el escrito de 2005. Solicita que se proceda a dar solución a la evacuación de aguas pluviales en la zona, bien mediante la demolición del muro en cuestión, bien prolongando hasta la parte posterior de dicho muro los tubos de evacuación de agua existentes en la base de la carretera; asimismo solicita la indemnización de los daños y

perjuicios causados hasta la fecha (pero no identifica concretos daños distintos de los indicados en su escrito de 2007). Además, adjunta escrituras de propiedad de las fincas que afirma afectadas.

**QUINTO.-** Mediante oficio de 28 de abril de 2010 se otorga trámite de audiencia y vista del expediente. El 18 de mayo siguiente el reclamante presenta escrito en el que viene a reiterar lo expresado en su escrito inicial, señalando que los tubos de drenaje existentes en la carretera incumplen las normas constructivas reglamentarias; que la construcción del muro de hormigón en la zona de dominio público viario vulnera la legislación de carreteras, y que la construcción del mismo imposibilita el drenaje instalado en la carretera, lo que afecta a sus propiedades y a la propia vía, lo que producirá nuevos cortes de la misma y nuevos daños a sus propiedades. Insiste en que no se le ha remitido copia del expediente de las obras, como solicitó en su momento.

Adjunta asimismo un escrito de 24 de noviembre de 2005, del Alcalde del Ayuntamiento de San Javier, dirigido a la Dirección General de Carreteras, en el que expresa lo siguiente:

*“ASUNTO: Retenida de aguas pluviales en la confluencia de la -- con la Carretera F-34, de Santiago de la Ribera a Los Alcázares.*

*Por medio del presente, pongo en su conocimiento que ha sido presentada en este Ayuntamiento denuncia por varios de los vecinos propietarios de los terrenos colindantes a la -- y la Carretera Provincial F-34.*

*En este lugar se realizaron obras en el año 2003-04 por esa Dirección General, consistentes en la elevación de rasante y canalización de las aguas de lluvia, fundamentalmente.*

*Con ello se solucionó el problema que ocasionaba el agua sobre la calzada con la avenida de las aguas de lluvia y, en ocasiones, del rebosadero de la depuradora.*

*Posteriormente, se han realizado obras de vallado por el Ministerio de Defensa, consistentes en alzado de muro de hormigón y valla metálica en coronación. El muro tiene una altura superior de 1 metro. Con lo que impide que las aguas puedan transcurrir libremente a través del cauce natural por donde siempre habían transcurrido, y ello provoca que en la actualidad por poco que llueva se produce un encharcamiento en las fincas colindantes, y posteriormente rebosan por la cuneta y vuelven al trazado de la carretera, con lo cual se vuelve a producir el mismo efecto que anteriormente sucedía, pero a tan sólo unos metros más hacia Santiago de la Ribera.*

*Por todo lo cual, y según se me informa desde el negociado de Servicios Públicos, se hace necesario posibilitar el discurrir de las aguas a través del pasamuros, y conectar con el sistema de drenaje previsto en la nueva pista del aeropuerto.*

*Considerando que es de su competencia la autorización de las obras de protección y defensa de la Carretera F-34, solicito que, previos los trámites que procedan, se adopten las medidas necesarias para evitar cuanto se explica en el cuerpo de este escrito.*

*Asimismo, le indico que se ha puesto igualmente en conocimiento de la Dirección de la Academia General del Aire para que pueda ser estudiado el caso.” (...)*

**SEXTO.-** Según indica la propuesta de resolución que posteriormente se reseñará, después de ser evacuado el referido trámite de audiencia, la Dirección General de Carreteras aporta nueva documentación al expediente, relativa a diversas comunicaciones entre aquella y el Ministerio de Defensa, incluyendo la solicitud de la Administración regional a dicho Ministerio para la autorización de las obras de elevación de la calzada, así como documentación de dicho Ministerio autorizando dichas obras y acordando la realización de obras complementarias, entre ellas, la construcción del muro en cuestión.

**SÉPTIMO.-** Mediante oficio de 29 de septiembre de 2010 se otorga al interesado un nuevo trámite de audiencia, no constando su comparecencia ni la presentación de alegaciones.

**OCTAVO.-** El 10 de octubre de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por las razones expresadas en el informe de la Dirección General de Carreteras reseñado en el Antecedente Tercero.

**NOVENO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

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

Sin perjuicio de lo anterior, en el escrito promotor del presente procedimiento, el interesado deduce otras pretensiones, dirigidas a la realización de determinadas obras por la Administración regional, que no tienen naturaleza indemnizatoria (la demolición del muro ubicado en la zona de dominio público de la carretera regional de referencia, o la adecuación del sistema de desagüe en la zona, en los términos expresados en el escrito reseñado en el Antecedente Cuarto), por lo que su cauce de resolución no debe ser necesariamente el acto del Consejero competente que vaya a resolver la pretensión resarcitoria. Sin embargo, como toda solicitud presentada por un interesado, dichas pretensiones deben ser resueltas, asimismo expresamente, en este caso por la Dirección General de Carreteras, a cuyo efecto posteriormente se realizarán las oportunas Consideraciones.

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento en relación con la acción indemnizatoria deducida.**

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al reclamante por los daños materiales que alega haber sufrido en fincas de su propiedad, aspecto este último no cuestionado por la Administración regional a la vista de las escrituras presentadas. Aquélla está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse a la misma daños que se ligan a dos actuaciones suyas que el reclamante considera contrarias a Derecho: a) la realización de obras de drenaje de aguas en la carretera de referencia incumpliendo la normativa técnica aplicable (relativa al diámetro de los tubos colocados al efecto en la base de dicha carretera), y b) construir o permitir la construcción del muro de hormigón existente en la zona de dominio público de aquélla, lo que contraviene la legislación en la materia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), tratándose de daños materiales, el plazo para su reclamación debe computarse desde la fecha en que se produjo el hecho que motive la indemnización o desde que se manifestó su efecto lesivo (art. 142.5 LPAC), lo que obliga a tener que partir, al menos, de la indicación y acreditación por el reclamante de la fecha de tales circunstancias (sin perjuicio luego de la acreditación de los concretos daños efectivos por

los que se reclame, que es cuestión de fondo). En la reclamación presentada en 2007 se hace referencia a que los daños por los conceptos reclamados se deben a inundaciones por *“las últimas lluvias, acaecidas dentro del año que constituye el período hábil para reclamar, por el importe de 38.500 euros”*, sin concretar la fecha de las mismas ni la de la manifestación de los daños por los que se reclama dicho importe, y sin que en ese escrito de 2007 se aporte prueba alguna que acredite inundaciones posteriores a las de 2005, que se acreditaban en el escrito presentado en tal año (quedan al margen las inundaciones acaecidas en 2008, indicadas en el escrito reseñado en el Antecedente Cuarto, de las que el interesado no individualiza siquiera concretos daños por los que reclamar). Por ello, en teoría, sólo cabría considerar que pueden ser objeto de temporánea reclamación los daños efectivos que el interesado pudiera acreditar que tuvieran su causa en las inundaciones de 2005, teniendo en cuenta a estos efectos la presentación de la reclamación del año 2005, o los daños cuya manifestación hubiera aparecido sólo a partir del 29 de octubre de 2006 (es decir, desde el año anterior de la presentación de la reclamación el 29 de octubre de 2007). En definitiva, la incertidumbre sobre la temporaneidad de la acción resarcitoria deriva de la apuntada falta de concreción por el reclamante de la fecha en que se produjo el hecho que motiva la reclamación o de la fecha en que se manifestaron los daños reclamados, y ello se debe a la falta de acreditación de la misma existencia de éstos, según se razonará en la siguiente Consideración.

III. En cuanto al procedimiento, cabe señalar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos. No obstante, se advierte que el expediente quedó paralizado, sin justificación, durante diversas fases, siendo especialmente dilatado el lapso de un año y medio que se desprende de los Antecedentes Cuarto y Quinto.

Respecto de las solicitudes del interesado de que se le remitiese copia del proyecto de las obras en cuestión y demás documentación relativa a las mismas, aquél ha podido acceder a dicha información con ocasión de los trámites de vista del expediente que se le han otorgado, en los que, de haber comparecido al efecto, no se le habría podido denegar el derecho a solicitar el examen de dicha documentación y a obtener las copias oportunas, por lo que no cabe hablar de indefensión alguna.

**TERCERA.- Sobre el fondo de la reclamación. Falta de acreditación de los daños por los que se reclama.**

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y*

*derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*". A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. Siendo la acreditación de daños efectivos, imputados a la actuación administrativa cuestionada, el presupuesto primario para, después, analizar su adecuada imputabilidad a la Administración, su carácter antijurídico y su indemnizabilidad al reclamante, en el presente caso, y como ya se apuntó en la Consideración precedente, aquél no acredita en modo alguno que las inundaciones acaecidas en su finca en 2005 (por las fotos aportadas con su escrito presentado tal año) y las posibles de 2008 (en este caso, las fotos aportadas de la Policía Local de San Javier reflejan sobre todo la inundación de la carretera, no de las fincas colindantes), hubieran producido los daños cuyo resarcimiento solicita, según los conceptos que expresa a tal efecto en su reclamación.

En efecto, el reclamante afirma que, por las inundaciones a que se refiere en su escrito de 2007, tuvo que realizar en su finca determinadas actuaciones de limpieza de aterramientos y transporte de material, retirar y reponer tuberías, y que se produjeron daños en 300 árboles de su explotación. Sin embargo, no aporta documentación alguna (vgr. facturas) que dé soporte a lo afirmado respecto de las referidas actuaciones y trabajos, ni presenta informe técnico alguno que acredite la existencia de daños a la plantación (menos aún acredita la entidad de los mismos y su valoración), como es lo usual y exigible en estos casos.

En estas circunstancias, el mero hecho de la existencia de una anegación de aguas (la que puede considerarse acreditada en 2005, según lo expuesto con anterioridad) en unos determinados

terrenos, no acredita “*per se*” la existencia de unos concretos y efectivos daños que permita reclamar su resarcimiento, como exige el ya citado artículo 139.2 LPAC, por lo que no pueden considerarse acreditados los concretos y efectivos daños por los que se solicita indemnización. Ello debe llevar, sin más análisis, a la desestimación de la reclamación indemnizatoria, por faltar uno de los elementos esenciales que se requieren para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Sin perjuicio de lo anterior, procede analizar el resto de cuestiones planteadas en el expediente.

**CUARTA.- Sobre las actuaciones imputadas a la Administración regional.**

I. En relación a las alegadas deficiencias en el sistema de drenaje construido en la base de la carretera en cuestión, al margen de que el reclamante no acredita la denunciada vulneración de la normativa técnica aplicable en la materia, debe señalarse que el informe de la Dirección General de Carreteras expresa en todo caso que la elevación de la calzada y la instalación de sus sistemas de drenaje no son los causantes de las acumulaciones de agua e inundaciones a que se refiere el interesado, antes al contrario, ayudan a paliar estos efectos, que deben imputarse al muro de hormigón existente. Ello no ha sido desvirtuado por el reclamante. Tampoco desempeña virtualidad causal en la producción de los daños la alegada invasión, por las obras de elevación de la calzada, de la vía pecuaria a que se refiere el interesado (en la mera hipótesis de que se aceptase tal alegada invasión), por lo que es una cuestión irrelevante en este procedimiento. En consecuencia con lo anterior, ninguna deficiencia puede imputarse a la Administración regional sobre estas concretas obras, a los efectos indemnizatorios pretendidos.

II. Por lo que se refiere al muro de hormigón existente en la zona de dominio público de la carretera, ya se ha dicho que el informe de la Dirección General de Carreteras lo señala como el causante de la interrupción del curso natural de las aguas y de las acumulaciones de éstas que se denuncian. Respecto de su construcción en la zona de dominio público viario, dicho informe señala que ello se realizó en ejercicio de las facultades que, en materia de defensa (en concreto, para la protección de la seguridad de instalaciones militares como resulta ser la colindante Academia General del Aire), ostenta el Ministerio competente. A tal efecto, se ha aportado al expediente diversa documentación (a la que ha podido acceder el reclamante en el trámite de audiencia), y de la que resulta, sin contradicción por éste, lo siguiente:

- La zona en cuestión se encuentra dentro de la “*zona próxima de seguridad*” de la Base Aérea de San Javier de la Academia General del Aire, delimitada por Orden del Ministerio de

Defensa nº 117/1981, de 19 de septiembre (Boletín Oficial del Aire nº 115), por lo que las obras a realizar dentro de la misma están sujetas a la autorización de dicho Ministerio, conforme con lo establecido en la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, y en su Reglamento, aprobado por RD 689/1978, de 10 de febrero.

- Conforme con lo anterior, y dado que las obras de elevación de la calzada en el tramo en cuestión eran necesarias para preservar el tráfico de las inundaciones de agua provenientes de la Estación Depuradora (EDAR) municipal colindante, mediante instancia de 21 de enero de 2004, la Dirección General de Carreteras solicitó de dicho Ministerio la preceptiva autorización. Se solicita para un tramo de unos 200 metros, en los que, en la base de la elevación de la calzada, se instalarán tres caños de 1000 mm. de diámetro, para dar curso a las referidas aguas.

- Mediante escrito de 12 de marzo de 2004, el Ministerio de Defensa autoriza provisionalmente a continuar las obras de referencia, si bien establece que deben definirse coordinadamente con la citada Dirección General las obras complementarias o las modificaciones que hayan de introducirse en el proyecto, para contemplar sus repercusiones sobre la seguridad de las instalaciones militares (finalidad deducida del previo escrito del Ministerio de fecha 26 de enero de 2004, en el que suspendió las obras).

- Mediante escrito de 28 de mayo de 2004, el citado Ministerio aprueba las obras a realizar, teniendo en cuenta el *“compromiso formal”* manifestado por dicha Dirección General en escrito de 12 de marzo anterior (que no consta en el expediente), si bien condicionado a la realización de determinadas obras complementarias que se relacionan en un anexo al reseñado escrito del Ministerio, y entre las que está el *“levantado de un muro de hormigón para soportar el vallado nuevo en la totalidad de la longitud de la obra. Este muro de hormigón deberá alojar un banco de tres (3) tubos de sesenta (60) milímetros en su base y levantarse hasta la rasante del acuerdo (sic) nuevo en toda su longitud. El paso de agua de un lado a otro del muro de hormigón se podrá ejecutar bien por rebose o por pequeños conductos (no más de cincuenta -50- milímetros de diámetro), de forma que se pueda disipar el caudal total sin concentrarlo en ningún punto y sin verse afectada la seguridad de la zona por la posible utilización indebida del conducto por personas ajenas a la instalación.”*

Sobre este muro cabe analizar su construcción en la zona de dominio público de la carretera, pues el reclamante considera que ello vulnera la legislación de carreteras. El artículo 30.6 de la Ley 2/2008, de 21 de abril, de Carreteras de la Región de Murcia, norma hoy vigente a la que hay que acudir para resolver sobre la pretendida eliminación del muro en cuestión, establece que *“sólo podrán realizarse obras o instalaciones en la zona de dominio público de la carretera,*

*previa autorización de la Dirección General competente en materia de carreteras, cuando la prestación de un servicio público de interés general así lo exija. Todo ello sin perjuicio de otras competencias concurrentes.*” El último inciso del precepto es expresión del principio general del deber de respeto a otras competencias concurrentes, especialmente cuando son de otras Administraciones Públicas. En el presente caso, de la documentación del Ministerio de Defensa antes reseñada se desprende que la construcción de dicho muro en la zona demanial en cuestión se funda en el ejercicio de sus competencias en materia de defensa, con el fin de conseguir la más adecuada protección de la seguridad de la colindante instalación militar (y, probablemente, para dar adecuada continuidad al vallado ya existente –sin muro- en la zona de dominio público de la carretera en los tramos no afectados por la elevación de su calzada), sin que en el caso consten razones para considerar improcedente el ejercicio de tales competencias. En consecuencia, por tales motivos, debe rechazarse la alegación del reclamante, no sólo a efectos de desestimar la pretensión indemnizatoria vinculada a la construcción del muro de referencia, sino que, además, por las mismas razones, la Dirección General de Carreteras debe desestimar la pretensión de demolición del mismo, mediante la correspondiente resolución expresa, como se apuntó en la Consideración Primera.

**QUINTA.- La solicitud del interesado de que se realicen obras de desagüe en el muro de hormigón de referencia.**

Cuestión distinta de las anteriores es la relativa a la pretensión del interesado de que se realicen obras en dicho muro para posibilitar el curso de las aguas a su través. En este punto, el ya reseñado escrito del Ministerio de Defensa de 28 de mayo de 2004 es un auténtico acto administrativo de aprobación de obras, que determina que el paso de aguas por dicho muro se debe realizar, bien por rebose, bien mediante conductos de las características señaladas en dicho escrito. En tanto no conste la modificación de los términos de dicho acto en el aspecto mencionado, el mismo debe ejecutarse de forma tal que se cumpla con la finalidad que perseguía, que era la de procurar el paso de las aguas por el muro preservando a la vez la seguridad en los accesos al recinto de la Base Aérea. Según las fotografías aportadas por el interesado, y según se desprende también del informe de la Dirección General de Carreteras, no se han ejecutado las conducciones previstas en el referido acto, y no parece que la solución del rebose de aguas, también permitida por aquél, evite la indebida acumulación de aguas, circunstancia que parece indiscutida (aunque en el presente caso, y como se dijo con anterioridad, no se hayan acreditado los concretos y efectivos daños por los que se reclama). Y, como se dice, salvo que se modifique tal acto en el extremo debatido (por existir circunstancias sobrevenidas que así lo justificaran), el interesado tiene derecho a que se proceda a su ejecución en lo atinente a la instalación de las referidas conducciones, que corresponderá acordar y materializar a una u otra Administración, según lo que se hubiera

establecido y acordado en su día al definirse y aprobarse las mencionadas obras complementarias (parece que correspondería al Ministerio de Defensa, a la vista de que fue el que construyó dicho muro, aunque, a falta de mayores datos sobre la cuestión, no cabe dar una respuesta concluyente).

En consecuencia, respecto de la pretensión del interesado tendente a que se realicen obras de desagüe en el muro de que se trata, el sentido de la resolución que debe adoptar la Dirección General de Carreteras dependerá de si ésta tuviera o no obligación de ejecutar las obras antes reseñadas, previa coordinación con el Ministerio de Defensa (y todo ello sin perjuicio de la instancia que el interesado pudiera dirigir a dicho Ministerio, en su caso).

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Procede desestimar la reclamación de responsabilidad de referencia, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** En consecuencia, la propuesta de resolución del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, en cuanto es desestimatoria de la reclamación indemnizatoria, se informa favorablemente, si bien su fundamentación deberá ajustarse, siquiera en síntesis, a lo expresado en las indicadas Consideraciones del Dictamen.

**TERCERA.-** Procede que la Dirección General de Carreteras resuelva las pretensiones deducidas por el interesado en relación con el muro de hormigón ubicado en la zona de dominio público de la carretera regional de referencia, de acuerdo con lo expresado en las Consideraciones Cuarta y Quinta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 116-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	23/05/2011

**Extracto de doctrina**

Las propias características de la intervención, cuya finalidad es inicialmente diagnóstica, pero que también permite solucionar el problema en un solo acto quirúrgico mediante el tratamiento del problema una vez ha sido identificado, determina que el consentimiento prestado haya de ser necesariamente amplio.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 3 de octubre de 2008, x presenta, por medio de representación letrada, reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración regional por los daños padecidos por su hija, que imputa al anormal funcionamiento de los servicios sanitarios dependientes del Servicio Murciano de Salud.

Relata la reclamante que en la mañana del 6 de octubre de 2007, acude con su hija al Servicio de Urgencias del Hospital “Fundación de Cieza”, aquejada de dolor en el costado derecho. Tras realizarle una analítica y una radiografía, es remitida a su domicilio.

En la madrugada del día siguiente, sobre las 03:35 horas, acude de nuevo al Servicio de Urgencias del mismo Hospital, aquejada del mismo dolor, limitándose la atención a administrarle calmantes.

Al seguir la niña con el mismo dolor, el 8 de octubre, acude a su Médico de Familia, quien, verbalmente, le indica que, al habersele realizado varias pruebas médicas, habría que esperar a su resultado. Con el diagnóstico de estreñimiento, se le prescribe un fármaco para el mismo.

Al persistir el dolor, ese mismo día acude al Hospital “Fundación de Cieza”, donde queda ingresada para ser intervenida quirúrgicamente, sin informar a la madre de las pautas terapéuticas

y quirúrgicas que se iban a seguir, de los tratamientos alternativos existentes, de los hallazgos previos que justificaran la intervención, ni de en qué iba a consistir ésta.

Cuando la menor sale de quirófano, se comunica a la reclamante que se le había realizado cirugía abierta, mediante la que se le extirpó un ovario y el apéndice, al hallarse una tumoración de aspecto necrótico de 10 cm. en el ovario derecho.

Considera la actora que ante los dolores agudos en el lado derecho, con fiebre durante varios días, únicamente se practica una analítica y una radiografía, cuando la existencia de un tumor ovárico se hubiera detectado a través de una simple ecografía que, si no se pudo realizar en el Hospital, al parecer se debió a no haber facultativo preparado para hacerla entre el personal que se encontraba de guardia. La omisión de esta prueba diagnóstica determina que la niña, con tan solo trece años de edad, se vea privada de un ovario, la correspondiente trompa y el apéndice, lo que se habría evitado de realizar la ecografía entre los días 6 y 8 de octubre de 2007. Afirma además que, en los seis años anteriores, teniendo antecedentes de dolor agudo de abdomen, no fue diagnosticada ni tratada.

La pérdida de un ovario en edad temprana limita las expectativas de maternidad, por lo que junto al daño físico consistente en la pérdida de órganos y de las funciones propias de los mismos, se reclama un daño moral.

Acompaña su reclamación de informe pericial de parte, emitido por especialista en valoración de daño corporal, en el que se indica que en la atención sanitaria prestada a la menor no se siguieron los protocolos aplicables para el diagnóstico de dolor abdominal agudo, a fin de descartar un origen urinario o genital, como la torsión ovárica, que es una de las causas más frecuentes de abdomen agudo entre púberes y adolescentes. Tampoco se realizó ninguna de las pruebas complementarias (ecografía convencional, resonancia magnética, TAC, ultrasonido doppler color), que hubieran permitido alcanzar el diagnóstico de torsión ovárica de forma precoz, evitando la cirugía exéretica por necrosis ovárica.

El informe apunta las siguientes actuaciones indebidas advertidas en la asistencia dispensada a la menor: a) omisión de exploración o anamnesis ginecológica, pese a su edad púber de trece años (edad de alta incidencia), acompañada de dolor hipogástrico; b) remisión a su domicilio, a pesar de la persistencia del dolor y de los resultados de la analítica, que muestran leucocitosis y neutrofilia elevada, tanto el día 6 como el 9 de octubre de 2007, fecha en que ingresó en el Servicio de Cirugía; c) no aplicación del protocolo de dolor abdominal agudo, a pesar de que la torsión ovárica y la adenitis mesentérica son las causas más frecuentes de abdomen agudo en

púberes y adolescentes; d) No realización de alguna de las exploraciones complementarias disponibles en Urgencias y aplicables en niñas, que hubieran orientado hacia un diagnóstico correcto, permitiendo una laparoscopia precoz y la detorsión ovárica, lo que hubiera evitado la pérdida del ovario y la trompa.

El informe señala, asimismo, que la necrosis ovárica podía poner en peligro la viabilidad de la gónada contra-lateral, y reducir así el flujo sanguíneo de la gónada sana, lesionando las células germinales y del estroma, y que, aunque el funcionamiento de una sola gónada permitiría gestaciones ulteriores, el daño del ovario único haría que la paciente tuviera muy mermada su capacidad reproductiva y no dispusiera de la función de otro ovario.

También considera que la cirugía pélvica, (apendicectomía no complicada, ooforectomía y salpinguectomía), repercute sobre la capacidad reproductora de las pacientes, con un porcentaje de infertilidad de entre el 53,3 y el 86%, y que el factor tubo peritoneal era responsable del 39,4 % de las infertilidades.

En atención a lo expuesto, valora el daño en 146.227,17 euros, más intereses legales y moratorios, con el siguiente desglose:

- Por 6 días de hospitalización, con un valor unitario de 61,97 euros, 371,82 euros.
- Por 31 días impeditivos, con valor unitario de 50,35 euros, 1.560,85 euros.
- Por las secuelas funcionales padecidas, de pérdida de un ovario y trompa, así como la pérdida del apéndice, valoradas en 25 puntos, a razón de 1.326,28 euros/punto, 33.157 euros.
- Por perjuicio estético, 5 puntos, a razón de 746,09 euros, 3.730,45 euros.
- Aplicado un factor de corrección del 10%, en concepto de incapacidad para las actividades de la vida y el ocio, resultan 1.653,71 euros.
- Por analogía con la pérdida de un hijo, solicita 8.268,56 euros.
- Por daño moral, el doble de la cantidad en la que evalúa el daño físico causado, es decir, 97.484,78 euros.

La reclamante finaliza su solicitud con la proposición de los siguientes medios de prueba:

1. Documental acompañada con el escrito de reclamación, y que consiste en: a) inscripción de nacimiento de la menor en la República del Ecuador; b) parte de la historia clínica; y c) copia de determinados artículos científicos.

2. Testifical de persona conviviente con la madre y la niña, y la testifical-pericial, de la especialista en valoración del daño corporal autora del informe aportado junto a la reclamación.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, de 20 de octubre de 2008, se encomienda su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a remitir a la reclamante la comunicación establecida en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Comunica, asimismo, la reclamación a la Dirección de los Servicios Jurídicos, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la compañía aseguradora del Organismo Público, recabando de la Fundación "Hospital de Cieza" copia de la historia clínica de la paciente e informe de los facultativos que la atendieron.

**TERCERO.-** Remitida la documentación solicitada, los informes de los facultativos intervinientes se expresan en los siguientes términos:

1. En relación con la atención prestada a la niña la primera vez que acude a urgencias hospitalarias el 6 de octubre, informa el Dr. x, Especialista en Cirugía General y Aparato Digestivo. Se indica que la paciente presenta dolor abdominal de pocas horas de evolución, de inicio en flanco derecho, sin náuseas ni vómitos, no fiebre ni alteración del hábito alimenticio.

A la exploración se presenta consciente y orientada, buen estado general, afebril, abdomen blando y depresible, levemente doloroso a la palpación profunda en hipogastrio, sin defensa ni peritonismo, Blumberg -, Rovsing +/- y psoas -.

La analítica y radiología eran anodinas y pasó a observación en camas de urgencias. Tras pasar la tarde, presenta mejoría clínica y ante el no empeoramiento de las analíticas seriadas es alta domiciliaria, indicándole a la familia que, en caso de fiebre o empeoramiento, acudiera de nuevo a urgencias.

2. El informe de la cirujana que realizó la intervención, por su parte, indica que al llegar la paciente a Urgencias el 8 de octubre refiere dolor abdominal, de tres días de evolución, acompañado de vómitos esporádicos y nauseas. El dolor de inicio tipo cólico, para posteriormente, hacerse difuso sobre todo en hipogastrio. Hoy fiebre de 38 °C.

A la exploración, consciente y orientada, estable hemodinámicamente, abdomen blando y depresible, con dolor a la palpación en hipogastrio. Blumberg+, Rovsing +/-; analítica: Leucocitos 12600. (9100n) HB-12.1, Hto-37%n Quick-80%. (18.29 h).

*“La paciente pasa a camas de observación a las 20,00 h aprox. A las 21.30 h. es de nuevo valorada, y ante la persistencia de la clínica -dolor FID y Blumberg+- se indica cirugía urgente por abdomen agudo, siendo aceptada y firmado el consentimiento por parte de la madre. La paciente pasa a quirófano a las 22,00 h, realizándose laparoscopia, en la cual se halla tumoración necrótica de 10 cm. en anejo derecho, por lo que se convierte a cirugía abierta, se realiza incisión de Pfannestield, realizando salpinguectomía derecha y apendicetomía reglada. Al finalizar la intervención se da la información pertinente a los familiares”.*

**CUARTO.-** Por la instrucción se admite la prueba propuesta por la reclamante, salvo la testifical del conviviente con la paciente, por innecesaria, pues su declaración no añadiría nada relevante al contenido de la historia clínica ni a los informes de los facultativos.

**QUINTO.-** Por la aseguradora del Servicio Murciano de Salud se aporta al procedimiento un informe médico colegiado, elaborado por tres especialistas en Cirugía General y Aparato Digestivo y un especialista en Cirugía General, que alcanza las siguientes conclusiones:

*“1. La niña x acudió en tres ocasiones al HC por un cuadro de dolor abdominal.*

*2. Se le realizaron análisis de sangre y RX de abdomen que no eran concluyentes.*

*3. Fue diagnosticada de dolor abdominal inespecífico las dos primeras veces e ingresada la tercera.*

*4. En ninguna de las ocasiones en que acudió al HC se le realizó una ecografía abdominal ni otra prueba de imagen salvo la RX de abdomen.*

*5. Se diagnosticó acertadamente de Abdomen Agudo.*

6. *Se decide la intervención quirúrgica también de forma acertada.*
7. *Se inicia por laparoscopia de forma correcta.*
8. *Ante los hallazgos se decide, también de forma correcta, la reconversión a laparotomía.*
9. *Se encuentra una tumoración ovárica torsionada y necrosada que se extirpa, lo que también es correcto.*
10. *Se hace una apendicectomía profiláctica. Actuación que se considera también correcta.*
11. *Por el resultado de la anatomía patológica no podemos conocer la naturaleza de la tumoración ovárica, aunque podemos sospechar que se tratara de un quiste simple.*
12. *En caso de que se hubiera hecho una ecografía diagnóstica, el tratamiento también debería haber sido quirúrgico dado el gran tamaño de la tumoración.*
13. *En ningún caso estaría indicada la detorsión del ovario por vía laparoscópica.*
14. *Consideramos, según nuestra experiencia personal, que muy difícilmente se podría haber conservado parcialmente el ovario”.*

**SEXTO.-** Por la compañía de seguros de la Fundación “Hospital de Cieza” se une informe pericial elaborado por tres médicos especialistas en Medicina Interna, Cirugía General y del Aparato Digestivo, y Obstetricia y Ginecología, respectivamente. Alcanza las siguientes conclusiones:

*“Primera: En las consultas al Servicio de Urgencias efectuadas por x en Octubre de 2007 se aplicaron los protocolos médicos recomendados en la bibliografía de referencia y de uso en la práctica clínica habitual.*

*Segunda: Los hallazgos objetivos disponibles tras sus dos primeras consultas no indicaban la necesidad de realizar ninguna otra prueba complementaria. La ausencia de fiebre, vómitos, palpación de masas anexiales o alteraciones analíticas significativas hizo que no se solicitaran pruebas complementarias adicionales.*

*Tercera: Aunque se hubiera realizado una ecografía en su segunda visita, y suponiendo que ésta hubiera permitido el diagnóstico de torsión ovárica un día antes, lo más probable es que la actitud quirúrgica y el resultado hubieran sido idénticos por dos motivos:*

*1.- Por ovario patológico: se ha señalado la alta probabilidad de que existiera patología ovárica de base que hubiera indicado igualmente la anexectomía.*

*2.- Por ovario no viable: como se ha documentado, aun cuando la presentación clínica lleva a una actuación muy rápida, la posibilidad de salvar el ovario no es mayor del 33%.*

*Cuarta: La actuación quirúrgica que se llevó a cabo, en cuanto a la elección de la técnica y aplicación de la misma, fue la indicada según la bibliografía de referencia y la práctica clínica habitual. La apendicectomía es obligada en estos casos. El conjunto de la actuación quirúrgica se realizó además de forma diligente y determinó la solución del cuadro.*

*Quinta: La anexectomía realizada no debe dejar a la paciente secuelas funcionales ni disminuir sus posibilidades de embarazo.*

#### CONCLUSIÓN FINAL

*La atención prestada a la paciente x, en relación con el diagnóstico y tratamiento del cuadro de abdomen agudo producido por una torsión ovárica en la Fundación Hospital de Cieza, fue acorde a la Lex Artis ad hoc, no hallándose indicios de conducta negligente ni mala praxis por parte del personal asistencial”.*

**SÉPTIMO.-** Recabado informe del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica), se emite el 2 de noviembre de 2010. La Inspectora informante concluye como sigue:

*“1) La niña de 13 años acude por dolor abdominal en flanco derecho durante tres días consecutivos (6, 7 y 8/10/07) al Servicio de Urgencias y una vez al Médico de Familia, sin síntomas de irritación peritoneal, practicándose analíticas y Rx que no resultaron determinantes para el diagnóstico.*

*2) No se realizó ecografía recomendada para descartar patología ovárica a pesar del diagnóstico reiterado de Dolor Abdominal Inespecífico. La realización de la ecografía no garantiza que fuera positiva.*

3) *Tras firmar la madre el consentimiento informado se realizó laparoscopia urgente el tercer día y su reconversión a laparotomía ante el hallazgo de tumoración fue correcta, posibilidad que se especifica en el mismo.*

4) *También fue correcta la apendicetomía incidental o complementaria.*

5) *No se hubiera evitado la ooforectomía ya que el estudio anatomopatológico muestra dos quistes que por su tamaño tuvieron que ser determinantes en la causa de la torsión y por su tamaño desaconsejaba otro tratamiento que no fuera la exéresis de la masa anexial”.*

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados (reclamante y aseguradoras) únicamente hace uso del mismo la madre de la paciente, presentando escrito de alegaciones en el que incide en el tardío diagnóstico de la patología que afectaba a su hija, considerando que de haberse diagnosticado antes no habría perdido el ovario y la trompa derechos, generándole una “*pérdida de oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado en el tiempo adecuado*”. Afirma, asimismo, que la actuación poco diligente y extemporánea de los facultativos queda acreditada en el informe de la Inspección Médica, al señalar que cuando la menor acude a Urgencias por segunda vez ya se le debían haber realizado más pruebas.

**NOVENO.-** Consta en el expediente que por la reclamante se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su reclamación, que se sigue ante la Sala del indicado orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Murcia con número de Procedimiento Ordinario 767/2009.

**DÉCIMO.-** Con fecha 4 de enero de 2011, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos a los que el ordenamiento anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 20 de enero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. La legitimación activa reside, cuando de daños corporales se trata, en quien los ha padecido, en este caso la menor x, cuya representación legal corresponde, a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil, a sus padres. En este concepto formula la reclamación x al identificarse como madre de la niña y pedir en su nombre la correspondiente indemnización.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria y vincularse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia, sin apreciarse obstáculo para ello en el hecho de que la asistencia a la que aquél se imputa haya sido prestada en un Hospital y por varios facultativos ajenos a la organización del Servicio Murciano de Salud, toda vez que, como viene sosteniendo este Consejo Jurídico (por todos, el Dictamen 116/2006), aunque la actuación sanitaria a la que se imputa el daño fue prestada en el Hospital de Cieza, cuya forma jurídica es fundacional, ello no es óbice para trasladar la responsabilidad a la entidad titular del servicio sanitario que en dicho centro se presta, el Servicio Murciano de Salud, siendo la Fundación "Hospital de Cieza" una vía descentralizada de prestación del servicio asistencial público, asignado por la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia al referido Ente Público (artículos 23 y 24).

2. Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo que la Ley concede para que el perjudicado deduzca su pretensión ante la Administración. En efecto, según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Añadiendo que en caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Pues bien, en el supuesto sometido a

consulta el alta médica se produce el día 13 de octubre de 2007, por lo que la reclamación presentada el día 3 de octubre de 2008, ha de entenderse deducida en tiempo.

3. El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP, si bien se ha excedido en mucho el plazo de seis meses que, para la tramitación de este tipo de procedimientos, fija el artículo 13 del indicado Reglamento.

**TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria.**  
**Consideraciones generales.**

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación del médico ha de regirse por la denominada "*lex artis ad hoc*", o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (por todos, Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *lex artis*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: "*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente*".

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que "*los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) (ello) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia*

*de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.*

En consecuencia, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis*, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento del servicio público sanitario.**

Para la reclamante, los facultativos que atendieron a su hija no ajustaron su actuación a los protocolos establecidos ante la presencia de un dolor abdominal como el que presentaba la menor.

Considera que debía habersele practicado una ecografía abdominal, lo que permitiría haber descubierto la torsión ovárica que presentaba. De haberlo hecho, podría haberse efectuado un tratamiento alternativo a la exéresis del ovario y la trompa derechas, como la detorsión, lo que hubiera permitido salvar el órgano y su función.

Afirma, asimismo, que previamente a la intervención no se le informó de que se le iba a extirpar un ovario y el apéndice, ni se le explicaron pautas alternativas de tratamiento.

#### I. Del retraso diagnóstico durante la atención en urgencias.

a) Sobre la base del informe pericial aportado por la reclamante al procedimiento, considera que debió efectuarse una anamnesis/exploración ginecológica, y no limitar el estudio a factores de origen gastrointestinal, singularmente porque la torsión ovárica es una de las dos causas más frecuentes de abdomen agudo en púberes y adolescentes. Considera, también, que no debió remitirse a la niña a su domicilio dada la continuación de los síntomas y la leucocitosis que ya presentaba el día 6 de octubre, sino que lo correcto habría sido efectuar nuevas pruebas diagnósticas que hubieran orientado hacia un juicio clínico acertado.

Frente a estas consideraciones se alzan los peritos de las aseguradoras y la propia Inspección Médica.

Sobre la consideración de la torsión ovárica como una de las causas más frecuentes de abdomen agudo, se afirma en el informe aportado por la aseguradora del Servicio Murciano de Salud que los dolores abdominales que se refieren al cuadrante inferior derecho del abdomen pueden estar producidos por unas quince causas descritas clásicamente en los textos de patología urgente en cirugía digestiva, y la torsión ovárica aparece en décimo lugar, de forma que, cuando un paciente presenta dolor en la fosa ilíaca derecha, sobre todo si se acompaña de vómitos y fiebre, casi con toda seguridad va a padecer un cuadro de apendicitis aguda. En cualquier caso, precisa que en las dos primeras ocasiones en que la paciente acude a urgencias presenta un cuadro que no puede calificarse de abdomen agudo, pues el dolor no era muy intenso, el abdomen era blando y depresible y el resultado de la analítica revelaba una leucocitosis no muy alta, sin la típica desviación a la izquierda de la fórmula leucocitaria. Si a ello se une que la radiografía de abdomen no era patológica, se considera que el diagnóstico de abdomen agudo era “*prácticamente imposible*”, siendo el diagnóstico de sospecha más probable el de dolor abdominal inespecífico (DAI) que es el que se dio.

Cuando acude el 8 de octubre, ya presenta nuevos síntomas (vómitos, fiebre y dolor en hipogastrio a la micción), lo que orienta el diagnóstico hacia un abdomen agudo por apendicitis y se indica la intervención quirúrgica.

Del mismo modo, los peritos de la aseguradora de la Fundación estiman que en la primera ocasión en que la niña acude a urgencias, se realizan todos los estudios pertinentes y se actúa conforme a los protocolos de abordaje del dolor abdominal en urgencias, dándole el alta ante la ausencia de signos de irritación peritoneal, la buena situación de la paciente y la retención de heces que muestra la radiografía efectuada, que pasa a considerarse como la causa del dolor, muy frecuente en niños y adolescentes, pues está en el origen de un 48% de los casos de dolor abdominal. De hecho, afirman que sólo el 2,7% de los casos de abdomen agudo de urgencias responden a torsión ovárica, lo que lleva a calificarla como causa infrecuente de abdomen agudo.

Cuando acude por segunda vez, consultando por el mismo motivo, el nivel de sospecha de patología significativa se eleva, lo que suele llevar a los médicos de urgencias a apurar las posibilidades diagnósticas solicitando pruebas complementarias, como podría haber sido la ecografía abdominal. No obstante, consideran los indicados peritos que como no había variado el cuadro inicial y los datos objetivos no sustentaban la petición de nuevas pruebas, la remisión de la niña a su domicilio para observar su evolución fue adecuada a los protocolos establecidos.

La Inspección Médica, por su parte, coincide con los peritos de las aseguradoras en cuanto a lo adecuado de la asistencia médica prestada los días 6, dada la inespecificidad de los síntomas y la menor evolución del proceso, y 8 de octubre.

Disiente, sin embargo, de aquéllos en relación a la procedencia de efectuar pruebas complementarias y estima que estaban indicadas cuando la paciente, con clínica similar, vuelve a urgencias el día 7 de octubre, fecha en la que debía haberse seguido una actitud diagnóstica más agresiva, considerando que, de haberse realizado una ecografía abdominal en esa fecha, sería muy probable que hubiera resultado positiva, mostrando la tumoración en el ovario.

En consecuencia, considera la Inspección Médica que la actuación expectante de los facultativos que atendieron a la niña el 7 de octubre de 2007 no fue adecuada a la *lex artis*, sino que deberían haberse realizado nuevas pruebas diagnósticas.

b) Esta consideración obliga a efectuar otra para progresar en el proceso lógico que constituye la determinación del nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y

el perjuicio padecido: en qué medida el retraso del diagnóstico incide en el estado de salud de la niña y qué consecuencias son imputables al mismo.

Para la reclamante, el diagnóstico precoz de la patología ginecológica habría permitido detorsionar el ovario y la trompa antes de su necrosis, lo que habría evitado su extirpación.

Una vez más, los peritos de las aseguradoras se oponen a esta consideración. Así, aunque se coincide con la reclamante en que una ecografía habría permitido diagnosticar la tumoración ovárica, ésta parece responder a una formación quística que, al aumentar el tamaño del ovario, es precisamente la que provoca la rotación de la gónada y la consecuente torsión. Por ello, una detorsión en este caso no eliminaría las infinitas posibilidades de que la torsión se repitiera. Además, comoquiera que la tumoración era mayor de cinco centímetros, su tratamiento debía ser necesariamente quirúrgico, considerando acertada la exéresis del ovario y trompa afectados.

En un 70% de los casos, la torsión ovárica se produce por la presencia de alguna alteración (formación de quistes o tumores) que genera un aumento del tamaño del órgano, lo que facilita su giro sobre el eje que forma la trompa ovárica. Otras causas pueden ser el embarazo, la presencia de ovarios poliquísticos o el hidrosalpinx.

Descartadas estas otras causas y aunque la necrosis del órgano biopsiado impide a anatomía patológica obtener más información acerca de las características de la tumoración y de la etiología de la rotación ovárica, y dado que la menor presentaba dos quistes ovoides de 10x8 y 6x4 centímetros, respectivamente, cabe considerar estos últimos como el motivo más probable de la rotación ovárica. Así lo entiende la Inspección Médica, cuando afirma que ambos quistes *“por su tamaño tuvieron que ser determinantes en la causa de la torsión”*.

Por otra parte, aunque no se puede afirmar que el día 7 de octubre no hubiera necrosis del órgano, considera la Inspección Médica que aún así no se habría evitado la ooforectomía, pues debido al tamaño de los quistes el tratamiento indicado es la extirpación del órgano antes que intentar escindir o drenar aquéllos.

En el mismo sentido se expresan los peritos de las aseguradoras, señalando que, aunque se hubiera realizado la ecografía el día 7 de octubre, y suponiendo que ésta hubiera permitido el diagnóstico un día antes (sólo el 38% de los casos de torsión ovárica se detecta antes de una exploración quirúrgica, aun utilizando los medios de imagen adecuados), la actitud quirúrgica y el resultado probablemente habrían sido los mismos, dada la muy probable patología ovárica (quistes

anexiales mayores de 5 centímetros) y la no viabilidad del ovario, pues aun cuando se actúa de forma inmediata, la posibilidad de salvar el ovario torsionado no es mayor de un 33%.

La valoración de los diversos informes y pareceres técnicos obrantes en el expediente, al margen del especial valor que, por las razones ya expuestas, se confiere al de la Inspección Médica, ha de responder a las reglas de la sana crítica en una contemplación de conjunto. Conforme a este criterio, el informe pericial de parte unido al procedimiento por la reclamante, según el cual habría sido posible la detorsión del ovario de haberse efectuado el diagnóstico un día antes, no acompaña tal conclusión de un razonamiento apoyado en hechos acreditados y fundamentos médicos que la justifiquen. Frente a dicha conclusión, por el contrario, se alzan los peritos de las dos aseguradoras y la propia Inspección Médica, que consideran la exéresis del ovario como la única solución frente a la patología sufrida por la niña, y ello aunque se hubiera podido diagnosticar un día antes, fundamentando su conclusión en hechos que constan en el expediente y en razonamientos médicos que se estiman suficientes.

c) Corolario de lo hasta aquí expuesto es que cabe apreciar la infracción de la *lex artis ad hoc*, cuando se omite la realización de nuevas pruebas diagnósticas a la paciente con ocasión de su segunda visita a urgencias (7 de octubre de 2007) consultando por el mismo cuadro. Ello permite afirmar la existencia de nexo causal entre el funcionamiento, en este supuesto anormal por omisión, de los servicios públicos sanitarios y el daño causado (su determinación y valoración será objeto de la Consideración Sexta de este Dictamen), y cuya antijuridicidad también ha de ser apreciada al no tener la reclamante el deber jurídico de soportarlo, pues deriva no de la enfermedad misma, sino de la actuación administrativa.

## II.- Sobre el déficit de información a la reclamante.

Afirma la reclamante que su hija fue preparada para ser intervenida sin que se le informara de las pautas quirúrgicas o terapéuticas a realizar, las alternativas existentes, que se le iba a practicar cirugía abierta y que se le iba a extirpar un ovario.

Si atendemos al documento de consentimiento informado firmado por la reclamante y que obra al folio 92, puede advertirse que se trata de un formulario en el que se ofrece información acerca de la intervención que iba a practicarse a la niña y que se identifica como “*cirugía de urgencia por abdomen agudo*”.

Se explica en el referido documento que se trata de realizar una exploración de la cavidad abdominal para comprobar la causa de las molestias que aquejan a la paciente, advirtiéndose,

además, que “*el cirujano podrá a la vez intentar solucionar el proceso mediante la extirpación del órgano enfermo (apéndice, vesícula biliar, segmento de intestino delgado o grueso, etc.)*” (apartado 3 del documento).

En el apartado 6 se afirma que en el caso de la paciente no existe alternativa terapéutica eficaz y en el 7 se alude a la posibilidad de efectuar la intervención por vía laparoscópica o incisión habitual, indicándose que en caso de que técnicamente o por hallazgos intraoperatorios no sea posible concluir la cirugía por vía laparoscópica, se procederá a realizar la incisión habitual.

Es éste un supuesto de lo que la doctrina ha dado en llamar “hallazgo médico”, por referencia a aquellas intervenciones que son pautadas con arreglo a un diagnóstico preoperatorio pero que, en el transcurso de la intervención, se encuentra una situación patológica sobre la que se decide actuar o se produce un cambio de diagnóstico, determinando la necesidad de alterar la cirugía o el tratamiento a aplicar para conseguir la curación de la verdadera patología, sólo desvelada tras comenzar la intervención.

En el supuesto sometido a consulta, las propias características de la intervención, cuya finalidad es inicialmente diagnóstica, pero que también permite solucionar el problema en un solo acto quirúrgico mediante el tratamiento del problema una vez ha sido identificado, determina que el consentimiento prestado haya de ser necesariamente amplio y más en una zona como la abdominal en la que se concentran tantos y tan diversos órganos y sistemas anatómicos. Precisamente por ello el documento firmado por la reclamante advierte de la posibilidad de extirpación del órgano afectado y de la necesidad de variar la técnica quirúrgica en atención a los hallazgos que surjan durante la intervención. Así, si bien la enumeración de los órganos que puede ser necesario extirpar no incluye a los ovarios, no puede dejar de advertirse que los que allí se expresan son los que de forma más habitual pueden dar lugar a un cuadro de abdomen agudo, sin perjuicio de dejar abierta la enumeración con un etcétera en el que cabe entender incluida la gónada extirpada, la necesidad de cuya exéresis ha quedado ampliamente acreditada en los informes médicos obrantes en el expediente.

Del mismo modo, el cambio de técnica quirúrgica, que pasa de ser laparoscopia a laparotomía, con las consecuencias negativas en tiempos de recuperación, secuelas estéticas, etc., que ello genera en la paciente, también aparece expresamente previsto en el documento firmado por la reclamante y ha sido motivado en el expediente.

**QUINTA.- Valoración del daño.**

Como ha quedado expuesto en la Consideración precedente, cabe apreciar la existencia de una actuación contraria a la *lex artis* cuando se omite la realización de una prueba diagnóstica que estaba indicada en atención a las circunstancias de la paciente. Al no realizarla se retrasa el diagnóstico de la patología que afectaba a la menor, si bien no cabe considerar que ello determinara una pérdida de oportunidades de curación o de evitar la pérdida del ovario y trompa extirpados, por las razones allí indicadas.

En cualquier caso, el indebido retraso diagnóstico sí conlleva un daño, si bien de carácter estrictamente moral (STSJ Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de abril de 2003), como es la innecesaria permanencia durante un día más en situación clínica de incertidumbre acerca de las causas de la enfermedad, con la lógica angustia y frustración por la espera de una asistencia que se estima necesaria y adecuada y con el padecimiento durante ese tiempo de los dolores que aquejaban a la paciente.

La siempre difícil labor valorativa de los daños se complica aún más en los supuestos de daños morales, pues se carece de módulos objetivos que faciliten la tarea. Su ausencia, dado que los criterios que para el cálculo de la indemnización que ofrece el artículo 141.2 LPAC resultan inaplicables para la cuantificación de un daño que, como el aquí indemnizable, no sea patrimonial, aboca a un juicio estrictamente prudencial que pondere las circunstancias que concurren, y atienda a lo fijado por los Tribunales de Justicia y por la doctrina del Consejo Jurídico.

En este sentido, es básico, para apreciar la existencia de daños morales indemnizables, que los mismos produzcan una afectación moral indudable, cuyo alcance no es fácilmente determinable, pues influyen muchas circunstancias de índole subjetivo que pueden llevar a un grado mayor o menor de afectación. En el presente supuesto, partimos de dos premisas; la primera, que los hechos por sí mismos produjeron un daño moral, derivado de la incertidumbre y zozobra que produjo la situación clínica de la paciente; la segunda, que no puede determinarse cuáles son los daños que, por un hipotético agravamiento de la enfermedad en tan corto período de tiempo, hubieran generado mayores secuelas que las que hubieran resultado de una debida atención y tratamiento unas horas antes, pues en modo alguno pueden ser indemnizables las secuelas debidas a la existencia misma de la enfermedad (exéresis de ovario y trompa).

Conforme con lo anterior, la cantidad de 3.000 euros, se considera acorde con los criterios expuestos, como global resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de la situación de angustia y desasosiego generada en el referido lapso de tiempo. Esta cantidad es muy próxima a la que concedió este Consejo Jurídico en un supuesto similar, de retraso diagnóstico de unas horas

por omisión de la prueba que habría revelado la verdadera naturaleza de la enfermedad (Dictamen 133/2004).

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, toda vez que el Consejo Jurídico aprecia la existencia de una infracción de la *lex artis* en la omisión de nuevas pruebas diagnósticas cuando la paciente acude al servicio de urgencias el 7 de octubre de 2007, conforme se indica en la Consideración Cuarta de este Dictamen, lo que determina la procedencia de declarar el derecho de la reclamante a ser indemnizada.

**SEGUNDA.-** La cuantía de la indemnización habrá de ajustarse a lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 117-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 23/05/2011

**Extracto de doctrina**

En un caso de muerte súbita, no ha quedado acreditado en el expediente que el fallecimiento haya sido consecuencia del funcionamiento del servicio sanitario (por la no adopción de las medidas adecuadas) sino proveniente de una evolución imprevisible de la enfermedad o dolencia (en estos supuestos el Consejo de Estado considera que la Administración no viene obligada a indemnizar, según Dictamen 4.428/96, de 20 de febrero de 1997).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 18 de diciembre de 2008, x, y, z, en su condición de esposa e hijos, respectivamente, del fallecido x, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, al que atribuyen una deficiente asistencia sanitaria.

Según relatan los reclamantes, el 18 de diciembre de 2007 avisaron a los Servicios de Urgencias al encontrarse mal el paciente, enviando una ambulancia sobre las 0,40 horas, siendo asistido por el personal sanitario, que dejó constancia en el historial de la dificultad respiratoria y de los siguientes síntomas: pitidos, picor en brazos y náuseas. Se le diagnosticó una crisis de ansiedad y se le prescribió orfidal.

Pese a que sus familiares insistieron para que se le practicara alguna prueba más, al no tener buen aspecto, la facultativa que le atendió afirmó que el diagnóstico era claro y que “ella sabía lo que tenía que hacer”.

El x falleció en su domicilio veinticuatro horas después de la asistencia descrita, es decir el 19 de diciembre de 2007, a las 00,54 horas.

En opinión de los reclamantes, hubo un defectuoso tratamiento en la asistencia dispensada al paciente por los servicios médicos públicos, puesto que no se logró determinar la patología que padecía, lo que ocasionó su fallecimiento.

Señalan que el informe preliminar de autopsia judicial de 19 de diciembre de 2007 concluye que la causa de fallecimiento fue una insuficiencia cardiaca aguda y en el dictamen núm. 07/15605 del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de 4 de abril de 2008, se apunta como posible causa del fallecimiento del paciente la muerte súbita.

Se reclama la cantidad 136.431,21 euros, conforme al baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero de 2007 de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones), desglosada en los siguientes conceptos:

- Para la viuda del fallecido la cantidad de 99.222,70 euros.
  
- Para su hija x, menor de veinticinco años, la cantidad de 16.537,11 euros.
  
- Para su hijo x, mayor de 25 años, la cantidad de 8.268,56 euros.

A las cantidades anteriores, le aplican el factor de corrección del 10%, incrementando la cuantía anterior en 12.402,84 euros.

Después de reseñar la normativa en la que se fundamenta la reclamación interpuesta, y de definir los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, los reclamantes expresan que tales requisitos concurren en el presente caso puesto que:

1. El daño resulta acreditado con el fallecimiento del paciente a las veinticuatro horas de ser atendido por profesionales del Servicio Murciano de Salud, sin someterlo a ninguna prueba médica, diagnosticándole una crisis de ansiedad.

2. También concurre la relación de causalidad entre el daño causado y el funcionamiento del servicio público, al que se acudió confiando en su adecuada prestación, puesto que una crisis de ansiedad no puede ser motivo del fallecimiento de una persona en el transcurso de veinticuatro horas desde su diagnóstico. Tampoco se le realizó ninguna prueba que evidenciara si con los síntomas que presentaba el paciente podría estar sufriendo una insuficiencia cardiaca que, finalmente, fue la causa de su fallecimiento.

3. Se produjo una infracción de la *lex artis*, que ha producido un daño antijurídico que debe ser reparado, al haberse dispensado una prestación sanitaria deficiente y cometido un error en el diagnóstico, puesto que los sanitarios que asistieron al paciente ni le realizaron un electrocardiograma en la misma ambulancia en la que se le atendió, ni tampoco dispusieron su

traslado a un Hospital para que se pudiese determinar el origen de sus dolencias y su correcto tratamiento.

Por último, solicitan como medios de prueba que se incorporen al procedimiento los documentos que se acompañan al escrito de reclamación: copia del parte de la asistencia dispensada por el Servicio de Urgencias el 18 de diciembre de 2007, en el que se recoge el diagnóstico de crisis de ansiedad; informe preliminar de autopsia judicial del Instituto de Medicina Legal de Murcia de 19 de diciembre de 2007, y dictamen núm.7/15605 del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de 4 de abril de 2008. También proponen como documental la copia de la historia clínica del paciente.

**SEGUNDO.-** La Jefa de Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud, mediante oficio de 19 de enero de 2009, se dirige a los reclamantes para que acrediten su condición de interesados, aportando éstos copia de los certificados de matrimonio del fallecido y de nacimiento de sus hijos traducidos al español (folios 16 a 28).

**TERCERO.-** Admitida a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 11 de marzo de 2009, es notificada a las partes interesadas.

Al mismo tiempo se solicitó copia de la historia clínica del paciente e informes de los facultativos que le atendieron a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia, que fueron remitidos mediante nota interior de 7 de abril de 2009 (folios 36 a 39).

De dicha documentación destaca el informe emitido por la médica de familia del Servicio de Urgencia de Atención Primaria MU-INFANTE, que asistió al paciente el 18 de diciembre de 2007, relatando lo siguiente:

*“PRIMERO.- Que sobre la media noche del día 18 de diciembre de 2007 recibió un aviso del Centro Coordinador de Emergencias, motivo por el cual se desplazó en el vehículo SUAP-2, en compañía del conductor y un DUE, hasta Puente Tocinos, -- (...).*

*SEGUNDO.- Una vez dentro de la vivienda procedió a examinar a un varón de unos cincuenta años, que estaba en compañía de su familia, que refería los siguientes síntomas: dificultad respiratoria, palidez, picor en brazos y náuseas.*

*TERCERO.- los resultados de la exploración fueron: clínicamente asintomático, constitución atlética, SAT 02:97%, FC: 76 lpm, AC: rítmica sin soplos a 76 lpm. AP: MVN, TA: 130/80.*

*CUARTO.- Del resultado de la exploración, de la información facilitada por el propio paciente y su familia respecto del historial de enfermedades y hábitos, se determinó la ausencia de síntomas asociados a la insuficiencia cardíaca, tales como disnea paroxística nocturna, ingurgitación yugular, estertores, cardiomegalia, edema agudo de pulmón, galope por tercer ruido, reflujo hepato-yugular, tos nocturna, sibilancias, edemas, astenia, anorexia o letargia, etc. Por ello se diagnosticó una crisis de ansiedad, prescribiéndosele como tratamiento orfidal y control por su médico de familia.*

*QUINTO: De la lectura del informe forense, en modo alguno puede deducirse que la existencia de una mala praxis fuera el elemento causal del fallecimiento del paciente”.*

**CUARTO.-** Habiéndose solicitado al Juzgado de Instrucción núm. 7 de Murcia el testimonio de las Diligencias Previas núm. 245/2008, incoadas con motivo del fallecimiento de x, son remitidas el 24 de abril de 2009, siendo incorporadas al procedimiento (folios 40 y ss.), destacándose las siguientes actuaciones:

1. El informe preliminar de autopsia judicial del Instituto de Medicina Legal de Murcia de 19 de diciembre de 2007, que, tras el examen externo e interno del cadáver, hace constar que el fallecimiento de x fue de origen natural, que la causa de la muerte fue una insuficiencia cardíaca aguda, y que la hora de la misma puede establecerse a las doce horas y cincuenta y cuatro minutos del 19 de diciembre de 2007. No obstante, se puntualiza que tales conclusiones eran provisionales, hasta la recepción de los resultados del estudio anatomopatológico.

2. El dictamen núm. 7/15605, de 4 de abril de 2008, del Servicio de Histopatología del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses de Madrid, que en el análisis de la muestra de su corazón resume los siguientes resultados:

*“Corazón: Probable hipertrofia cardíaca. Ateromatosis coronaria con estenosis focal estimada del 50-70% en la coronaria dcha. y 40% en la circunfleja.*

*Comentario: La patología cardíaca observada por sí sola tiene una leve-moderada probabilidad de tener relación causal con la muerte, siempre que se hayan descartado otras causas. No obstante, la causa más probable de la muerte ha de ser valorada por la médico forense, a la vista de todos los datos conocidos del caso, y resultados de otros análisis complementarios”.*

3. El informe de toxicología del Instituto de Medicina Legal de Murcia, que, sobre una muestra de sangre extraída, hace constar que el resultado de alcoholemia era negativo y positivo para cafeína.

4. El Auto de 4 de junio de 2008 del Juzgado de Instrucción núm. 7 de Murcia, por el que se decreta el sobreseimiento libre y el archivo de las Diligencias Previas 245/2008, al no revestir carácter de infracción criminal los hechos denunciados.

**QUINTO.-** Por la Compañía Aseguradora del Servicio Murciano de Salud se aportó dictamen pericial sobre el contenido de la reclamación, en el que tras relatar el objeto de la misma y formular las oportunas consideraciones médicas, se concluye lo siguiente (folios 85 a 105):

*“1. Con los datos disponibles, la atención médica en el domicilio puede considerarse correcta.*

*2. Se realizó la anamnesis y una adecuada exploración física.*

*3. El diagnóstico era compatible con los síntomas y signos que presentaba el paciente.*

*4. El tratamiento fue adecuado, aunque debió emplearse la vía sublingual.*

*5. El paciente falleció a las 24 horas de esta Atención Médica. Desconocemos el motivo por el que no consultó al Médico de Familia como se había indicado. Desconocemos la evolución clínica del proceso en las horas siguientes a la consulta con el 061.*

*6. No hay datos suficientes, que sustenten de forma clara, que existió un proceso previo, ni diagnosticado y con posibilidad de prevención del evento final en las horas previas al fallecimiento”.*

**SEXTO.-** Consta que se ha interpuesto por los reclamantes recurso contencioso administrativo frente a la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia (recurso núm. 926/2009), y que el citado Tribunal solicitó el expediente original y se instó el emplazamiento de los interesados, requerimientos que fueron debidamente cumplimentados.

**SÉPTIMO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica, es evacuado el 21 de octubre de 2010 con las siguientes conclusiones:

“1) Varón de 55 años, sin antecedentes de enfermedad, ni factores de riesgo cardiovascular, que estando en su domicilio es atendido por el equipo del Servicio de Urgencias de Atención Primaria (SUAP) sobre las 0,40 horas del 18/12/07 tras avisar por dificultad respiratoria.

2) Se procedió a la exploración descartando patología pulmonar y cardíaca y diagnosticándole de crisis de ansiedad al presentar síntomas compatibles con esta patología, tratándole con un ansiolítico y recomendado seguimiento por médico de familia, al que no acude.

3) La noche siguiente vuelve a encontrarse mal, cuando llega el equipo médico le realiza la RCP sin éxito, constando la data de la muerte a las doce cincuenta y cuatro (a las 24 horas aproximadamente del anterior aviso).

4) A la vista de la autopsia se confirma lo hallado en la exploración física del enfermo, no hubo causa pulmonar en el fallecimiento, tampoco hubo infarto agudo de miocardio, ni signos de insuficiencia cardíaca crónica por lo que se diagnostica la posible causa de la muerte compatible con una muerte de origen natural, secundaria a insuficiencia cardíaca aguda. En un 15% de los casos la primera manifestación de la enfermedad cardíaca será la muerte súbita.

5) No podemos asegurar que el proceso previo estuviera relacionado con el fallecimiento. La actuación de los profesionales en Urgencias fue ajustada a una práctica médica correcta y no se pudo prever la muerte”.

**OCTAVO.-** Otorgado un trámite de audiencia a los interesados, no consta que formularan alegaciones, tras lo cual se formula propuesta de resolución desestimatoria, por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, al no apreciarse infracción de la *lex artis*.

**NOVENO.-** Con fecha 26 de enero de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

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

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

1. Los reclamantes, en su condición de viuda e hijos del finado, ostentan la condición de interesados para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 RRP.

2. La legitimación pasiva deriva de la titularidad pública predicable de la asistencia sanitaria a la que se atribuye el daño, concretamente la prestada por el personal sanitario del Servicio de Urgencias de Atención Primaria del Infante, de Murcia.

3. La reclamación, presentada el 18 de diciembre de 2008, se ha interpuesto dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que las Diligencias Previa 245/2008 fueron archivadas el 4 de junio de 2008, remitiéndose el Consejo Jurídico a su doctrina sobre la interrupción del plazo de prescripción en tales supuestos (por todos, Dictamen núm. 82/2007).

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación del sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada "*lex artis ad hoc*" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

Por ello, la doctrina jurisprudencial lo utiliza como parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño, diferenciando los supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa de aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural

de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

**CUARTA.- Falta de acreditación de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el presente caso.**

Los reclamantes atribuyen al servicio público sanitario un error en el diagnóstico y una prestación sanitaria deficiente, pues, en su opinión, ante los síntomas que presentaba el paciente de dificultad respiratoria, pitidos, picor en brazos y náuseas, se le diagnosticó una crisis de ansiedad, sin practicarle ninguna otra prueba, ni un electrocardiograma *in situ* en la ambulancia, ni se le derivó al Hospital que le correspondiese para intentar averiguar su patología y para que le realizasen más pruebas que detectaran la insuficiencia cardiaca, que finalmente fue la causante del daño que consideran antijurídico.

Sin embargo, salvo sus aseveraciones, los interesados no han aportado un juicio técnico (que sólo puede corresponder a los profesionales de la medicina) que valore dicha asistencia y en qué medida se podía haber identificado la patología del paciente, cuando, según se infiere de la instrucción, ni tan siquiera se puede aseverar que el proceso previo estuviera relacionado con el fallecimiento, correspondiendo a los reclamantes la carga de la prueba, de conformidad con lo previsto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por el contrario, las precitadas imputaciones de la parte reclamante han sido refutadas de forma motivada por la Inspección Médica, cuyo carácter técnico ha sido destacado por este Consejo Jurídico (Dictámenes núms. 133/04 y 56/05), resaltando la propuesta elevada que la causa de la muerte del paciente fue súbita (natural, inesperada y rápida), sin factores de riesgo conocidos, conforme expresa el acta de inspección ocular de la Jefatura Superior de Policía, en la que se recoge el testimonio de la viuda de que su marido no estaba medicado, ni padecía enfermedad alguna; en todo caso, en la exploración física de la facultativa de los Servicios de Urgencia se comprobó que no padecía dolencia pulmonar, ni sufría infarto de miocardio, ni presentaba signos de insuficiencia cardiaca crónica.

Veamos, pues, con mayor detalle el juicio crítico sobre la asistencia sanitaria realizado por la Inspección Médica:

1. Cuando los Servicios de Urgencias llegan al domicilio del paciente (de 55 años de edad, 90 Kg. de peso y 180 cms. de talla) a las 0,40 horas del día 18 de diciembre de 2007, tras ser avisados por presentar dificultad respiratoria, el paciente se encuentra bien, según se anota en el parte de asistencia de dichos Servicios aportado por los reclamantes: *“enfermedad actual: dificultad respiratoria, pálido y picor en brazos. Náuseas. A la llegada está perfectamente. Refiere que ha durado 8 minutos”*.

2. Posteriormente la facultativa procede a la exploración, descartando la patología pulmonar por los datos que expresa, comprobando que la frecuencia cardíaca era normal con auscultación rítmica sin soplos, al igual que la tensión arterial, sin que se detectaran síntomas de insuficiencia cardíaca (folio 37). Según expresa la Inspección Médica, la anamnesis y exploración física orientan hacia la etiología de disnea, diagnosticándole crisis de ansiedad al resultar compatibles los síntomas con dicha patología, recomendando, no obstante, su seguimiento por el médico de familia, a cuya consulta el paciente no acudió al día siguiente.

No se prescribieron nuevas pruebas complementarias porque no se dudó de la causa de la disnea, al encontrarse el paciente estabilizado en aquel momento.

3. Conviene destacar que en la autopsia se confirma lo hallado en la exploración física del enfermo, dado que no hubo causa pulmonar en el fallecimiento, ni infarto agudo de miocardio, ni signos de insuficiencia cardíaca crónica, por lo que la posible causa de la muerte se diagnostica como insuficiencia cardíaca aguda.

4. Si la asistencia sanitaria, que se produjo 24 horas, aproximadamente, antes de su fallecimiento, resultó insatisfactoria para la familia no se explica por qué el paciente, en el caso de que se hubiera seguido encontrándose mal a la mañana siguiente, no acudió a su médico de familia o centro hospitalario. Además, el fallecimiento, en un paciente que no presentaba factores de riesgo conocidos, cumple en opinión de la Inspección Médica los requisitos de la muerte súbita, que puede esperarse como primera manifestación de la enfermedad cardíaca en un 15% de casos, según sus conclusiones.

De lo expuesto se desprende que no cabe concluir, como pretenden los reclamantes, que en la primera asistencia de urgencias pudiera detectarse la verdadera naturaleza de su mal, pues, atendidas las circunstancias, la médica actuó de acuerdo con la *“lex artis”*. En efecto, realizó las

pruebas diagnósticas que tenía a su alcance (exploración física e interrogatorio de antecedentes personales y familiares) y el resultado de las mismas orientó su juicio clínico hacia una patología que resultaba compatible con los síntomas que presentaba el paciente, según confirma la Inspección Médica, sin que haya quedado acreditado en el expediente que la "*lex artis ad hoc*" aconsejara la realización de pruebas complementarias para conseguir un diagnóstico diferencial, cuando el paciente se encontraba bien cuando acudieron los Servicios de Urgencias, según se anota en el parte de asistencias aportado por la parte reclamante, y se confirma por los parámetros que se describen en el historial por la facultativa (folio 37).

Como también indicamos en nuestro Dictamen 48/1998 en un caso de muerte súbita, no ha quedado acreditado en el expediente que el fallecimiento haya sido consecuencia del funcionamiento del servicio sanitario (por la no adopción de las medidas adecuadas) sino proveniente de una evolución imprevisible de la enfermedad o dolencia (en estos supuestos el Consejo de Estado considera que la Administración no viene obligada a indemnizar, según Dictamen 4.428/96, de 20 de febrero de 1997).

En suma, a la vista de las valoraciones técnicas de la asistencia prestada por la facultativa, constituida por el informe de la Inspección Médica y por el aportado por la compañía de seguros, se ha de concluir que la actuación de la profesional del Servicio de Urgencias fue ajustada a una práctica médica correcta y no se pudo prever la muerte del paciente.

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

### **CONCLUSIÓN**

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

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 118-2011**

**Asunto** Revisión de oficio de la resolución de compatibilidad a favor de x, dictada por el Director General de Recursos Humanos del Servicio Murciano de Salud por delegación del Director General.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 31/05/2011

**Extracto doctrina**

Lo decisivo en la interpretación del artículo 62.1, f) LPAC es la trascendencia del presupuesto o requisito, fáctico o jurídico, exigido por la norma sectorial aplicable, lo que exigirá realizar un "juicio de relevancia" del mismo, tomando como elementos de dicho juicio el contexto jurídico en que el acto se enmarca y atendiendo a la finalidad del requisito en cuestión y su incidencia en la finalidad del acto en sí. Ello requerirá poner en relación la trascendencia de la carencia del requisito con el fin público perseguido con su exigencia.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 15 de enero de 2010, x presenta solicitud de compatibilidad para actividad privada, dirigida al Director Gerente del Servicio Murciano de Salud. En ella solicita la compatibilidad de su actividad en el sector público como "Facultativo Especialista de Área (F.E.A) de Farmacia Hospitalaria" en el Hospital "Santa María del Rosell" de Cartagena, con la actividad privada por cuenta ajena en una Oficina de Farmacia.

Con la misma fecha, el interesado presenta su renuncia a la percepción del complemento específico del personal facultativo del Servicio Murciano de Salud.

**SEGUNDO.-** El 19 de enero, el Director Gerente del Hospital emite informe sobre las características del puesto de trabajo del solicitante de compatibilidad, en el que consta que presta sus servicios en él como personal estatutario eventual, ocupando un puesto de F.E.A. en Farmacia Hospitalaria, en turno fijo de mañanas.

**TERCERO.-** El 18 de marzo, el Servicio de Gestión de Personal de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Murciano de Salud emite informe favorable a la solicitud presentada por el interesado *"para el ejercicio de la actividad privada, por cuenta ajena, de*

*farmacéutico adjunto, en la empresa Farmacia ..., C.B., domiciliada en C/...de Molinos Marfagones, centro de trabajo Molinos Marfagones".*

El fundamento del parecer favorable se encuentra en las siguientes consideraciones:

- Está incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LI), a la que remite la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

- El horario de la actividad privada no alcanza el 50% del que tiene establecido en su puesto público (art. 12.2 LI).

- No tiene dedicación exclusiva al sistema sanitario público tras serle aceptada su renuncia al cobro del complemento específico de su puesto de trabajo.

**CUARTO.-** Por Resolución del Director General de Recursos Humanos, dictada por delegación del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, de 18 de marzo de 2010, se reconoce al interesado la compatibilidad para el ejercicio de la actividad privada, por cuenta ajena, de *"Farmacéutico adjunto, en Farmacia ..., C.B. en Molinos Marfagones"*, en horario de lunes a sábado de 17:00 a 19:00 horas, con un total de doce horas semanales.

**QUINTO.-** El 23 de diciembre se emite, por el Servicio Jurídico de Recursos Humanos del Servicio Murciano de Salud, informe-propuesta de revisión de oficio de la Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 18 de marzo de 2010, al considerar que el interesado *"ha podido obtener el reconocimiento de compatibilidad para la actividad privada, sin reunir los requisitos esenciales que son necesarios para ello"*.

Analiza la normativa de incompatibilidades, singularmente los artículos 1.3 y 11.1 LI, que sobre la base del principio general de incompatibilidad con el ejercicio de actividades que puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes del empleado público o comprometer su imparcialidad o independencia, proscriben el desempeño de actividades privadas que se relacionen directamente con los asuntos sometidos a informe, decisión, ayuda financiera o control por parte del Departamento, Organismo o Entidad de destino (art. 9 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, de desarrollo parcial de la LI).

Asimismo, la Ley 3/1997, de 28 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia (LF), establece un régimen específico de incompatibilidades (art. 47) a que están sometidos los farmacéuticos adjuntos (actividad para la que había sido concedida la compatibilidad), que les impide el ejercicio profesional en otros servicios de atención farmacéutica enumerados en el artículo 4 LF, entre los cuales se encuentran los servicios de farmacia de los hospitales.

**SEXTO.-** El 8 de marzo de 2011, el Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad y Consumo propone incoar el procedimiento de revisión de oficio del reconocimiento de compatibilidad efectuado.

En la misma fecha se dicta Orden de incoación del procedimiento revisorio, en la que se concede trámite de audiencia al interesado.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 1 de abril, el interesado presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta que el 22 de julio de 2010 remitió al Director Gerente del Servicio Murciano de Salud un escrito en el que comunicaba que cesaba en la actividad para la que se le había concedido la compatibilidad. En consecuencia, considera innecesaria la continuación del expediente, solicitando su paralización y archivo.

Adjunta el aludido escrito de 22 de julio.

**OCTAVO.-** El 13 de abril de 2011 emite informe-propuesta el Servicio Jurídico de la Consejería consultante, en el que propone declarar la nulidad del reconocimiento de compatibilidad de constante cita, al considerar concurrente la causa de nulidad contemplada por el artículo 62.1, letra f) LPAC, toda vez que al compatibilizarse su ejercicio profesional como farmacéutico en el "Hospital Santa María del Rosell" de Cartagena y la actividad privada como farmacéutico adjunto de una oficina de farmacia, habría obtenido una facultad o derecho careciendo de los requisitos esenciales para ello, pues la normativa específica de incompatibilidades establecida por la LF no permitía dicha compatibilidad.

**NOVENO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 27 de abril en sentido favorable a la revisión propuesta, asumiendo en su integridad la fundamentación jurídica de la propuesta de orden formulada por el Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad y Consumo.

**DÉCIMO.-** Por Orden de 4 de mayo de 2011, de la Consejería de Sanidad y Consumo, dictada por delegación por su Secretario General, se acuerda someter el expediente revisorio a consulta del Consejo Jurídico.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 9 de mayo de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ) declara el carácter preceptivo de nuestro Dictamen para la revisión de oficio de los actos administrativos en los casos previstos por las leyes, y el artículo 102.1 LPAC exige, como trámite necesario para declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos, el Dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

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

A la vista de la documentación remitida a este Consejo Jurídico, puede afirmarse que, en lo que atañe al procedimiento, se ha seguido lo dispuesto al efecto en la LPAC, singularmente en cuanto al trámite de audiencia al interesado y a la emisión de los informes preceptivos.

Ha de efectuarse una consideración, no obstante, acerca de la incidencia que ha de tener en el presente procedimiento la comunicación por parte del interesado acerca de su cese en el ejercicio de la actividad privada para el que le fue reconocida la compatibilidad.

Carece el expediente de información acerca de las consecuencias que tal comunicación llevó anudadas para el interesado, en especial, en lo tocante a sus retribuciones y a la percepción de nuevo del complemento al que había renunciado como requisito para obtener el reconocimiento de la compatibilidad solicitada.

En cualquier caso, el reconocimiento de compatibilidad entre la actividad pública que se desempeña en el puesto de trabajo y una actividad profesional privada, tiene como presupuesto el

efectivo ejercicio de ésta, y se otorga *ad hoc*, es decir, sólo para dicha actividad y mientras se mantengan las circunstancias que posibilitan el reconocimiento, por excepción, de la compatibilidad. Por ello, cualquier alteración en las circunstancias relevantes para la compatibilidad priva de efectos a su reconocimiento, sin necesidad de acudir al instituto de la revisión de oficio de actos nulos, al que deberá acudir la Administración cuando pretenda privar de efectos a la compatibilidad concedida por advertir que se incurrió en error al aplicar el derecho al supuesto de hecho concurrente en el momento del reconocimiento.

En este sentido se expresa el TSJ Castilla-La Mancha, en sentencia 10165/2009, de 14 de julio:

*“la concesión de compatibilidad se otorga con la cláusula implícita "rebus sic stantibus", siempre referida, naturalmente, a alteraciones relativas a circunstancias relevantes desde el punto de vista de la compatibilidad (circunstancias que, para actividades privadas, son esencialmente las contenidas en los artículos 1.3, 11.1 y 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades). Dicho de otro modo. Sin duda, si las circunstancias existentes en la época en la que se concede la compatibilidad, no cambian, dicha compatibilidad no puede ser revocada sino en caso de nulidad o anulabilidad en su concesión (no por razones de cambio de apreciación de la oportunidad de la concesión) y además en todo caso con sujeción a los procedimientos reglados establecidos (a saber: artículos 102 y siguientes de la Ley 30/92). Ahora bien, si circunstancias relevantes para la decisión se han alterado esencialmente -por ejemplo el puesto pasa a tener asignado un complemento específico superior al 30 % del sueldo base, artículo 16.4 de la Ley 53/1984), entonces una revocación de la compatibilidad no supone la revisión de una decisión previa, sino la adaptación a un cambio real de circunstancias, y por tanto no se puede entender que la revisión deba sujetarse al formal procedimiento de los artículos 102 y siguientes. Pues estos artículos son de aplicación, siempre, cuando se revoca algo concedido en igualdad de circunstancias, no cuando hay una alteración de circunstancias que justifica la adopción de un nuevo status jurídico”.*

En el supuesto sometido a consulta, cuando el interesado comunica a la Administración que ha cesado en el ejercicio de la actividad privada para la que se le había reconocido la compatibilidad y que vuelve a la situación de incompatibilidad, pone de manifiesto que el reconocimiento efectuado por el Servicio Murciano de Salud, a instancia del interesado, ha quedado privado de su causa, lo que debió mover a la Administración actuante a la mera declaración de esta circunstancia y la consecuente cesación de los efectos del reconocimiento de compatibilidad, de nuevo a solicitud del interesado.

Puede ocurrir, no obstante, que la Administración considere que el reconocimiento de compatibilidad fuera especialmente perjudicial para el interés general, y que proceda dejarlo sin efectos desde el momento en que se dictó, debiendo entonces declarar su nulidad, dada la eficacia *ex tunc* propia de tal declaración.

Sin embargo, nada se contiene en la propuesta de resolución al respecto, a pesar de la alegación formulada por el interesado acerca de la improcedencia de acudir a la revisión de oficio.

No obstante, se procede a analizar la causa de nulidad esgrimida por la Administración, pues este Consejo Jurídico lo considera conveniente para su esclarecimiento, atendido su interés.

**TERCERA.- De la causa de nulidad invocada: actos por los que se adquieren facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para ello.**

La propuesta de resolución considera concurrente la causa de nulidad contemplada por el artículo 62.1, letra f) LPAC, toda vez que al compatibilizarse el ejercicio profesional del interesado como farmacéutico en el “Hospital Santa María del Rosell” de Cartagena y la actividad privada como farmacéutico adjunto de una oficina de farmacia, habría obtenido una facultad o derecho careciendo de los requisitos esenciales para ello, pues la normativa específica de incompatibilidades establecida por la LF no permitía dicha compatibilidad. Ha de destacarse que nada impide acudir a las normas que regulan el ejercicio profesional (art. 47 LF) para declarar la incompatibilidad de quien desempeña tal profesión en el ámbito de la Administración Pública, toda vez que *“la figura jurídica de la incompatibilidad del funcionario público es, de esencia, bilateral en sus causas y efectos, dado que cuando se establece normativamente que una actividad o ejercicio profesional es incompatible, lo será siempre respecto de otra determinada actividad, derivándose en consecuencia, entre ambas esferas, una relación excluyente de prohibición de simultaneidad; por eso no existe ningún inconveniente de principio que impida sostener que en las situaciones o causas de incompatibilidad se dan supuestos de ejercicio de competencias de diversos órdenes, acentuado cuando se trate de colisión de áreas de actividad sujetas a esferas organizativas separadas o autónomas entre sí, en cuyos supuestos la bilateralidad como nota esencial de la incompatibilidad resulta tanto más clara y caracterizadora cuando se produce entre el desempeño de funciones públicas y el ejercicio de actividades privadas (profesión libre) cuya ordenación y disciplina ha sido encomendada, «ex lege» y cualquiera que sea su carácter en régimen de autonomía a una determinada corporación profesional y, a estos efectos, debe insistirse en que el posible quebrantamiento por el funcionario público de un deber legal de incompatibilidad consiste precisamente en el potencial ejercicio de una actividad profesional privada, la cual deviene entonces ilícita en cuanto que prohibida por la ley”* (STS, Sala 3ª, de 19 de octubre de 1981).

En cualquier caso, la aplicación de dichas normas reguladoras de la profesión no debe hacer olvidar que el acto cuya revisión se pretende no es el del correspondiente colegio profesional en el ejercicio de sus funciones de ordenación de la profesión, sino el reconocimiento por la Administración regional de la compatibilidad a un funcionario público, lo que obliga a situar el análisis de la cuestión en el sistema general de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. La normativa reguladora de dicho sistema, sobre la base del principio general de incompatibilidad con el ejercicio de actividades que puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes del empleado público o comprometer su imparcialidad o independencia, proscribire el desempeño de actividades privadas que se relacionen directamente con los asuntos sometidos a informe, decisión, ayuda financiera o control por parte del Departamento, Organismo o Entidad de destino (artículos 1.3 y 11.1 LI, y 9 RD 598/1985).

1. La aplicación de la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el 62.1,f) LPAC al presente caso, por reconocer la compatibilidad para ejercer simultáneamente la profesión de farmacéutico en el servicio de farmacia de un hospital y en una oficina de farmacia.

Al tratarse la revisión de oficio de los actos administrativos de un cauce de utilización excepcional, frente a la regla general de la anulabilidad, exige una interpretación estricta de las causas de nulidad de pleno derecho, máxime en el caso concreto del vicio establecido en el artículo 62.1,f) LPAC: *“actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por el que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”*.

Esta causa de nulidad tiene su centro de gravedad en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales del acto, cuestión ésta que sólo puede resolverse caso por caso, como ha manifestado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, Dictamen núm. 118/03).

Profundizando en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales de los que debe carecer el afectado para la aplicación de tal supuesto, la doctrina del Consejo de Estado ha señalado que *“para que el vicio se produzca no resulta suficiente una vulneración objetiva del ordenamiento, con independencia de la gravedad que revista, sino que es preciso que esta vulneración consista precisamente en la carencia en la persona que adquiere una facultad o un derecho de un requisito esencial de carácter subjetivo”* (Dictamen del Consejo de Estado núm. 1530/2002).

Siguiendo la línea doctrinal del Consejo de Estado, en el Dictamen 200/2002 de este Consejo Jurídico expresamos que aquel Alto Órgano Consultivo entiende que, a estos efectos, esencialidad es *“lo que verdaderamente es inherente, estructural del acto”* (Dictamen de 25 de marzo de 1999). Y, ahondando en su exégesis, afirma que *“la noción de requisitos esenciales para la adquisición de derechos o facultades a que se refiere el precepto legal incluye, de una parte, los presupuestos de los actos y, de otra los requisitos de los actos. Presupuestos son las circunstancias de orden fáctico o jurídico que, siendo independientes, anteriores y externos al acto mismo, deben concurrir para que también sea posible y eficaz. Sin los presupuestos legales, el acto carece de sustento y fundamento de razón de ser, precisamente por faltar aquéllos”* (Dictamen de 4 de noviembre de 1999).

Quiere decirse, pues, que lo decisivo en la interpretación del artículo 62.1, f) LPAC es la trascendencia del presupuesto o requisito, fáctico o jurídico, exigido por la norma sectorial aplicable, lo que exigirá realizar un *“juicio de relevancia”* del mismo, tomando como elementos de dicho juicio el contexto jurídico en que el acto se enmarca y atendiendo a la finalidad del requisito en cuestión y su incidencia en la finalidad del acto en sí. Ello requerirá poner en relación la trascendencia de la carencia del requisito con el fin público perseguido con su exigencia.

El mismo Consejo de Estado, cuando ha dictaminado con ocasión de consultas relativas a procedimientos de revisión de oficio de actos de reconocimiento de compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas, ha precisado aún más esta interpretación, señalando qué puede considerarse como requisito esencial en la materia. Así, en el Dictamen 3345/2000, de 5 de diciembre, establece que *“a pesar de la aparente conexión que a primera vista puede presentar la resolución viciada con el supuesto de actos nulos de pleno derecho previsto en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, hay que observar que no carece el interesado de los requisitos esenciales entendidos como presupuestos necesarios para que pueda considerarse la resolución administrativa de reconocimiento de la compatibilidad como carente absolutamente de base. Así, más propiamente se trata de un caso de infracción grave de una norma de rango legal por un acto administrativo. (...) la premisa básica sobre la que se construye la posibilidad de reconocer la compatibilidad está constituida por la posesión de la condición de funcionario público y su situación en servicio activo, presupuestos esenciales que concurrían en el interesado. Ir más allá, forzando la conversión de la prohibición legal de conceder la compatibilidad fuera del caso previsto en el artículo 16 de la Ley 53/1984 en requisito esencial negativo para acceder a su reconocimiento significaría una distorsión de su trascendencia, con erosión de la línea divisoria entre anulabilidad y nulidad, y, en último término, con efectos expansivos de una potestad administrativa excepcional”*.

En atención a esta doctrina, requisitos esenciales para el reconocimiento de la compatibilidad, entendidos como premisas básicas sobre las que se construye la posibilidad de reconocer la compatibilidad serían ostentar la condición de funcionario público y estar en servicio activo. Ciertamente, restringir los requisitos esenciales a los expuestos quizás resulte excesivo, pudiendo añadir otros como el ejercicio simultáneo de actividad privada, que dota de causa a la compatibilidad, o aquellos que puedan identificarse con ocasión del análisis casuístico de otros supuestos, y así ha sido admitido por otros órganos consultivos (Consejo Consultivo de Galicia, Dictamen 893/2003, Consejo Consultivo de Castilla y León, de 17 de junio de 2008, entre otros) y por la jurisprudencia menor (STSJ Galicia, Sala de lo Contencioso, núm. 528/2005 de 6 julio).

En cualquier caso, frente al carácter absolutamente necesario de los requisitos esenciales, de forma que la ausencia de cualquiera de ellos haría imposible reconocer la institución jurídica de la compatibilidad, otros, caracterizados como prohibiciones, carecen de la esencialidad propia de aquéllos, como demuestra el hecho de que la normativa reguladora establezca excepciones puntuales a dichas interdicciones.

Así, frente a la general prohibición de simultanear el desempeño de un puesto de trabajo en la Administración Pública con el ejercicio de otra actividad privada bajo la dependencia o al servicio de particulares o entidades que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad de destino (arts. 1.3 y 11.1 LI), el artículo 26 RD 598/1985, posibilita el reconocimiento de compatibilidad entre el desempeño de actividad sanitaria (la farmacéutica lo es) en hospitales de la Seguridad Social con una actividad sanitaria privada, salvo si percibe complemento de especial dedicación o similar, y siempre que la actividad privada no se ejerza sobre pacientes atendidos en el hospital.

Del mismo modo, frente a la prohibición de simultanear el ejercicio de la profesión de farmacéutico en un puesto del sector público con la actividad en una oficina de farmacia, la Disposición transitoria sexta LI excepcionaba el supuesto de los pertenecientes al Cuerpo de Farmacéuticos titulares, quienes venían obligados a tener una oficina de farmacia abierta en la propia localidad en la que ejercieran su función.

Es evidente que tales normas nunca podrían justificar la compatibilidad reconocida al interesado, pues la primera de las citadas cedería ante la especificidad del régimen de incompatibilidades de los farmacéuticos y la segunda, al margen de su eficacia meramente transitoria, se refiere a un colectivo de farmacéuticos al que no consta que pertenezca el interesado. Ahora bien, sí son útiles como criterio hermenéutico para determinar la relevancia que, en el sistema de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas,

posee la interdicción infringida al dictar el acto cuya revisión se pretende, pues cuando el ordenamiento admite la posibilidad de reconocer una compatibilidad excepcionando la prohibición, descarta su consideración como presupuesto inherente a la estructura definitoria del acto, careciendo en consecuencia de la esencialidad necesaria para poder entender concurrente la causa de nulidad invocada.

Otro de los criterios interpretativos al que cabe acudir en el juicio de relevancia del requisito es el que atiende a su finalidad y su incidencia en la finalidad del acto en sí, lo que exige poner en relación la trascendencia de la carencia del requisito con el fin público perseguido con su exigencia. Cabe recordar que la exposición de motivos de la LI establece que su regulación *“parte, como principio fundamental, de la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un solo puesto de trabajo, sin más excepciones que las que demande el propio servicio público, respetando el ejercicio de las actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia”*. A la efectividad de este principio se dirige la prohibición del artículo 11.1 LI, en cuya virtud, no se podrá reconocer la compatibilidad con el ejercicio de actividades privadas bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares que se relacionen directamente con las desarrolladas por el Departamento u Organismo de destino, precisando el artículo 9 RD 598/1985 que no será posible el reconocimiento de compatibilidad con actividades privadas cuyo contenido se relacione directamente con los asuntos sometidos a informe, decisión, ayuda financiera o control en el Departamento u organismo de destino.

La acreditación de la existencia de esa relación directa entre el particular bajo cuya dependencia se ejerce la actividad privada y el organismo de destino es suficiente para impedir el reconocimiento de compatibilidad, sin que sea necesario efectuar un análisis de las concretas funciones que desempeña el funcionario en su puesto público y su posible interferencia con la actividad privada, y así lo señala de forma constante la jurisprudencia (por todas, STS de 24 de marzo de 1998 y STSJ Murcia, núm. 326/2001, de 10 de mayo). Sin embargo, a la hora de elevar a la categoría de requisito negativo esencial de la compatibilidad tal limitación, el análisis ha de ser necesariamente diferente, porque ha de atenderse a la finalidad del precepto y a las consecuencias de su inaplicación en el acto administrativo que se pretende revisar. Ello exige el contraste minucioso entre las concretas funciones desarrolladas como farmacéutico en el Hospital y como farmacéutico adjunto en una oficina de farmacia, en orden a detectar las interferencias que puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes que le incumben como funcionario público o que puedan comprometer la imparcialidad o independencia exigibles en el ejercicio de su cargo.

Tal análisis no se ha efectuado en el supuesto sometido a consulta, limitándose la propuesta de resolución y los informes que la preceden a alegar la existencia de la prohibición contenida en el artículo 11.1 en relación con el 1.3, ambos de la LI. Del mismo modo, tampoco se ha indicado en qué medida el desempeño de la labor del interesado en la oficina de farmacia durante doce horas semanales y en un horario distinto al de su jornada en el centro hospitalario, podía afectar al “desempeño adecuado y objetivo de sus funciones”, finalidad que justifica el establecimiento de la normativa de incompatibilidades en la LF, según su exposición de motivos.

En consecuencia, no cabe considerar que nos encontremos ante la ausencia en el interesado de un requisito esencial para obtener el reconocimiento de compatibilidad que determine la concurrencia de la causa de nulidad definida en el artículo 62.1, letra f) LPAC, sino más bien ante una infracción grave y manifiesta de un precepto legal por un acto administrativo. Ir más allá, forzando la conversión de la prohibición legal de conceder la compatibilidad en el supuesto previsto en el artículo 47 LF en requisito esencial negativo para acceder a su reconocimiento significaría, en palabras del Consejo de Estado, una distorsión de su trascendencia, con erosión de la línea divisoria entre anulabilidad y nulidad, y, en último término, con efectos expansivos de una potestad administrativa excepcional.

Comoquiera que no se advierte de modo manifiesto que en el acto cuya revisión se pretende concorra el vicio cualificado tipificado en el artículo 62.1, f) LPAC, sino que, antes bien, se trata de actos anulables en el sentido del artículo 63 de la misma Ley, no procede su revisión al amparo del artículo 102 LPAC. Para su anulación, de acuerdo con el artículo 103 de la Ley citada, podría la Administración declararlos lesivos para el interés público, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, al que en un procedimiento de plena cognición corresponde apreciar si, en su caso, concurre en los actos cuestionados el vicio alegado y si ha lugar a su invalidación.

No obstante, la actual carencia de efectos del acto de reconocimiento de la compatibilidad parece desaconsejar tal actuación.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- No procede la revisión de oficio del acto de reconocimiento de compatibilidad para el ejercicio de actividad privada a que se refiere la propuesta de resolución, toda vez que no se advierte la concurrencia en él del vicio de nulidad invocado por la Consejería consultante.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 119-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x., en nombre y representación de su esposo x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	31/05/2011

**Extracto de doctrina**

Como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 29 de agosto de 2008, x, en nombre y representación de su marido, x, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud (SMS), por los daños padecidos por este último como consecuencia de la tardanza en recibir el tratamiento de embolización que requería el diagnóstico que presentaba: *“fístula dural dependiente de AMMI, con dos aneurismas de flujo dependientes de ella, y drenaje venoso al seno sagital superior, con mínimo aporte desde la arteria AMMD”*, así como por la tardía e insuficiente rehabilitación que se le prestó.

Según la reclamante el tiempo transcurrido desde el diagnóstico hasta la práctica total de la embolización resultó excesivo, pues entre ambos momentos transcurrió un mes. Por otro lado, también alega que el tratamiento rehabilitador prestado por la sanidad pública se inició con retraso y, además, ha resultado insuficiente, por lo que la familia ha tenido que acudir a un centro rehabilitador de carácter privado.

El paciente presenta, según se afirma en la reclamación, el siguiente estado físico: *“cuadro bradipsíquico con alteraciones leves o moderadas de memoria reciente y hemiparesia derecha de predominio superior en regresión; así como temblor en miembro superior derecho que se acentúa en las situaciones estresantes o adversas, y crisis convulsivas que siguen presentes aún con medicación”*. Con el fin de mejorar estas dolencias el paciente continúa, a la fecha de la reclamación, recibiendo tratamiento rehabilitador en una clínica privada.

Según la reclamante estaríamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial atribuible a los servicios públicos sanitarios por la defectuosa y tardía asistencia sanitaria prestada a su marido, por lo que solicita una indemnización que cifra en 4.000 euros, a los que habría que añadir, en su momento, el importe de las sesiones de rehabilitación que se están prestando al paciente en la actualidad. Manifiesta también que se ha solicitado al SMS el reintegro de gastos farmacéuticos por importe de 1.739,56 euros, indicando que si el citado reintegro no se materializase dicha cantidad deberá adicionarse al importe de la indemnización por responsabilidad patrimonial que ahora se solicita.

Adjunta diversa documentación relacionada con el objeto de su reclamación, entre la que figura: Copia del libro de familia acreditativo del parentesco que une a la reclamante con el paciente; factura de farmacia por importe de 1.739,56 euros e informe médico emitido por el Dr. x, neurocirujano, del siguiente tenor:

*“Paciente de 59 años. Sin antecedentes. El 30.08.07 sufre episodio brusco de afasia y hemiplejía dcha. Ingresado de urgencia, se diagnostica (TAC) de hematoma hemisférico izquierdo, con mínimo desplazamiento de línea media sin herniaciones subfalcianas y de uncus. Se traslada a otro centro para su tratamiento.*

*Ingresado el 31.08.07. Pidiéndose arteriografía diagnóstica que se realiza el 13.09.07, que confirma la existencia de una fístula dural dependiente de la A.M.M.I, con dos aneurismas de flujo dependientes de ella, y drenaje venoso al seno sagital superior. Mínimo aporte desde la A. MMD.*

*El paciente mejora de su hemiplejía poco a poco. Aparecen crisis convulsivas. Se decide embolización de la fístula, que no se realiza hasta el 05.10.07 y 12.10.07. Siendo trasladado el 16.10.08 (sic) a su centro de referencia con hemiparesia dcha. residual, deterioro cognitivo y epilepsia sintomática.*

#### **EVOLUCIÓN:**

*Mejoría progresiva. Disfasia y hemiparesia dcha. Crisis comiciales y alteración conductual secundaria.*

*En Enero se realiza angiografía de control en la que la fístula arterio-venosa está totalmente excluida de la circulación intracraneal.*

**ACTUAL:**

*Paciente bradipsíquico con alteraciones leves-moderadas de memoria reciente y hemiparesia dcha. de predominio superior en regresión - evolutiva. Temblor M.S.D. que se acentúa con las situaciones estresantes o adversas. Crisis convulsivas aún presentes con medicación.*

**DIAGNÓSTICO:**

*FÍSTULA DURAL dependiente de Art. Meníngea media Izq, y art.meníngea media dcha. (EMBOLIZACIÓN) EXCLUIDA de la circulación. FÍSTULA A. V. a nivel del seno recto.*

*HEMIPARESIA DCHA EVOLUTIVA.*

*DETERIORO COGNITIVO en regresión.*

*EPILEPSIA sintomática.*

**CONCLUSIONES-TRATAMIENTO:**

*Paciente con malf. vascular sangrante - curada por embolización. Llama la atención el tiempo transcurrido desde su diagnóstico a completar el tratamiento (un mes). Persiste fístula en el seno recto.*

*- Paciente con HEMIPARESIA aún en evolución (mejoría progresiva) que precisa insistir en su tratamiento rehabilitador diario. Disfasia que requiere apoyo por LOGOPEDA.*

*- Alteraciones cognitivas y de personalidad leves-moderadas que requieren apoyo y tratamiento psico-terapéutico.*

*- Tratamiento MÉDICO anticonvulsivantes y control periódico de su nivel en sangre”.*

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y encomendada la instrucción del procedimiento al Servicio de Régimen Jurídico del SMS, por dicho órgano instructor se procede a:

a) Comunicar la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

b) Solicitar a los Directores Gerentes de los Hospitales Universitarios Virgen de la Arrixaca (HUVA) y Reina Sofía (HURS), la remisión de las historias clínicas del paciente e informes de los profesionales que le asistieron.

c) Comunicar a la reclamante la información indicada por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

d) Comunicar a la Compañía Aseguradora del SMS la presentación de la reclamación.

**TERCERO.-** Constan incorporados al expediente los siguientes informes:

1. De la Sección de Neurología del Servicio de Medicina Interna del HURS, del siguiente tenor:

*“Paciente hospitalizado en planta de Neurología desde 18/10/2008 hasta 16/11/2008 (se detecta error en las fechas consignadas, pues realmente el paciente estuvo ingresado desde el 18 de octubre al 16 de noviembre de 2007), remitido desde Hospital Virgen Arrixaca con diagnóstico de:*

*Fístula dural dependiente de Arteria meníngea media izquierda embolizada.*

*Ingresa en este hospital en situación clínica estable desde el punto de vista neurológico, con el tratamiento neuroquirúrgico realizado, con importantes problemas psiquiátrico conductuales que ya presentó durante su ingreso en HUVA ( agitación nocturna, ideas delirantes y alucinaciones visuales, cuadros confusionales) y que precisaron tratamiento sintomático con risperidona.*

*Presentó además en HUVA crisis comiciales secundarias a la patología neurológica vascular descrita por lo que ya en este hospital se pauta tratamiento con Fenitoina.*

*Durante su estancia en este hospital, el paciente no presenta ninguna complicación neurológica respecto a su cuadro clínico inicial, ni clínicamente ni en los controles de neuroimagen, objetivándose área residual a sangrado cerebral hemisférico izquierdo.*

*Respecto a las alteraciones psiquiátricas y conductuales se ajusta tratamiento y al alta se encuentra con mejoría clínica en este sentido, tras ser valorado y ajustado tratamiento por Psiquiatría.*

*También presenta buen control clínico de sus crisis tras tratamiento anticomicial con Valproato y Fenitoina.*

*Se mantiene tratamiento Rehabilitador durante toda su hospitalización y se concreta este tratamiento al alta por parte del Servicio de Rehabilitación.*

*En las revisiones en la consulta de neurología (Abril de 2008), se ajusta tratamiento anticomitial por existencia de crisis, consiguiendo adecuado control que se confirma en revisión de junio 08.*

*La exploración clínica de esta fecha no muestra cambios respecto al alta (ver informe de alta).*

*En esta última revisión se reduce dosis de valproato y se ajusta tratamiento hipnótico”.*

2. Del facultativo, Dr. x, neurocirujano del HUVA, en el siguiente sentido:

*“Paciente que ingresa el día 31/08/07 en nuestro Servicio procedente del hospital "Reina Sofía" para valorar el tratamiento quirúrgico de un hematoma cerebral. Se practicaron todas las exploraciones neurorradiológicas necesarias para diagnosticar el origen de la hemorragia cerebral. También se realiza un tratamiento endovascular de la fístula que causó la hemorragia en octubre-07 (ver informe firmado por el Dr. x) el 16/10/07.*

*Se nos alega por parte de la familia que el período transcurrido entre el ingreso del paciente y el tratamiento definitivo de la fístula es el causante de su estado neurológico.*

*A nuestro juicio el daño neurológico que presentaba el paciente y su posterior evolución estuvo causado por la hemorragia inicial, no hay evidencia clínica o neurorradiológica alguna de resangrado antes ni durante ni después del tratamiento definitivo de la patología vascular.*

*El criterio de qué momento es adecuado para tratar una patología vascular como la del paciente está muy discutido en la Literatura Neuroquirúrgica habitual. Por lo tanto la decisión respecto al momento adecuado para el tratamiento la solemos tomar conjuntamente con el Servicio de Neurorradiología, dependiendo del estado clínico del paciente, es norma habitual esperar el tiempo suficiente para encontrar una discreta mejoría clínica (neurológica y sistémica). En este caso se consideró que el tiempo adecuado era el que se esperó (el paciente había mejorado previamente de su paresia derecha y de su déficit motor, según las anotaciones clínicas en la evolución del paciente).*

De la historia clínica cabe destacar las siguientes anotaciones:

- El 13 de septiembre de 2007 se confirma la existencia de una fístula dural dependiente de arteria meníngea media izquierda (AMMI), con dos aneurismas de flujo dependientes de ella y drenaje venoso al seno sagital superior, mínimo aporte desde la arteria meníngea media derecha (AMMD).

- El 5 de octubre de 2007 se realiza arteriografía cerebral y embolización, consiguiéndose un cierre adecuado de la lesión a nivel de arteria meníngea media izquierda (AMMI), sin paso a los aneurismas ni a seno sagital superior (SSS), sin complicaciones (22 días después del diagnóstico).

- El día 11 de octubre de 2007, se realiza una segunda embolización, dando como resultado la oclusión de la fístula arteriovenosa, no demostrando los controles finales de todos los ejes arteriales vascularización alguna de la fístula arteriovenosa (folio 69).

- El día 18 de octubre de 2007 se le traslada a su hospital de referencia, HURS, donde permanece hasta el día 16 de noviembre de 2007 que es dado de alta. Según se indica en el informe de alta (folio 21), el paciente durante su estancia en dicho hospital recibió tratamiento rehabilitador.

- Este lo recibe durante ocho meses, manteniendo revisión en consultas externas del Servicio de Rehabilitación por hombro doloroso en tratamiento con toxina botulínica a fecha 21 de octubre de 2008. En este informe se hace constar lo siguiente: *“...casi 14 meses de evolución del ACV. Doce meses desde la embolización. El paciente presenta las siguientes secuelas: brazo libre excepto hombro derecho, con abducción pasiva 120º, RI libre y RE 30º, con espasticidad de rotadores internos. DOLOROSO. Balance motor. MSD proximal 1/5. Distal 3/5. MID psoas 3+/5. Cuadripiceps 1/5. Distal 1/5. Deambula asistido por un familiar, con órtesis antiequino. Tras rehabilitación: Barthel 45 (dependencia severa). El paciente sigue tratamiento con toxina botulínica del hombro derecho doloroso, con revisión pendiente”* (folio 149).

**CUARTO.-** La Compañía de Seguros aporta informe de los Dres. x, y, especialistas en Neurocirugía, en el que, tras resumir los hechos y efectuar las consideraciones médicas que en el informe se recogen, concluyen del siguiente modo:

*“1. Todas las actuaciones médicas, diagnósticas y terapéuticas realizadas en este paciente han sido correctas.*

2. *El paciente sufrió una hemorragia cerebral espontánea, que ha sido la causante en exclusiva de sus secuelas neurológicas.*

3. *El momento de realización de embolización de la fístula no ha influido negativamente en las secuelas neurológicas del paciente.*

4. *Estas secuelas no son recuperables independientemente de la intensidad del tratamiento rehabilitador que se aplique.*

5. *Por todo lo anterior no consideramos justificada la reclamación”.*

**QUINTO.-** Solicitado informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, es emitido con fecha 30 de junio de 2010. En él la Inspectora informante, tras realizar diversas consideraciones acerca de las lesiones vasculares cerebrales y el momento en el que han de enviarse a rehabilitación a los pacientes con estas dolencias, concluye afirmando lo siguiente:

*“1. El daño neurológico que presentaba el paciente y su posterior evolución estuvo causado por la hemorragia espontánea extensa en hemisferio izquierdo. No hay evidencia clínica o neuroradiológica alguna de resangrado antes, ni durante, ni después del tratamiento definitivo de la patología vascular.*

*2. El tratamiento de embolización se realizó dentro de los márgenes de tiempo razonables y prudentes en este tipo de intervenciones vasculares complejas, que requieren la resolución parcial de la hemorragia y la evolución clínica favorable del paciente para su realización, evitando así, complicaciones derivadas de la técnica, como es el resangrado.*

*3. El cambio en la programación de la segunda embolización, en un día, es más que razonable teniendo en cuenta la tarea asistencial de urgencias en estas técnicas vasculares especializadas.*

*4. La actuación de los profesionales implicados en este caso, fue la correcta en base a los protocolos y conocimientos científicos así como los medios técnicos, quirúrgicos, farmacológicos y fisioterapéuticos actuales, realizando un seguimiento y tratamiento adecuado a las secuelas neurológicas presentadas.*

*5. El tratamiento rehabilitador aplicado sobrepasó el periodo de estado (6 meses tras la hemorragia), a partir del cual la recuperación sólo será relativa, y ya no irá encaminado a la*

*recuperación del déficit perdido, sino a la adaptación a la situación funcional que resta y del entorno del paciente. Las secuelas en este punto no son recuperables independientemente de la intensidad del tratamiento rehabilitador que se aplique.*

*6. En conclusión, el daño neurológico sufrido por el paciente está relacionado directamente con el tamaño y localización de la hemorragia espontánea que sufrió, independientemente del momento en que se realizó la embolización y de la duración o intensidad de la rehabilitación que se quiera realizar”.*

**SEXTO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante y a la Compañía de Seguros, la primera comparece formulando alegaciones en las que se ratifica en su escrito inicial, remitiéndose al informe pericial del Dr. x, en el que, a juicio de este facultativo, se afirma que en la situación actual de su esposo han influido negativamente el tiempo excesivo transcurrido desde el diagnóstico hasta la práctica total de la embolización, así como el escaso tratamiento rehabilitador recibido.

Seguidamente fue formulada propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos necesarios para la declaración de la responsabilidad patrimonial, al no haber resultado acreditado que las lesiones que padece el paciente sean consecuencia de la asistencia sanitaria recibida.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 10 de diciembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del

daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

**SEGUNDA.- Procedimiento, legitimación y plazo.**

Si bien es cierto que el artículo 12.2 (RRP) señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, también lo es que para un correcto pronunciamiento sobre dichos extremos el Consejo Jurídico ha de valorar el resto de presupuestos que inciden sobre dicha institución, incluido el examen del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir.

La reclamación fue interpuesta por x, en nombre y representación de su marido x, representación que no aparece acreditada por ninguno de los medios a los que hace referencia el artículo 32.3 LPAC, por lo que ha de entenderse que la x carecería de titularidad suficiente para considerarla legitimada en el expediente de reclamación por responsabilidad patrimonial que se dictamina.

A pesar de ello la Consejería de Sanidad, a través de diversas y sucesivas actuaciones anteriores a la propuesta de resolución (y en esta misma), reconoce la representación de x por su esposa, por lo que cabe aplicar al caso la doctrina jurisprudencial, según la cual una vez reconocida la representación en una fase del procedimiento no puede negarse en otra ulterior, pudiéndose citar en este sentido, y entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1983 y 1 de febrero de 1989; lo que exige, antes de dictar resolución, requerir, según lo dispuesto en el artículo 32.4 LPAC, a x para que subsane la falta de acreditación de la representación que dice ostentar, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los medios previstos en el apartado 3 del citado precepto.

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

La reclamación se ha presentado en el plazo de prescripción de un año legalmente establecido en el artículo 142.5 LPAC.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 de la Constitución Española: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, cuando las reclamaciones de los particulares se refieren a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por la prestación de servicios sanitarios, el requisito de que la actuación médica se haya ajustado o no a la *lex artis ad hoc* adquiere un singular relieve, debido a que si la actuación de los facultativos se acomodó y desarrolló con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia médica, si así queda probado en la instrucción del procedimiento, los resultados lesivos no podrán atribuirse a la Administración sanitaria, bien porque no pueda afirmarse que concurra aquel nexo causal, bien porque ni siquiera pueda determinarse la existencia de una lesión indemnizable, debido a que los resultados lesivos

normalmente serán consecuencia de la evolución de las propias enfermedades del paciente, aun a pesar del correcto funcionamiento de los servicios sanitarios. Y es que, tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados, obligación que, según STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994, puede condensarse en los siguientes deberes: 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación del médico se produzca por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y de los riesgos potenciales del mismo; 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que el abandono le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

Para la reclamante la causa del daño se encuentra en una deficiente atención sanitaria que concreta en dos hechos: retraso en el tratamiento de embolización e insuficiente período rehabilitador, lo que ha ocasionado que tengan que acudir a un servicio de rehabilitación privado.

En primer lugar, no ha quedado acreditado en el expediente que el tratamiento de embolización se instaurase con retraso, ni que éste, en el hipotético supuesto de darse, fuese la causa de las secuelas que se alegan. En efecto, el diagnóstico se produjo el 13 de septiembre de 2007, realizándose la primera embolización el 5 de octubre de 2007 y la segunda 11 de octubre de 2007. Según los peritos de la aseguradora del SMS el tratamiento de embolización de una fístula como la que presentaba el marido de la reclamante, se suele realizar una vez estabilizado el paciente neurológicamente, fijando la fecha para ello atendiendo a la situación clínica y neurológica de aquél, decisión que se adopta de forma conjunta entre los servicios de neurocirugía y neuro-radiología. En este sentido el facultativo que atendió al x indica en su informe que *“es norma habitual esperar el tiempo suficiente para encontrar un discreta mejoría clínica (neurológica y sistémica). En este caso se consideró que el tiempo adecuado era el que se esperó (el paciente*

*había mejorado previamente de su paresia derecha y de su déficit motor, según las anotaciones clínicas en la evolución del paciente)*”.

Estas conclusiones médicas no son desvirtuadas por el informe del perito de la reclamante, que se limita a afirmar que *“llama la atención el tiempo transcurrido desde su diagnóstico a completar el tratamiento”*, pero sin indicar la trascendencia negativa que sobre el proceso hubiera podido ocasionar dicho lapso de tiempo. Cuestión que, sin embargo, sí que aborda la Inspección Médica, afirmando que el plazo de veintidós días transcurridos desde el diagnóstico hasta la embolización, se encuentra dentro del intervalo de tiempo habitual en procedimientos endovasculares complejos, pues en estos tipos de patologías resulta necesario un tiempo de observación en la evolución clínica del paciente antes de llevar a cabo la embolización, cuya ejecución, en este caso, resultó un éxito ya que *“se consiguió la exclusión total de la fístula arteriovenosa de la circulación intracraneal”*. La misma conclusión alcanzan los facultativos de la aseguradora al afirmar *“que el tiempo de demora de un mes en el cierre de la fístula no ha influido en ningún modo en las secuelas neurológicas del paciente, las cuales son debidas a la hemorragia inicial y, por otro lado, se trata de un intervalo temporal habitual en procedimientos endovasculares complejos”*.

El daño neurológico que presenta el paciente no se deriva de un retraso en la embolización, sino que es, tal como afirma el Dr. x al folio 277, consecuencia de la hemorragia inicial, ya que *“no hay evidencia clínica o neurorradiológica alguna de resangrado antes ni durante ni después del tratamiento definitivo de la patología vascular”*. Lo que permite afirmar que, aun admitiendo a efectos puramente dialécticos que el retraso alegado se hubiese producido, dicha circunstancia no habría influido en las secuelas que sufre el paciente.

La segunda actuación contraria a la *lex artis* habría consistido, según la reclamante, en un tardío e insuficiente tratamientos rehabilitador. Pues bien, como consta acreditado en la historia clínica del x éste ya recibe tratamiento rehabilitador durante su ingreso tanto en el HURS como en el HUVA. Posteriormente el tratamiento se mantiene hasta mayo de 2008, es decir, durante ocho meses, a los que cabe adicionar el tiempo en el que también fue sometido a tratamiento rehabilitador con toxinas botulínicas por hombro doloroso, que se extendió hasta el 21 de octubre de 2008, fecha en la que se emite informe por el Dr. x, del Servicio de Rehabilitación del HURS, en el que se indica que continúa con revisiones. Según el perito de parte el paciente *“precisa insistir en su tratamiento diario rehabilitador”*, sin embargo el resto de informes médicos que obran en el expediente coinciden en afirmar que el daño neurológico que presenta el x *“no es recuperable independientemente del tiempo e intensidad del tratamiento rehabilitador que se realice”* (informe de la aseguradora, folio 287). Esta circunstancia queda acreditada en la historia clínica,

concretamente en el informe de consulta externa de neurología del HURS obrante al folio 150, en el que se indica que la exploración clínica a la fecha de 28 de octubre de 2008 no muestra cambios respecto al alta, es decir, que a pesar de que el tratamiento se prolongara más allá del período de estado (6 meses tras la hemorragia cerebral), el paciente no había experimentado mejoría en su situación, lo que evidencia que, tal como afirma la Inspección Médica, la rehabilitación a partir del sexto mes apenas objetiva una mejoría palpable, *“por lo que es éste el momento en que se suele dar por estabilizado el cuadro”* (folio 300), aunque, como decíamos antes, el tratamiento se prolongara aún dos meses más. Sobre esta consideración se apoya la Inspección Médica para estimar que *“el daño neurológico sufrido por el paciente está relacionado directamente con el tamaño y localización de la hemorragia, independientemente de la duración o intensidad del tratamiento rehabilitador que se quiera realizar”*.

Es por ello que, a la vista de la historia clínica y de los informes incorporados al expediente, ha de concluirse que la actuación médica fue la adecuada a la situación clínica del paciente y al nivel asistencial en el que se desarrollaba, no resultando acreditado lo contrario, ni desvirtuados los hechos por las alegaciones de la interesada, a pesar del informe médico aportado, ya que este último no prueba en absoluto la existencia de mala praxis médica.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciarse la existencia de relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 120-2011**

**Asunto** Consulta facultativa sobre viabilidad urbanística de un tanatorio en Mazarrón  
**Consultante** Ayuntamiento de Mazarrón  
**Fecha** 31/05/2011

**Extracto doctrina**

Advertidas divergencias jurídicas en la caracterización del uso, este Consejo Jurídico considera que ha de distinguirse aquellos supuestos en los que se permite por el planeamiento en una parcela dotacional el uso específico de tanatorio, de aquellos otros en los que se analiza su compatibilidad con otros usos previstos en la normativa aplicable, en los que se incardinan las sentencias arriba expresadas. De otra parte, la caracterización del uso, en opinión de este Consejo, tiene que ver con las actividades a realizar en las instalaciones, pues conviene diferenciar las actividades de un tanatorio-velatorio, de aquellas otras en las que a la actividad de tanatorio se suma la de horno crematorio, donde se efectúa la incineración de cadáveres, que es lo que se pretende en el presente caso.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Mazarrón de 28 de enero de 2011, se acordó suspender la tramitación de la licencia de actividad de un tanatorio crematorio que se pretende implantar en una parcela perteneciente al Plan Parcial “El Alcolar” en Puerto de Mazarrón, solicitada por la mercantil -- (--, en lo sucesivo) y elevar una consulta facultativa a este Consejo Jurídico para que dictamine sobre la compatibilidad de tal uso en una parcela calificada de “club social, espectáculos, religioso, sanitario y asistencial”, a la vista de algún pronunciamiento del Tribunal Supremo (se cita la sentencia de la Sala 3ª, de 13 de diciembre de 1990) que considera a “los tanatorios como actividades complejas en las que, aunque se cumplen algunas finalidades sociales, sanitarias y religiosas, lo primordial es lo industrial mercantil”, frente a otros pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia que califican dicha actividad como uso dotacional.

**SEGUNDO.-** La precitada consulta se acompaña del expediente municipal sobre la licencia de actividad (núm. 16/2009), integrado por 439 folios, así como por el proyecto técnico de la actividad suscrito por el ingeniero industrial x.

Entre las actuaciones integrantes del expediente municipal, se destacan las siguientes:

1. El 6 de mayo de 2009 (registro de entrada), la mercantil -- solicita licencia de actividad para un tanatorio en la calle -- de la Urbanización "El Alcolar" de Puerto de Mazarrón.

2. La citada solicitud fue sometida a información pública en el tablón de edictos del Ayuntamiento durante los días 9 a 19 de mayo y notificada a los tres vecinos más inmediatos, según el informe de la Policía Local (folio 19).

3. El 11 de mayo de 2009, se emite un escueto informe, en impreso normalizado, por el arquitecto técnico municipal, señalando que el uso previsto para la parcela en el Plan General Municipal de Ordenación de Mazarrón (PGMO en lo sucesivo) es social y que la actividad de tanatorio-crematorio resulta compatible, sin más.

4. El 18 de mayo de 2009 emite informe el responsable municipal de sanidad y medio ambiente, que señala que la instalación de un horno crematorio está sujeta a autorización del órgano competente de la Administración regional, según establecen los artículos 7 y 13.2 de la Ley 34/2007, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, en relación con su Anexo IV, epígrafe 090901. Además se requiere a la mercantil peticionaria para que complete la información sobre el depósito de gas-oil de alimentación del horno crematorio, y sobre las medidas de información ambiental en los casos de derrames, fugas y otras contingencias, así como la ubicación en plano del cuarto de basuras e información sobre los contenedores. Por último, ha de justificar el cumplimiento de la Ley 6/2006, de 21 de julio, de incremento de las medidas de ahorro y conservación en el consumo de agua en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

5. El Presidente de la Asociación de Vecinos de la Urbanización "El Alcolar" presenta escrito de 8 de junio de 2009, en el que manifiesta la oposición vecinal a la instalación de un tanatorio junto a sus viviendas, por los efectos sobre sus vidas y las de sus hijos menores de edad, además de que dicha Urbanización requiere de otras muchas dotaciones necesarias para las viviendas recientemente construidas. Se hace referencia también que, al no existir salida directa a la carretera que lleve hasta el cementerio municipal de Puerto de Mazarrón, se producirían situaciones de caos circulatorio dentro de una zona residencial, ocasionadas por las comitivas fúnebres que acompañan a los fallecidos hasta su última morada. Sostiene que no se trata de tabúes, sino de proteger a los residentes de una actividad ciertamente molesta para las personas que diariamente conviven con ella.

El mismo escrito es presentado por otros vecinos, según constan en los folios 58 a 132.

También figura la oposición de otra residente, x, que considera que al tratarse de una urbanización residencial y al aire libre, no es el lugar apropiado para un tanatorio, por lo que solicita al Ayuntamiento que se replantee el emplazamiento para evitar el sufrimiento de los vecinos.

6. Por acuerdo de 30 de octubre de 2009 de la Junta de Gobierno Local se otorgó la calificación ambiental favorable, condicionada a la obtención de la autorización ambiental sectorial del órgano competente de la Consejería de Agricultura y Agua.

7. La Asociación de Vecinos presenta un escrito ante el Ayuntamiento de Mazarrón al que acompaña una certificación expedida por la Secretaria General de la Corporación sobre el contenido de la Ordenanza Zona D-Social, aplicable a la parcela, en la que se recogen como usos permitidos: club social, espectáculos, religioso, sanitario y asistencial. Posteriormente, el 24 de noviembre presentaría un nuevo escrito en el que desarrolla sus alegaciones en contra de la licencia solicitada, señalando los siguientes incumplimientos:

- Vulneración de las previsiones del PGMO de Mazarrón sobre los equipamientos necesarios en el Puerto de Mazarrón. En concreto, el lugar en el que se pretende ubicar la actividad es un área de prioridad residencial que necesita ser equipada y dotada con multitud de servicios, culturales, educacionales, asistenciales, sanitarios, pues carece de todos ellos, y ninguno de tales equipamientos generaría los perjuicios que conllevaría la construcción de un tanatorio crematorio.

- La doctrina jurisprudencial reciente ha declarado la incompatibilidad de la implantación de un tanatorio con el uso residencial, considerando que deben estar ubicados en las zonas industriales. Los edificios más cercanos se encuentran a menos de 6 metros de distancia del tanatorio.

- El proyecto de licencia presenta deficiencias y falta la autorización del órgano ambiental competente de la Administración regional. Reclaman la paralización de la licencia hasta que no se den garantías de la eliminación del crematorio.

8. Por Resolución del Director General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental de 7 de julio de 2010, se autoriza la actividad potencialmente contaminadora a la atmósfera en relación con el horno crematorio, sujeta al condicionado del Anexo de la propuesta (folios 356 y ss.).

9. El 14 de julio de 2010, el responsable municipal de sanidad y medio ambiente solicita la emisión de un informe técnico a la oficina municipal de urbanismo, que aclare la compatibilidad

entre la calificación de la actividad como industria fabril según la Ley 34/2007 y su ubicación en una parcela de uso social.

10. El 3 de septiembre de 2010, el arquitecto municipal emite un informe en el que se limita a señalar: *“en lo que respecta a la autorización de las obras mencionadas urbanísticamente no se observa inconveniente alguno ya que dentro de los usos previstos en la ordenanza de social se encuentra el uso de tanatorio. Conclusiones: Vistos los informes emitidos sólo cabe reiterarse en los mismos por cumplir con lo previsto en el Plan General de Ordenación Urbana de Mazarrón”*.

11. La Asociación de Vecinos de la Urbanización El Alcolar presenta nuevo escrito el 17 de septiembre de 2010, solicitando la declaración de caducidad del expediente de concesión de licencia de actividad y la denegación de la licencia por incompatibilidad del uso de tanatorio con horno crematorio con los permitidos en la Ordenanza 36, puesto que tal uso es industrial y no de equipamiento, siendo incompatible con el residencial de la Urbanización donde pretende ubicarse. De otra parte, considera que dentro del sistema de equipamiento sanitarios-asistencial no pueden incluirse los tanatorios. También se cita a este respecto el Decreto 16/2005, de 10 de febrero, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Las alegaciones de la Asociación de Vecinos fueron desestimadas por acuerdos de la Junta de Gobierno Local de 1 y de 22 de octubre de 2010.

12. Recabado el informe del ingeniero municipal sobre las deficiencias advertidas en el proyecto por la Asociación de Vecinos, es evacuado el 11 de octubre de 2010 en el sentido de señalar que el proyecto aportado no resulta válido, por tratarse de una copia, careciendo de visado y firma del técnico originales, siendo aportado ulteriormente según el escrito que obra en el folio 429 del expediente.

13. El 18 de enero de 2011, el arquitecto técnico municipal adjunta fotocopias de la normativa del Plan Parcial y del PGMO a aplicar en la parcela donde se pretende su instalación (folio 436 y ss.), según refiere.

**TERCERO.-** Con fecha 21 de febrero de 2011 tiene entrada en este Consejo Jurídico el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28 de enero anterior, solicitando la consulta facultativa y acompañando el expediente administrativo.

**CUARTO.-** Consta la audiencia otorgada a la mercantil --, cuyos representantes comparecieron en este Órgano Consultivo.

**QUINTO.-** x, en representación de la Asociación de Vecinos de la Urbanización “x,” presentó escrito ante este Consejo Jurídico (registrado de entrada el 10 de marzo de 2011), en el que reitera que el uso pretendido es incompatible con la Ordenanza 36 del Plan Parcial y con las previsiones del PGMO, por cuanto la actividad de tanatorio no es subsumible en la calificación de cultural, social, espectáculos, religioso, sanitario y asistencial, por lo que procede denegar la licencia de actividad al ser, además, incompatible con el uso residencial. Asimismo reitera que la actividad de tanatorio-crematorio es industrial, de acuerdo con diversos pronunciamientos jurisprudenciales.

Por último, se acompaña documentación numerada del 1 al 4.

**SEXTO.-** Con fecha 5 de mayo de 2011 se ha remitido por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Mazarrón el expediente núm. 45/2009 sobre la licencia de obras mayor, y copia del expediente 16/2009 sobre la licencia de actividad, ya remitido con anterioridad.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

Se recaba el presente Dictamen con carácter facultativo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

Sobre el órgano facultado para solicitar el presente Dictamen, cabe recordar que la consulta debe ser cursada por el Alcalde, aunque se sustente en el acuerdo adoptado por otro órgano municipal, en este caso por la Junta de Gobierno Local, conforme a lo establecido en el precitado artículo 11 de la Ley 2/1997. Pese a que inicialmente no ha sido realizada por el órgano facultado, sino que se remitió directamente el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28 de enero de 2011, acordando elevar la consulta a este Órgano Consultivo, ha de tenerse en cuenta que el regidor municipal forma parte del referido órgano municipal (artículo 23 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, en lo sucesivo LBRL), por lo que su voluntad de formularla se encuentra implícita en el referido acuerdo. No obstante, dicha voluntad fue expresada en el posterior oficio de la Alcaldía de 11 de abril de 2011 (registrado el 5 de mayo), por el que se completa la documentación remitida.

Al haberse solicitado con carácter facultativo, este Órgano Consultivo limita sus consideraciones a los aspectos controvertidos objeto de consulta, concretados por el precitado acuerdo de 28 de enero de 2011.

**SEGUNDA.- Normativa aplicable al proyecto: policía mortuoria, ambiental y urbanística.**

A la hora de analizar en los informes municipales la normativa aplicable a la licencia de actividad, se omite cualquier referencia a las disposiciones vigentes en la Región de Murcia sobre policía sanitaria mortuoria, por lo que este Órgano Consultivo considera necesario en el presente caso comenzar con el examen de la normativa aplicable a la actividad objeto de consulta.

1. Normas de policía mortuoria.

El artículo 25.2, j) LBRL recoge las competencias municipales en cementerios y servicios funerarios, si bien el Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, de Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y de Liberalización de la Actividad Económica, liberalizó los servicios funerarios y suprimió su consideración de esenciales reservados a las Entidades Locales, modificando el apartado 3 del artículo 86 LBRL. Sin perjuicio de reconocer que los Ayuntamientos podían someter a autorización la prestación de tales servicios, debiendo establecerse normativamente los requisitos objetivos necesarios para obtenerla, conforme a los criterios mínimos que, en su caso, fijen el Estado y las Comunidades Autónomas, si bien tales normas no podían desvirtuar la liberalización del sector.

En el ámbito de la Región, por Orden del titular de la Consejería competente en materia sanitaria de 7 de junio de 1991, se dictaron normas sobre policía sanitaria mortuoria, remitiéndose en todo lo no regulado por dicha Orden al Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, aprobado por Decreto 2663/1974, de 20 de julio.

Dicho Reglamento ha sido desplazado por el derecho autonómico en otras Comunidades, que han regulado las nuevas tendencias en las prácticas y ritos funerarios, como la realización de velatorios en edificios distintos al domicilio mortuorio y la actividad creciente de cremaciones, citando a este respecto el Decreto 39/2005, de 25 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de las prácticas de policía mortuoria en el ámbito de la Comunitat Valenciana o el Decreto 16/2005, ya citado, que regula la policía sanitaria mortuoria en la Comunidad de Castilla y León; esta última disposición ha sido traída a colación por el representante de la Asociación de Vecinos de la Urbanización "x", si bien sus determinaciones no pueden ser de directa aplicación a la Región de Murcia por el principio de territorialidad en el ejercicio de las competencias autonómicas. A título de

ejemplo, y por su relación con el objeto motivo de consulta, en el último de los Reglamentos citados se establecen las condiciones para la implantación de los tanatorios, siendo consideradas dotaciones urbanísticas con carácter de equipamientos (artículo 27.1).

Pero no es el caso de la Región de Murcia, como se ha indicado, en donde resulta aplicable el Reglamento estatal de Policía Sanitaria Mortuoria, por remisión de la Orden de 7 de junio de 1991, que no incorpora la nueva realidad social sobre los ritos fúnebres, en el sentido de que la incineración en el año 1974 no era una práctica tan común como ahora, ni proliferaban los tanatorios-velatorios. De esta obsolescencia normativa deriva uno de los problemas que se suscita en relación con una de las actividades objeto de consulta, los hornos crematorios, puesto que en el citado Reglamento sólo se prevé su instalación en los recintos de los cementerios (artículo 53).

Desde esta vertiente sanitaria sectorial resulta preceptivo el informe de la Dirección General competente en materia de salud, que no consta cumplimentado en el procedimiento de la licencia de actividad (Disposición adicional segunda de la Orden de 1991).

## 2. Normativa ambiental.

No resulta cuestionable la aplicación al presente procedimiento de la Ley 1/1995, de 8 de marzo, de Protección del Medio Ambiente, pese a haber sido derogada por la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada, teniendo en cuenta la Disposición transitoria segunda I de esta última norma, que establece respecto a los procedimientos que se encuentran en trámite (incluidas las licencias de actividad), que se regirán por el régimen jurídico aplicable al tiempo de su solicitud. Según el expediente remitido, la licencia de actividad fue solicitada el 6 de mayo de 2009, y la Ley 4/2009 entró en vigor el 1 de enero de 2010.

Pero lo anterior no significa que no se encuentre sujeta a intervención ambiental, puesto que conforme a la Ley 1/1995 la actividad está sujeta a calificación ambiental del Ayuntamiento (Anexo II, apartado 36), conforme a la terminología de dicha Ley que desplazó en la Región de Murcia al Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (RAMINP), aprobado por Decreto de 30 de noviembre de 1961 (bajo cuya vigencia se ha considerado como actividad molesta, según se expondrá posteriormente), habiéndose cumplido en el presente caso el procedimiento previsto en el artículo 30 de la Ley 1/1995, en cuanto a la publicación de la información pública en el tablón de edictos del Ayuntamiento y a la notificación personal a los vecinos más próximos al lugar del emplazamiento, identificados por la Policía Local en número de tres. No obstante, la personación de la Asociación de Vecinos de la Urbanización "x" en el procedimiento presume sostener un conocimiento vecinal en un radio más amplio que el acotado

inicialmente, lo que resulta más acorde con la repercusión del tipo de actividad que se proyecta realizar.

En cuanto a actividad potencialmente contaminadora de la atmósfera (horno de cremación), se ha obtenido la autorización de la Dirección General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental sujeta a un condicionamiento técnico, conforme a lo previsto en la Ley 34/2007, al venir incluida dicha actividad en su Anexo IV, que contiene el catálogo de actividades potencialmente contaminadoras (clasificación: grupo B; subgrupo 2.12: industrias fabriles y actividades diversas; epígrafe 2.12.4: hornos crematorios en hospitales y tanatorios).

Dicha autorización, limitada a la actividad del horno crematorio, es otorgada sin perjuicio del resto de licencias exigibles por la normativa urbanística.

### 3. Normativa urbanística.

Para la realización de obras y el desarrollo de la actividad mercantil o industrial que se pretenda desarrollar en el interior de las construcciones, la Ley del Suelo de la Región de Murcia (Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, en lo sucesivo TRLSRM), establece las conocidas licencias municipales urbanística y de actividad, respectivamente (artículo 214), incardinándolas en una resolución única, de forma que el pronunciamiento sobre la intervención en la actividad tendrá preferencia sobre la licencia urbanística para la ejecución de las obras. Así aparece recogida en el artículo 218 del citado Texto Refundido:

*“1. En los supuestos en que sea preceptiva licencia de actividad y, además, licencia urbanística, serán objeto de una única resolución sin perjuicio de la formación y tramitación separadas para cada intervención administrativa. (...)”*

*2. La resolución de la licencia de actividad tendrá prioridad sobre la correspondiente a la licencia urbanística. Si procediere denegar la primera, se notificará así al interesado y se entenderá asimismo denegada la segunda”.*

La precedencia de la licencia de actividad sobre la urbanística responde primordialmente al interés del particular afectado, a fin de evitar los gastos de ejecución de una obra de la que no pudiera obtener la utilidad esperada por no ser susceptible de destinarse a la actividad para la que fue proyectada (STS, Sala 3ª, de 21 de junio de 1999).

Siendo preceptivas ambas en el presente caso, conforme a los trámites expresados en el artículo 218 TRLSRM, inicialmente sólo se remitió a este Consejo Jurídico la pieza separada para la licencia de actividad, si bien posteriormente (con registro de entrada de 5 de mayo de 2011) se ha remitido la documentación integrante del expediente municipal de la licencia urbanística (núm. 45/2009), aunque llama especialmente la atención que los informes técnicos obrantes en dicha pieza separada no analicen los aspectos urbanísticos en los que incide la actividad (tráfico, accesos, dotaciones del sector, idoneidad de su emplazamiento, etc.), lo que ciertamente también constituye una limitación para la emisión del presente Dictamen.

En todo caso, la actividad de que se trata, aunque haya sido calificada ambientalmente de forma favorable por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 30 de octubre de 2009, ha de cumplir los usos urbanísticos fijados por el planeamiento para que pueda ser otorgada la licencia de actividad, de forma que si no cumple los usos procedería su denegación, conforme a lo previsto en los artículos 29,a) de la Ley 1/1995 y 218.2 TRLSRM.

Otro aspecto que no conviene olvidar es que la potestad municipal de otorgar licencias tanto para la realización de obras, como para el ejercicio de actividades, tiene carácter reglado sin margen alguno para la arbitrariedad, como se desprende inequívocamente del artículo 216.2 TRLSRM (“de acuerdo con la legislación y el planeamiento urbanístico vigente”), y de los artículos 21 y 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955), que exigen la presentación de un proyecto para verificar si la obra o la instalación se adecuan a la normativa urbanística y medioambiental y a las condiciones de seguridad y salubridad que debe reunir, en general, todo uso pretendido del suelo. Por tanto, la Administración ha de limitarse a realizar un juicio técnico (por todas, sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 14 de abril de 1993 y de 29 de marzo de 1994), cobrando un papel esencial los informes de los técnicos municipales, aspecto que debe ser destacado en el presente caso, pues carecen de suficiente concreción y motivación los remitidos a este Órgano Consultivo, a la vista de su contenido:

- El informe del arquitecto técnico municipal de 11 de mayo de 2009, emitido en impreso normalizado, se contrae a señalar que el uso de la parcela en el PGMO es social y que la actividad es compatible, sin mayor justificación. En posterior informe de 18 de enero de 2011 acompaña la normativa del Plan Parcial y del Plan General a aplicar en la parcela, sin entrar en su valoración.

- El informe del arquitecto municipal, de 3 de septiembre de 2010, se limita a transcribir los antecedentes, indicando escuetamente “que dentro de la ordenanza de social se encuentra el uso de tanatorio”.

- No consta que el ingeniero industrial municipal informara la actividad tras su escrito de 11 de octubre de 2010, en el que solicitaba que se aportara por la mercantil solicitante el documento original del Proyecto, lo que fue subsanado posteriormente (folio 429).

Tampoco contribuye a su motivación el proyecto para la licencia de actividad presentado por la mercantil, que se limita a señalar, respecto a su situación y emplazamiento, que *“el solar está conformado por un polígono irregular, similar a un triángulo, cuya forma viene determinada por las calles que le rodean. Está ubicado al final de una zona residencial, donde confluyen una serie de solares destinados a equipamientos (...) Tiene medianera al sur con un solar propiedad del Ayuntamiento, ubicado en una esquina cuyo uso también está destinado a social”*.

Por último, en la documentación integrante de la licencia urbanística (expte. municipal 45/2009) los informes técnicos y jurídicos de 17 de marzo y de 28 de abril de 2009, respectivamente, se limitan a señalar, en el examen de los aspectos urbanísticos, que “el proyecto se va a realizar en una manzana de uso social y que es conforme con el planeamiento urbanístico”, condicionado a la previa obtención de la licencia de actividad.

### **TERCERA.- Sobre la calificación urbanística de los tanatorios en los planes urbanísticos.**

El artículo 46 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de 1974 impone a los Ayuntamientos la obligación de establecer en los Planes Generales y Parciales de Ordenación, entre los servicios públicos complementarios, las previsiones de instalación de un depósito funerario, como lugar de etapa del cadáver entre el domicilio mortuorio y el cementerio, asimilable, por sus funciones, a un tanatorio.

Por su parte, la legislación urbanística establece que es cometido de los Planes Generales Municipales de Ordenación el establecimiento de los sistemas generales, entre ellos los de equipamiento comunitario, constituido por las diferentes instalaciones colectivas al servicio general de la población, distinguiendo las de titularidad pública y privada, tales como sanitarias, asistenciales, educativas, culturales, sociales, religiosas, deportivas, recreativas, comerciales u otras análogas (artículo 98,b TRLSRM). El artículo 25.1,d) del Reglamento de Planeamiento Urbanístico (aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio), aplicable en lo que no resulte contradictorio con el citado Texto Refundido (Disposición adicional octava), recoge expresamente a los cementerios u otros análogos entre los usos de equipamiento comunitario.

Por su parte, el artículo 45,e) del mismo Reglamento, en relación con los Planes Parciales, señala que tienen como cometido el emplazamiento reservado para templos, centros asistenciales y sanitarios y demás servicios de interés público y social.

Por lo tanto, la calificación dotacional o de equipamientos de los cementerios y tanatorios por los planes urbanísticos resulta conforme con la normativa urbanística (con independencia de la denominación concreta que se acoja por éstos), bien con carácter de sistema general o local, sin excluir cualquier otra calificación que pudiera ser otorgada por aquéllos, que recoja como usos compatibles los servicios funerarios.

Las actividades de un tanatorio han sido definidas por el Tribunal Supremo como complejas y singulares. Así, la sentencia de STS, Sala 3ª, de 13 de diciembre de 1990, citada por la consulta, analiza las actividades que se llevan a cabo en un tanatorio, especificando la recogida del cuerpo para su traslado al tanatorio, y de éste al cementerio, la tramitación de documentos, gestiones en cuanto publicación de esquelas, coronas de flores, féretro, enterramiento y demás servicios cara al difunto, como son las salas de autopsia, embalsamamiento y de preparación, almacenes y garajes para ambulancias fúnebres, velatorios donde queda ingresado el difunto, bar cafetería, capilla, aseos y demás servicios.

Precisamente por dicha singularidad, el artículo 46 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria mandata a los Ayuntamientos para que prevean emplazamientos específicos en los planes urbanísticos.

Sin embargo, cuando ha existido ausencia de previsión de emplazamiento específico, el Tribunal Supremo y algunos pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia han considerado, en función de la normativa urbanística aplicable a la parcela en cuestión y al tratarse de una actividad molesta sometida al Reglamento sobre Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (RAMINP), lo siguiente en su aplicación, claro está, a casos concretos:

1. Que el uso de tanatorio no era compatible con el residencial de tolerancia comercial y hotelera previsto para la concreta parcela donde se pretendía instalar el tanatorio (STS, Sala 3ª, de 28 de octubre de 1988).

2. Que la actividad primordial es industrial-mercantil, aun reconociendo que cumple algunas finalidades sanitarias y religiosas (STS, Sala 3ª, de 13 de diciembre de 1990). Esta última sentencia, ya citada, señala a este respecto que la actividad de tanatorio, más que como sanitaria o religiosa, aunque en determinados aspectos participa de éstas, debe ser comprendida dentro de las

industriales. Más adelante expresa que la actividad es compleja, en la que cumpliéndose alguna finalidad sanitaria o religiosa, lo primordial es lo industrial-comercial, caracterizado por prestar al público la realización de todo lo necesario, según los usos sociales para la inhumación de los cadáveres. Pero, en ningún caso, se ha equiparado el uso de tanatorio a industria fabril peligrosa o insalubre, por lo que es unánime la jurisprudencia que considera no aplicable la distancia de 2.000 metros a contar del núcleo más próximo de población separada, previsto en el artículo 4, párrafo *in fine*, RAMINP (STS, Sala 3ª, de 9 de julio de 2001).

Por parte del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León se han seguido los criterios arriba expresados, en el sentido de reconocer la incompatibilidad de los servicios funerarios y tanatorio en una zona de usos comerciales, residenciales o de servicios, equiparando la actividad a industrial respecto a su emplazamiento (por ejemplo, sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 7 de enero de 2003). De igual modo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana 1405/2008, de 22 de septiembre, adopta la anterior asimilación a efectos de su emplazamiento.

Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en su sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de junio de 2007, ha distinguido entre tanatorio sin crematorio (considerando a éste perteneciente al sector servicios) y su carácter industrial en los casos de tanatorios con crematorios.

De otra parte, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 17 de julio de 2008, acoge la posibilidad de implantar un tanatorio en un equipamiento social, al permitirse dentro de los usos de tal equipamiento el sanitario asistencial (centros sanitarios, dispensarios, centros hospitalarios) y el técnico-administrativo y de servicios, en el que se incluyen los cementerios, destacando el aspecto sanitario de los tanatorios. En igual sentido, de su vinculación a los usos sanitarios la sentencia del mismo Tribunal y Sala de 26 de mayo de 2005.

En suma, advertidas divergencias jurídicas en la caracterización del uso, este Consejo Jurídico considera que ha de distinguirse aquellos supuestos en los que se permite por el planeamiento en una parcela dotacional el uso específico de tanatorio, de aquellos otros en los que se analiza su compatibilidad con otros usos previstos en la normativa aplicable, en los que se incardinan las sentencias arriba expresadas. De otra parte, la caracterización del uso, en opinión de este Consejo, tiene que ver con las actividades a realizar en las instalaciones, pues conviene diferenciar las actividades de un tanatorio-velatorio, de aquellas otras en las que a la actividad de

tanatorio se suma la de horno crematorio, donde se efectúa la incineración de cadáveres, que es lo que se pretende en el presente caso.

**CUARTA.- Sobre la consulta realizada.**

Señala el informe jurídico, que transcribe el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28 de enero de 2011, y que sustenta la consulta:

*“El Plan General Municipal de Mazarrón no contempla específicamente el uso de tanatorio, ni lo encuadra dentro de ninguno de los usos globales. Consta en el expediente el informe técnico de fecha 11 de mayo de 2009, en el que se constata que la calificación otorgada por el PGMO al suelo donde se pretende ubicar el tanatorio es social y que la actividad para la que se solicita la licencia es compatible con dicha calificación. Efectivamente, según el Plan Parcial aplicable al ámbito que nos ocupa, en la parcela de uso social se admiten usos de: club social, espectáculos, religiosos, sanitario, asistencial”. Ocurre, sin embargo, que el Tribunal Supremo ha considerado, de forma cuanto menos llamativa, que los tanatorios son actividades complejas que aunque se cumplen algunas finalidades sociales, sanitarios y religiosas, lo primordial es lo industrial-mercantil (...).*

Frente a la problemática expuesta, que se puede resumir en la posibilidad o no del uso tanatorio-crematorio en una parcela calificada de social en el Plan Parcial de la Urbanización “x”, este Órgano Consultivo realiza las siguientes observaciones:

1ª) Según refiere el asesor jurídico, el PGMO de Mazarrón no ha previsto expresamente el uso de tanatorio, ni lo encuadra dentro de los usos globales.

En tal caso, para determinar la compatibilidad del uso habrá de acudir al planeamiento de desarrollo aprobado para la ejecución de la Urbanización “x”, y a los usos permitidos para la parcela por el Plan Parcial correspondiente (se desconoce la fecha de aprobación), así como a las previsiones del Plan General en lo que pudiera afectar a la definición de usos del equipamiento social, que no han sido analizadas por los escuetos informes técnicos obrantes en el expediente. Un dato que no se justifica por el técnico municipal, ni por el asesor jurídico, es la afirmación contenida en la consulta de que el uso previsto para la parcela en el PGMO es social, cuando seguidamente se hace referencia a la calificación otorgada por el Plan Parcial. Por tanto, el grado de afectación del PGMO a esta zona no se argumenta por los técnicos informantes, limitándose a aportar la ordenanza sobre Equipamientos Básicos Intensivos y a señalar que resulta aplicable, sin

mayor justificación. Esta y otras cuestiones sobre la falta de estudio de los aspectos urbanísticos aplicables al caso, que se abordarán seguidamente, no quedan resueltas en el expediente.

2ª) Se afirma en la justificación de la consulta que en el informe técnico de 11 de mayo de 2009 (folio 11) se constata que la calificación otorgada por el PGMO al suelo donde se pretende ubicar el tanatorio es social y que la actividad para la que se solicita la licencia es compatible con dicha calificación, conforme al Plan Parcial aplicable al ámbito que nos ocupa, al admitir los siguientes usos: club social, espectáculos, religiosos, sanitario y asistencial.

Sin embargo, este Consejo Jurídico considera que los informes del técnico municipal de 11 de mayo de 2009 y del arquitecto municipal de 3 de septiembre de 2010 (pues el informe del ingeniero municipal de 11 de octubre siguiente ni tan siquiera se pronuncia) no aclaran esta fundamental cuestión, por cuanto se limitan a aseverar únicamente el uso social de la parcela y la compatibilidad de la actividad de tanatorio (omiten, por cierto, la vertiente de crematorio) sin mayor justificación. Tampoco expresan en qué uso de los permitidos específicamente para dicha parcela por la Ordenanza 36 del Plan Parcial (folio 437), tales como religiosos, sanitarios o asistenciales, excluidos obviamente los de club social y espectáculos, se subsumiría el uso de tanatorio-crematorio, no siendo suficiente para otorgar la licencia de actividad, por su carácter reglado, atribuirle el genérico de social (que es la denominación concreta de la zona D), sin encuadrarlo en uno de los concretos usos permitidos, más aún cuando la citada Ordenanza 36 acota los usos a los indicados. También omiten los citados informes técnicos, como ya se ha indicado, cualquier información sobre la incidencia del PGMO en la Ordenanza 36 del Plan Parcial, pese a que se ha incorporado en el expediente copia de la normativa correspondiente a la zona de Equipamientos Básicos Intensivos (EBI), señalando únicamente el informe técnico de 18 de enero de 2011 que resulta también aplicable a la parcela donde se pretende la instalación. Pues bien, a la vista de dicha normativa del PGMO (que no figura diligenciada de aprobación definitiva por el órgano competente), con la reserva indicada, se desprende que han de tenerse en cuenta los usos previstos en los planes parciales aprobados, siempre y cuando no contradigan los que seguidamente se exponen en dicha normativa del Plan General.

Por tanto, para la concreción de los usos permitidos por el Plan Parcial para dicha parcela (en el caso de que no fuera aclarado por otras ordenanzas del mismo Plan), habrá de acudir a las definiciones recogidas en la normativa del PGMO para determinar qué construcciones o instalaciones incluyen los usos religiosos, sanitarios y asistenciales, puesto que el club social parece ya acotado; por ejemplo, el PGMO considera como usos sanitarios un centro médico y una clínica en la zona de Equipamientos Básicos Intensivos. En el caso que aún persistan dudas, este Consejo Jurídico considera que debe ser objeto de una regulación específica y necesaria en el

planeamiento, dado que el otorgamiento de las licencias no puede ampararse en la posibilidad de incardinarlo dentro de un uso genérico, sin tener en cuenta los usos pormenorizados previstos por la normativa aplicable a la parcela de que se trata.

En definitiva, para que pueda pronunciarse el órgano competente sobre la licencia de actividad, concretamente sobre la compatibilidad con alguno de los usos descritos para dicha parcela en el Plan Parcial, se requiere previamente de un informe técnico municipal que analice si la actividad pretendida de tanatorio-crematorio se subsume en uno de los permitidos por la Ordenanza 36 del Plan Parcial, conforme a lo expuesto con anterioridad, siendo insuficiente la mera referencia al uso social de la zona D (folio 437), pues ha de descenderse a la regulación concreta detallada.

Tampoco consta en el expediente, atinente a la pieza separada de la licencia urbanística, el examen de los aspectos de esta naturaleza, tales como la idoneidad de su emplazamiento, los accesos, etc.

3ª) La asimilación con el uso industrial-mercantil y la incompatibilidad con los usos residenciales y comerciales sostenida en determinados fallos judiciales, en atención al caso concreto examinado, aun reconociendo, no obstante, el carácter complejo del uso que comparte también otras finalidades sanitarias y religiosas, tiene relación con el emplazamiento cuando no se ha previsto específicamente en el planeamiento y, en opinión de este Consejo Jurídico, dicha asimilación tiene más acomodo en la vertiente de la actividad de horno crematorio.

Pero tal consideración en la actividad, cuando se trata de analizar la compatibilidad con otros usos permitidos en zona donde no se ha recogido específicamente el uso, no resulta incompatible con la calificación otorgada por los planes de dotación, equipamientos o servicios públicos para tales usos, sin que pueda excluirse cualquier otra que pudieran otorgarse por aquéllos, siempre y cuando responda a las actividades a desarrollar por los servicios funerarios en determinadas parcelas, como se ha indicado anteriormente.

En este punto conviene reiterar que el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria se remite al planeamiento general y parcial (artículo 46) para incluir las previsiones (dentro de los servicios públicos complementarios) de los depósitos funerarios.

4ª) En cuanto a la actividad de tanatorio, ésta ha sido considerada como molesta (sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 28 de octubre de 1988), conforme al RAMINP (que no resulta de aplicación directa a la Región, en virtud de la Disposición adicional sexta de la Ley 1/1995, ya

citada), destacándose dos aspectos de dicha actividad: el funcional, por la afluencia de personas y vehículos y por las horas en las que se desarrolla la actividad, y de otro en el plano psicológico por las actitudes de rechazo, miedo o angustia que la proximidad de estas actividades provocan en la población.

Prueba de esto son las alegaciones realizadas por la Asociación de Vecinos, que han sido desestimadas en el trámite de calificación ambiental, si bien se echa en falta que no se hayan considerado en los informes técnicos los aspectos atinentes a la idoneidad de su emplazamiento, accesos, tráfico, etc., que corresponden a la pieza separada de la licencia urbanística, y que no constan analizados en el expediente remitido, como se ha indicado anteriormente.

5ª) Aunque ambientalmente se haya obtenido la autorización favorable de la Dirección General para la actividad de horno crematorio, este Órgano Consultivo considera que tal uso debe estar expresamente recogido en el planeamiento, a la vista de algunos pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia que, en ausencia de normativa autonómica sobre emplazamientos de hornos crematorios, y aplicando el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de 1974, han considerado su equiparación con los cementerios de nueva creación a los efectos de exigir su instalación a 500 metros de las zonas residenciales (posibilidad, no obstante, que puede ser excepcionada, según establece el artículo 50 del Reglamento citado), y sobre todo porque dicha disposición contempla los hornos crematorios dentro del recinto del cementerio (artículo 53), si bien ha de tenerse en cuenta que la liberalización de los servicios funerarios se produjo posteriormente. Una de las modificaciones introducidas por los reglamentos de policía sanitaria mortuoria de las Comunidades Autónomas es la posibilidad de emplazar hornos crematorios fuera de los cementerios (por ejemplo, el artículo 32 del Decreto 16/2005 de Castilla y León).

En tal sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 3 de marzo de 2003, recogiendo otra anterior de 27 de enero del mismo año señala:

*“A la vista de todo ello debemos señalar que, evidentemente, como señala la Administración demandada existe un vacío normativo autonómico que le lleva a aplicar la legislación estatal y de la misma (ya expuesta) se desprende la asimilación de crematorio a cementerio, asimilación que queda patente cuando se exige un lugar para el enterramiento de las cenizas, por tanto, como primera conclusión, la asimilación posible no sería entre tanatorio y crematorio, sino entre cementerio y crematorio y es este sentido el único que puede legitimar y, de hecho, estimamos que legítima, la negativa administrativa ya que otro tipo de consideraciones quedan al margen de la estricta legalidad del actuar administrativo (...).”*

Del mismo modo la sentencia de la misma Sala y Tribunal de 28 de marzo de 2008 considera que el uso de tanatorio no incluye el de horno crematorio, al no citarse entre los usos admisibles, por lo que las normas urbanísticas han de admitir expresamente dicho uso.

Las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 1 de junio de 1999, de 14 de julio y de 20 de octubre de 2008, entienden aplicables a los hornos crematorios la distancia de 500 metros exigible para los cementerios de nueva construcción, al no encontrarse aún en vigor la nueva normativa regional (en igual sentido la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Salamanca de 14 de noviembre de 2007). Por el contrario, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 16 de noviembre de 2007, considera que *“hoy en día no todo crematorio debe estar en un cementerio, sin perjuicio de las obligaciones que venían impuestas en relación con la existencia de crematorio de cadáveres dentro del recinto de cementerio en los municipios de población mayor de 500.000 habitantes. Por lo tanto, si no es lo mismo cementerio que crematorio, ha de concluirse que no es de aplicación la distancia de los 500 metros del artículo 50 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria a los crematorios (...) Aquí no estamos ante un nuevo cementerio, ni ante la ampliación de un cementerio, sino ante la licencia para instalar un crematorio en un suelo industrial, según el planeamiento urbanístico”*.

De lo anterior se infiere que no es pacífica la asimilación entre cementerio y horno crematorio a efectos de la aplicación de las limitaciones descritas contenidas en los artículos 50 y 53 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de 1974, si bien existe un aspecto coincidente en estos fallos judiciales, que es la necesidad de que la actividad de crematorio tenga cobertura expresa en las previsiones del planeamiento, sin que proceda el otorgamiento de la licencia hasta tanto se tramite el instrumento de planeamiento correspondiente o se prevea expresamente dicho uso (sentencias de las Salas de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de mayo de 2007 y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 20 de septiembre de 2002).

Por lo tanto, la vista de lo expresado con anterioridad, resulta que el horno crematorio no tiene cabida si no existe una regulación expresa de dicho uso en el planeamiento, sin perjuicio de las consideraciones realizadas sobre la regulación vigente en materia de policía mortuoria.

#### **QUINTA.- Recapitulación.**

1. En cuanto a la normativa, se ha omitido la aplicación del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de 1974 por remisión de la Orden de la Consejería de Sanidad de 7 de junio de 1991, sin que se haya evacuado informe por la Dirección General competente en materia de salud.

2. Los informes técnicos obrantes en el expediente no permiten sustentar el otorgamiento de la licencia de actividad, en tanto no expresan en qué concreto uso de los permitidos por la Ordenanza 36 del Plan Parcial se subsume, en su caso, el uso de tanatorio-crematorio, sin que sea suficiente la invocación genérica al uso social, conforme a lo expresado con anterioridad. Tampoco se especifica técnicamente la incidencia de la normativa de Equipamientos Básicos Intensivos del PGMO en la Ordenanza referida del Plan Parcial, ni se dispone del estudio de otros aspectos urbanísticos (por ejemplo, la idoneidad de su emplazamiento, los accesos, el tráfico, etc.), en la pieza separada de la licencia urbanística. Por tanto, debe completarse la instrucción recabando un informe técnico sobre los extremos detallados en la Consideración Cuarta, 2ª. En todo caso, este Órgano Consultivo considera que persisten las dudas sobre su pleno ajuste a la tipología de los usos pormenorizados (aunque pueda compartir determinadas finalidades religiosas o sanitarias), por lo que recomienda su aclaración a través del planeamiento correspondiente, con carácter previo al otorgamiento de la licencia de actividad. Presupuesto para ello es el estudio técnico sobre la idoneidad de su emplazamiento y los restantes aspectos urbanísticos advertidos en el presente Dictamen.

3. De los pronunciamientos judiciales se infiere la necesidad de que el uso de horno crematorio esté expresamente previsto en el planeamiento, lo que no se cumple en el presente caso, además de traer a colación la problemática que suscita la aplicación del Reglamento estatal de Policía Sanitaria Mortuoria en la Región de Murcia.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA** .- Se dictamina la presente consulta facultativa en el sentido expresado, en forma de recapitulación, en la Consideración Quinta del presente Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 121-2011**

**Asunto** Revisión de oficio de la licencia de obras para la construcción de vivienda unifamiliar a x. en Aljucer

**Consultante** Ayuntamiento de Murcia

**Fecha** 31/05/2011

**Extracto doctrina**

El Consejo de Estado ha distinguido entre requisitos necesarios y esenciales, y sólo el incumplimiento de estos últimos vicia de nulidad de pleno derecho al acto administrativo (Dictamen nº. 1537/99, de 27 de mayo).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 27 de junio de 2001, x presenta escrito ante la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia en el que expone que es dueño de un terreno sito en el camino de La Aparecida, de Aljucer, donde pretende construir una vivienda que no supere los 300 m2, respetando la separación a linderos y al eje del camino citado. Solicita para ello la declaración de agrupación lineal para dicho camino (que se grafía en el plano que adjunta), al amparo de lo previsto en el artículo 7.10.3 de las normas urbanísticas del Plan General Municipal de Ordenación (PGMO) de Murcia, para obtener la cobertura de dicha norma para la construcción lineal junto a camino público con una tahúlla (1.118 m2) y 30 metros de frente de fachada, dado que se dispone de los servicios urbanísticos de alumbrado, saneamiento, electrificación, etc.

Tras los correspondientes informes, por acuerdo de 19 de octubre de 2001 del Consejo de la Gerencia de Urbanismo se declara como camino público, en régimen de agrupación lineal, el carril --, según aparece delimitado en el plano a escala 1/2000 del Plan General que se adjunta al citado acuerdo, que no se ha incorporado al expediente remitido a este Órgano Consultivo, por lo que no se puede conocer si dicho carril es la denominación antigua del camino de la Aparecida y sobre todo la extensión de dicha declaración. En la publicación de ésta en el Boletín Oficial de la Región de Murcia (BORM) de 5 de enero de 2002, figura como camino de la Aparecida, no como --.

**SEGUNDO.-** El Servicio Técnico de Disciplina Urbanística emite informe el 18 de febrero de 2002, en el que se expone que el suelo donde se proyecta la vivienda está clasificado como suelo no urbanizable, zona agrupación lineal, ajustándose la petición a las condiciones establecidas por el planeamiento para la edificación residencial.

**TERCERO.-** El 22 de noviembre de 2002, el peticionario de la licencia comparece en la Sección de Licencias de Edificación de la Gerencia de Urbanismo ofreciendo al Ayuntamiento de Murcia la cesión libre de cargas y gravámenes y con destino a dominio público de la franja confrontante con su propiedad, de tal modo que el lindero resultante de la cesión quede a 7 metros del eje del camino, con una superficie de 149,6 m<sup>2</sup>, reflejada en el plano que se adjunta, conforme al acta obrante en el expediente. Dicha cesión va referida al camino de la Aparecida.

**CUARTO.-** Previa autorización de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 27 de marzo de 2003 por ubicarse la vivienda en suelo no urbanizable, el Consejo de la Gerencia de Urbanismo, en su sesión de 15 de abril de 2003, otorga la licencia para construir una vivienda unifamiliar aislada en el camino de la Aparecida, sujeta, entre otros, a la siguiente condición:

*“Aceptar la cesión efectuada por el interesado, según compromiso suscrito con fecha 22 de noviembre de 2002, que figura unida al expediente, de los terrenos de su propiedad colindantes y paralelos al camino, comprendidos en una franja de 7 metros de profundidad, contados a partir del borde de dicho camino, por toda la longitud de la parcela que vincula a la edificación”.*

No consta entre la documentación remitida el acta de tira de cuerdas.

**QUINTO.-** El 17 de julio de 2007 (más de cuatro años después de la licencia otorgada), x como primera firmante de un escrito (acompañando la firma de otras 37 personas) denuncia ante la Gerencia de Urbanismo que el promotor de la vivienda está levantando una valla de bloques en el - -, sin respetar la distancia mínima de retranqueo del vallado al eje de camino público (7 metros) exigida por el planeamiento para las antiguas agrupaciones lineales (hoy suelo urbano especial de huerta). Solicitan que el Servicio de Inspección se persone en dicho carril para comprobar los hechos denunciados y obligar al propietario a retranquear dicha valla. Se acompañan fotografías del lugar, en donde se advierte su ejecución parcial.

**SEXTO.-** Con fecha 30 de enero de 2008 (más de 6 meses después) visita el lugar un inspector urbanístico, que levanta un parte de infracción por construcción de vallado situado a 3,50 metros del eje del camino (--). En ese momento el vallado se encontraba ya terminado según el acta del inspector (folio 13 del expte. 512/2009 DU). En posterior informe del Jefe del Servicio Técnico de Disciplina Urbanística de 17 de noviembre de 2008, se establece que las obras del vallado no cumplen las determinaciones del artículo 9.6.2.1 de las normas urbanísticas del PGMO,

que establecen que la línea de cerramiento de parcela se situará a 7 metros del eje del camino declarado de agrupación lineal.

**SÉPTIMO.-** Por Decreto del Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Murcia de 17 de abril de 2009, se inicia el procedimiento sancionador a x, en su condición de promotor de las obras, por la realización de las mismas sin licencia o en contra de su contenido. Las obras consisten en *“la construcción de vallado de parcela con murete de bloques de 0,80 metros de altura y malla metálica de 1,50 m.h. y una longitud de 39 m.l. situado a 3,50 m. del eje del camino”*, tipificadas como una infracción urbanística grave, de conformidad con los artículos 226 y 228 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia (TRLSRM), aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio.

**OCTAVO.-** El promotor de las obras presenta escrito el 1 de junio de 2009, señalando que el vallado se hizo hace más de 20 años, como se puede comprobar en las fotografías que se acompañan, y que en el año 2003 se le concedió una licencia de obras en la que no se estableció ninguna obligación de cesión respecto al carril --.

**NOVENO.-** El 14 de octubre de 2009, el inspector de la Unidad Urbanística se persona en el lugar y expresa que *“el vallado en cuestión se ajusta a los retranqueos reflejados en el proyecto que obtuvo licencia con núm. expte. 5822/01”* y por Resolución de 5 de noviembre de 2009 del Teniente de Alcalde de Ordenación Territorial y Urbanismo se deja sin efecto el expediente sancionador, al haber comprobado que las obras objeto del mismo disponen de licencia y se ajustan a la misma.

**DÉCIMO.-** El 8 de marzo de 2010, x presenta escrito ante la Gerencia de Urbanismo, en el que, tras expresar la tardanza de tres años en pronunciarse el Ayuntamiento, considera que éste debe adoptar las oportunas acciones legales frente a la licencia otorgada para obligar al promotor de las obras a retranquear el vallado, dado que impide incluso el paso de un camión de bomberos. Además, solicita la adopción de las medidas disciplinarias oportunas, si las hubiera, frente a los que no han actuado correctamente en el presente caso, o se han inhibido en la investigación de la anterior denuncia presentada en el año 2007. También expresa que los vecinos han acudido al Defensor del Pueblo para solicitar su intervención en un caso de indefensión y de cierto abuso de poder por parte de una Institución Pública.

**UNDÉCIMO.-** El 19 de mayo de 2010 (registro de salida), el Adjunto Segundo del Defensor del Pueblo se dirige al Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Murcia para darle traslado del contenido de la queja presentada por los vecinos por la construcción de un vallado irregular en la

entrada del carril --, en Aljucer, solicitando información sobre la adecuación de tal vallado a la normativa urbanística, especialmente en materia de retranqueos y distancias mínimas que se han de respetar al eje del camino. El 20 de julio y el 20 de septiembre siguiente se reiteró la petición de información al Ayuntamiento por la citada Institución.

Por fin, 5 meses después (el 21 de octubre de 2010) el Jefe de Servicio Administrativo de Disciplina Urbanística, mediante una comunicación interior, expone, en relación con la citada queja, que a la vista del conjunto de documentación obrante en los expedientes y de lo manifestado por el x, se da traslado al Servicio Técnico para que emita un informe sobre la posible existencia de un error en cuanto a la cesión y vallado que afectan al camino señalado y, a la vista de dicho informe, se adoptará la resolución que resulte procedente. Dicho informe fue emitido el 16 de noviembre siguiente, expresando que no consta que el promotor haya realizado la cesión de terrenos lindante con el Carril --, comprendidos en una franja de terrenos de 7 metros contados a partir del eje del camino por toda la longitud, incumpliendo el vallado la distancia mínima de 7 metros al eje del camino.

**DUODÉCIMO.-** El 2 de marzo de 2011 emite informe el Jefe de Servicio Administrativo de Disciplina Urbanística de la Gerencia, alcanzando la conclusión de que procede iniciar el procedimiento de revisión de oficio, por nulidad de pleno derecho, de la licencia concedida por acuerdo del Consejo de Gerencia de 15 de abril de 2003 a x, sobre la base de los siguientes argumentos:

- Existe un error en la concesión de la licencia, puesto que no se requirió al interesado para que cediera los terrenos destinados a vía pública en el camino lateral, declarado agrupación lineal por acuerdo de Consejo de Gerencia de 19 de octubre de 2001 y, en consecuencia, se debería haber colocado la valla a la distancia requerida de 7 metros del eje del camino, no recogiendo esta previsión el proyecto que obtuvo la licencia y que presentó el interesado para su tramitación. Considera que dicho error es imputable tanto al interesado, al no contemplar el proyecto dicho camino lateral de agrupación lineal, como a los servicios técnicos municipales que no lo advirtieron.

- La colocación de una valla a una distancia indebida constituye una infracción urbanística grave prevista en el artículo 237.2.j) TRLSRM, en relación con el artículo 9.6.2.1 de la normativa del PGMO.

- Concurre el vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1,f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), puesto que mediante la licencia se habría autorizado

la edificación sobre una zona de dominio público (el camino), en la que no estaría permitido edificar. Por tanto, el titular de la licencia carecería de los requisitos para edificar un vallado sobre una zona de cesión destinada a ampliación del camino. Cita a este respecto el Dictamen núm. 168/06 del Consejo Jurídico.

**DECIMOTERCERO.-** El 3 de marzo de 2011, el Teniente Alcalde de Ordenación Territorial y Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia resuelve iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la licencia otorgada el 15 de abril de 2003 a x, conforme a los motivos recogidos en el informe descrito en el Antecedente anterior.

**DECIMOCUARTO.-** El titular de la licencia, mediante escrito de 24 de marzo de 2011, presenta alegaciones oponiéndose a la revisión de la misma, en síntesis, por las siguientes razones:

- Improcedencia del procedimiento de revisión de oficio por cuanto se trata de un cauce de utilización excepcional para los vicios de invalidez más graves y de mayor trascendencia en el ordenamiento jurídico, conforme a los Dictámenes núms. 12/1999 y 168/2006 de este Consejo Jurídico.

- No resulta aplicable el artículo 62.1,f) LPAC a las licencias de edificación, puesto que no se adquiere ningún derecho, sino que a través de este acto se verifican si se cumplen los requisitos para que puedan ejercitarse las facultades que integran el derecho de propiedad.

- En el presente caso se parte del error de considerar como acto susceptible de nulidad el mero hecho de ejecutar un vallado en terreno de dominio público, puesto que no existe tal dominio, en tanto los terrenos son de su propiedad, careciendo de título sobre los mismos el Ayuntamiento. Y tampoco son de uso público pues no han sido objeto de cesión, produciéndose la afectación en el momento de tal cesión a la Administración actuante conforme a la legislación urbanística (artículo 3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio).

- Se realizaron las cesiones correspondientes al camino que confronta con su parcela (la Aparecida), que fue el solicitado como agrupación lineal, sin que exista en el expediente de otorgamiento de licencia referencia alguna a que dicha cesión tuviera que extenderse a otros linderos de la finca.

- El supuesto incumplimiento no puede ser considerado como un requisito esencial a efectos de poder aplicar la nulidad de pleno derecho, puesto que la vivienda cumple el uso, la parcela mínima, la edificabilidad, el retranqueo, y se ha efectuado la cesión de viario conforme a la declaración de agrupación lineal promovida.

- Transcurridos 8 años desde el otorgamiento de la licencia, serían de aplicación los límites previstos en el artículo 106 LPAC, siendo el procedimiento de revisión contrario a la equidad y a la buena fe.

- Por último, aun cuando se entendiera por el Ayuntamiento que es obligatoria una segunda cesión para la ampliación del viario por otro de los linderos, dicho defecto no sería esencial y únicamente podría determinar la anulabilidad del acto administrativo, encontrándose vedada la declaración de lesividad por haber transcurrido más de cuatro años desde que se dictó el acto.

**DECIMOQUINTO.-** El 12 de abril de 2009, el Jefe de Servicio Administrativo de Disciplina Urbanística emite informe sobre las alegaciones precitadas expresando lo siguiente:

1. El interesado reconoce que sólo instó la declaración como agrupación lineal del camino confrontante con su parcela.

2. La licencia urbanística es un acto reglado sujeto al cumplimiento de la normativa urbanística, que en aquel momento establecía la obligación de ceder y urbanizar la franja de terrenos confrontante con su parcela (7 metros al eje del camino declarado como agrupación lineal), y la declaración de dicho camino por acuerdo del Consejo de Gerencia de 19 de octubre de 2001 se extendió no sólo al situado en frente (respecto al que sí se hizo la cesión), sino también al situado en el lateral (que es el ocupado por el vallado y que no se ha cedido, ni urbanizado), por lo que no se puede entender adquirido el derecho a edificar.

3. En aquel momento el suelo tenía la clasificación de suelo no urbanizable.

4. En relación con el carácter público del camino ocupado por el vallado, se hace constar que dicha cesión y compromiso de urbanización se tenía que haber realizado por el promotor para el otorgamiento de la licencia y con la posterior aceptación por la Administración hubiera nacido su condición de dominio público.

**DECIMOSEXTO.-** Con fecha 25 de abril de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter que reviste el presente Dictamen.**

La autoridad consultante ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, al amparo de lo previsto en el artículo 102.1 LPAC, para la revisión de la licencia otorgada por acuerdo del Consejo de Gerencia de 15 de abril de 2003, consistente en la ejecución de una vivienda unifamiliar en el camino de la Aparecida (esquina con el carril --), de Aljucer.

A este respecto, el carácter preceptivo de la consulta en los supuestos de nulidad de pleno derecho está sustentado en los artículos 12.6 y 14 de la Ley 2/1997, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con lo establecido por la legislación urbanística -dada la naturaleza del acto- y, concretamente, por el artículo 232.1, párrafo segundo, TRLSRM: *“En supuestos de nulidad se procederá en los términos del artículo 102 de la Ley 30/1992 (...) previo dictamen favorable del Consejo Jurídico de la Región de Murcia. Se podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación”*.

La autoridad legitimada para recabar esta consulta es el Alcalde de la Corporación (artículo 11 LCJ), habiendo sido solicitada por el Teniente Alcalde de Ordenación Territorial y Urbanismo, sin que haga constar expresamente que se actúa por delegación.

#### **SEGUNDA.- Sobre el procedimiento de revisión de oficio de los actos urbanísticos municipales.**

Con anterioridad se ha indicado que a la revisión de los actos urbanísticos (entre ellos, las licencias urbanísticas) le es de aplicación la regulación general de la LPAC ya que, además de su carácter de normativa básica para todas las Administraciones Públicas y formar parte del procedimiento administrativo común, trata de establecer el régimen general para todos los actos administrativos, cualquiera que sea el ámbito material al que se refieran (artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, LBRL).

La revisión de oficio constituye un cauce de utilización excepcional y de carácter limitado ya que comporta que, sin mediar una decisión jurisdiccional, la Administración pueda volver sobre sus

propios actos dejándolos sin efecto (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.380/1998, de 8 de octubre).

La ley 4/1999, de 13 de enero, introdujo en la LPAC importantes modificaciones al sistema de revisión anterior, de manera que en la actualidad sólo cabe la revisión por la propia Administración de los actos nulos de pleno derecho (por estar incursos en algún supuesto tasado del artículo 62.1 LPAC), pero no de los anulables (artículo 63 LPAC), por grave y manifiesta que la infracción pueda ser, obligando a la Administración Pública a que acuda a los Tribunales si pretende revisarlos, mediante la declaración de lesividad y posterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, como recoge el artículo 103.1 LPAC para los actos favorables a los interesados y 232.1, tercer apartado, TRLSRM, para las actuaciones que constituyan infracción urbanística.

Por tanto, presupuesto para ello es determinar si se trata de un vicio de nulidad o anulabilidad para poder establecer el procedimiento a seguir, habiendo optado el Ayuntamiento por la única vía posible en principio, por su carácter imprescriptible, que es la prevista en el artículo 102 para la revisión de actos nulos (artículo 62.1,f LPAC), dado que no concurren los requisitos temporales para la declaración de lesividad como acto anulable, por haber transcurrido más de 4 años desde que se adoptó el acuerdo de concesión de licencia (artículo 103.2 LPAC), si bien esta cuestión será objeto de consideración posteriormente.

Respecto al procedimiento seguido, se constata en el expediente que se ha cumplido el trámite de audiencia al promotor de las obras, si bien no consta la subsiguiente propuesta de resolución del órgano que instruye pronunciándose sobre las alegaciones formuladas y el fondo del asunto, como ha tenido ocasión de señalar este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes, evacuados a petición de la misma Administración consultante (por ejemplo, Dictamen 25/2001); no obstante, dicho defecto formal no impide el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo planteada, facilitado por el examen de las alegaciones presentadas por parte del Servicio Administrativo de Disciplina Urbanística de la Gerencia, así como por el hecho de que la consulta haya sido recabada por el mismo órgano que instruye el procedimiento.

Resta por examinar la cuestión del plazo para resolver el presente procedimiento, en función de si se considera incoado de oficio o a solicitud de parte interesada. En el primer caso, el transcurso de los tres meses desde su iniciación (el 3 de marzo de 2011), sin dictarse resolución, produce la caducidad, teniendo en cuenta que no se ha acordado la suspensión por el tiempo que media entre la petición de Dictamen a este Consejo Jurídico y la recepción del mismo, al amparo de lo previsto en el artículo 42.5,c) LPAC.

De considerarse incoado a instancia de parte, lo que no resulta descabellado en el presente caso, a la vista de que x presentó escrito el 8 de marzo de 2010 ante la Gerencia de Urbanismo, solicitando que se adoptaran medidas respecto a la licencia urbanística otorgada (y su rectificación), el transcurso de los tres meses desde su incoación produciría la desestimación de la solicitud, si bien en tal caso se debería haber considerado al denunciante también interesado en el procedimiento, a efectos del otorgamiento de la correspondiente audiencia.

No obstante, la disyuntiva expresada no resulta relevante finalmente, a la vista de las posteriores consideraciones sobre la cuestión de fondo planteada.

**TERCERA.- Examen del alcance de la infracción que plantea el presente expediente.**

Conforme a la Resolución del Teniente Alcalde del Ordenación Territorial y Urbanística del Ayuntamiento de Murcia por la que se inicia el procedimiento de revisión de oficio, basándose en el informe del Jefe de Servicio Administrativo de Disciplina Urbanística de 2 de marzo de 2011, se reconoce un error en la concesión de la licencia urbanística otorgada el 15 de abril de 2003 a x, no en relación con la ejecución de la vivienda, respecto a la que no se alega ningún tipo de incumplimiento de los parámetros urbanísticos previstos en el planeamiento (altura, volumen, parcela mínima, etc.), sino porque no se requirió a los interesados que cedieran los terrenos para el ensanchamiento del camino público lateral (carril --), así como porque se colocó el vallado lateral a una distancia de 3,50 metros del eje del camino, incumpliendo la distancia mínima de 7 metros, conforme a la exigencia prevista en el artículo 9.6.2.1 PGMO. En la fecha en la que se otorgó la licencia, según la declaración de agrupación lineal del Carril D. Miguel, la regulación venía establecida en el artículo 7.10.3 de las normas urbanísticas del citado Plan, que igualmente recogía la obligación de cesión de una franja de terrenos confrontante con la propiedad, de modo que el lindero resultante de la cesión quedara a 7 m. del eje del camino y la línea de vallado frontal se situará en el lindero que resultara de la cesión.

El error advertido se atribuye tanto al peticionario de la licencia, que no reflejó en el proyecto el retranqueo del vallado y su cesión de terrenos respecto al carril lateral, así como a los servicios técnicos municipales.

Veamos, pues, el alcance de las infracciones detectadas:

1ª) Se afirma, en primer lugar, que la licencia incurrió en un error porque no se requirió al peticionario para que cediera los terrenos destinados a ensanchamiento del camino lateral (carril --), declarado de agrupación lineal por acuerdo de Consejo de Gerencia de 19 de octubre de 2001.

Analizada dicha infracción, se realizan las siguientes consideraciones:

a) Desde la iniciación del procedimiento se produjo cierta confusión sobre el nombre del camino que se declaraba de agrupación lineal, si se tiene en cuenta que el peticionario de la licencia lo solicitó respecto al camino de la Aparecida, sin que se reflejara en el plano aportado por él para dicha declaración el otro camino lateral (carril --). No obstante, la declaración municipal de agrupación lineal por acuerdo de 19 de octubre de 2001, se realizó al carril --, si bien en la publicación en el BORM de 5 de enero de 2002 figura como camino de la Aparecida. Con independencia de la denominación que tuviera el camino declarado (que puede haber cambiado de nombre en ciertos tramos), lo relevante es la delimitación en plano que se acompañaba al acuerdo municipal de declaración, que el Ayuntamiento no ha remitido a este Consejo Jurídico para poder constatar que el citado carril lateral fue también designado de agrupación lineal, además del camino de la Aparecida.

b) La declaración de agrupación lineal del camino de la Aparecida (que no suscita duda para los informantes), obligó al peticionario de la licencia, conforme a la normativa descrita con anterioridad, a que cediera los 7 metros de profundidad de su parcela colindantes y paralelos al citado camino (149,60 m<sup>2</sup>), según su compromiso que se recoge en el acuerdo de concesión de licencia del Consejo de Gerencia de 15 de abril de 2003. Desde luego, la oferta de cesión hace referencia únicamente al camino de la Aparecida, según el plano que se adjuntaba, y la licencia también se refiere a dicho camino.

c) Respecto al camino lateral (carril --), donde se centra la cuestión, partiendo de la hipótesis bastante verosímil de que hubiera sido declarado también de agrupación lineal en el mismo acuerdo municipal, según recoge el informe del Servicio Administrativo de Disciplina Urbanística, y que el propietario tuviera que haber cedido igualmente la franja de 7 metros, contados a partir del eje del camino lateral por toda la longitud de la edificación, omitiendo la licencia otorgada tal exigencia, no se aclara por los servicios técnicos municipales si tal cesión de terrenos (conjuntamente con la realizada frente al camino de la Aparecida) se ajustaría a lo previsto en el artículo 167.2 TRLSRM, sobre la cesión directa de terrenos, que establece un límite de un 20% de la parcela. Esta última cuestión resulta también de interés para determinar el alcance la infracción alegada.

2ª) No obstante lo anterior, la iniciación del procedimiento de revisión de oficio se sustenta en la infracción que incurre el acto de concesión de licencia urbanística por permitir la colocación de una valla a una distancia indebida, conforme a la tipificación establecida en el artículo 237.2,j) TRLSRM: el incumplimiento de las normas relativas a uso y edificación que no se puedan considerar infracción muy grave.

También sobre esta otra infracción alegada planean las siguientes cuestiones:

a) Cabría suscitar, en primer lugar, si la licencia otorgada para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en el año 2003 lo fue también para la ejecución del vallado perimetral, es decir, si tal licencia englobaba también esta última construcción, pues es distinto que el vallado se ajustara al proyecto en su día presentado, de que la licencia urbanística permitiera también la realización del vallado perimetral. A falta de mayores explicaciones técnicas se desprende del impuesto de construcciones, instalaciones y obras abonado por el petitionerario, que en la base imponible se tuvo en cuenta la realización del vallado, si bien se ignora si éste incluía todo el perímetro o sólo parte.

b) No se acierta a comprender cómo el error inicial sobre dicho camino lateral y los retranqueos a tener en cuenta en la construcción del vallado no fueron advertidos por el técnico municipal que debió personarse en el lugar para la tira de cuerdas, necesario para el comienzo de la ejecución de las obras de nueva planta, cuya acta no ha sido incorporada al procedimiento, salvo que tal operación no fuera precisa a juicio de los servicios técnicos competentes.

c) Los denunciadores han acreditado que en el año 2007 (la denuncia se presenta el 17 de julio del citado año) se realizaron obras de vallado en el camino lateral, bastando a tal efecto examinar las fotografías aportadas en el expediente 512/2009/DU, con independencia de que con anterioridad pudiera existir otro cercado, como sostiene el interesado, pues en caso contrario carecería de sentido que hubiera abonado el impuesto correspondiente respecto a la ejecución del vallado.

d) También se detecta una paralización en la actividad inspectora en el caso que nos ocupa, si se tiene en cuenta que la denuncia se presenta el 17 de julio de 2007 y el acta de inspección se realiza el 30 de enero de 2008, es decir, 6 meses después, cuando la obra ya se encontraba terminada.

e) Tampoco se justifica por el Servicio de Disciplina Urbanística, como presupuesto para archivar el procedimiento sancionador incoado por la realización del vallado a 3,50 metros del eje

del camino (cuando tenía que haber estado colocado a 7 metros), si la realización del vallado en el año 2007 se encontraba amparada por la licencia otorgada en 2003 (4 años antes), o si, por el contrario, dicha licencia, en lo que respectaba a tal actuación, se encontraba incurso en caducidad, conforme a los plazos establecidos, salvo que el peticionario hubiera solicitado una prórroga lo que no se acredita en el expediente.

Con independencia de las cuestiones señaladas, se constata en éste el incumplimiento del PGMO sobre el retranqueo del vallado al carril --, lo que tampoco es cuestionado por el peticionario de la licencia, produciéndose, conforme a las fotos aportadas por los denunciantes, un estrangulamiento al inicio del carril.

**CUARTA.- Concurrencia o no del vicio determinante de la nulidad de pleno derecho en la licencia urbanística.**

La Resolución de iniciación del procedimiento de revisión sostiene la nulidad de pleno derecho de la licencia otorgada para la construcción de una vivienda unifamiliar, en lo que concierne a la autorización del vallado, al amparo de la causa prevista en el artículo 62.1,f) LPAC: los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Por tanto, aun cuando no se exprese de este modo, se suscita la nulidad parcial de la licencia otorgada, concretamente en lo que concierne a la autorización del vallado. El razonamiento que sustenta la invocación de la causa alegada es el siguiente: mediante la licencia otorgada se habría autorizado la edificación sobre una zona de dominio público (el camino) en la que, en ningún caso, estaría permitido edificar; por tanto, el titular de la licencia carecería de los requisitos esenciales para ejercer este derecho a edificar un muro sobre una zona de cesión destinada a ampliación del camino.

Por el contrario, el interesado sostiene que dicho motivo no es aplicable al presente supuesto, en tanto que no procede la aplicación de la causa de nulidad invocada a las licencias urbanísticas, dado que éstas no otorgan el derecho a edificar, sino que es un derecho preexistente, removiéndose los obstáculos a través de dicho acto, sin que tampoco concorra en el presente caso el incumplimiento de un requisito esencial para edificar, atendiendo a la interpretación restrictiva que ha de realizarse de la nulidad de pleno derecho conforme a los Dictámenes núms. 12/1999 y 168/2006 de este Consejo Jurídico.

Procede inicialmente examinar el alegato realizado por el peticionario de la licencia sobre la exclusión de la causa invocada en los supuestos de licencias urbanísticas, descartando este

Consejo Jurídico la generalización de tal planteamiento (aun cuando puedan existir posturas contrarias a su aplicación), en tanto el TRLSRM remite al artículo 102 LPAC para los supuestos de nulidad de los actos de edificación o uso del suelo que infrinjan de forma muy grave la normativa urbanística en vigor, que a su vez reenvía al artículo 62.1 de la misma Ley sin excluir ningún motivo de los tasados. De otra parte, aunque con la concepción del derecho urbanístico vigente la licencia no da lugar al nacimiento de un derecho o facultad, sino que remueve un obstáculo existente al ejercicio de un derecho preexistente, lo cierto es que la actuación sujeta a licencia es un acto de ejercicio de una facultad (*ius edificandi*), y que la concesión de la licencia es un requisito *sine qua non* para el ejercicio del citado derecho, que permite incorporarlo al patrimonio del peticionario (STS, Sala 3ª, de 17 de junio de 2009)

A mayor abundamiento, resulta pacífica la aplicación de tal causa de nulidad a aquellas licencias urbanísticas (que tengan por objeto la construcción que se realice en el suelo y subsuelo) en las que concurren los presupuestos que seguidamente se exponen, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 842/1996) y de otros órganos consultivos autonómicos, entre ellos este Consejo Jurídico, si bien ha de matizarse que no todas las infracciones de licencias son equiparables (no tiene la misma finalidad una licencia urbanística para construir una vivienda, que la otorgada para la realización de un vallado o una segregación en suelo urbano) a efectos de sustentar la gravedad de la infracción advertida, que motive la aplicación de un supuesto de nulidad de pleno derecho (Dictamen núm. 86/2010 de este Consejo Jurídico).

Llegado a este punto ha de plantearse si el incumplimiento de la normativa para la realización del vallado puede subsumirse en la citada causa de nulidad de pleno derecho (artículo 62.1,f LPAC) o si, por el contrario, se trata de una infracción del ordenamiento jurídico que debería haber sido atacada por el Ayuntamiento, por incurrir en anulabilidad, mediante otro procedimiento.

La causa descrita de nulidad será aplicable cuando se trate del incumplimiento de un requisito esencial para la adquisición de derechos o facultades, no cuando se incumpla cualquier requisito, aunque sea exigible para la validez del acto, sobre la base de la interpretación restrictiva que ha de hacerse de la nulidad de pleno derecho, siendo el procedimiento de lesividad la regla y la revisión de oficio la excepción. En este sentido, el Consejo de Estado ha distinguido entre requisitos necesarios y esenciales, y sólo el incumplimiento de estos últimos vicia de nulidad de pleno derecho al acto administrativo (Dictamen nº. 1537/99, de 27 de mayo).

Debe quedar claro, pues, que el artículo 62.1 LPAC recoge los vicios de invalidez más graves y de mayor trascendencia en el ordenamiento, de manera que cuando esta gravedad es máxima y trasciende al interés general, la sanción tiene que ser la nulidad de pleno derecho y

particularmente la aplicación del apartado f) del precitado artículo 62.1 en caso de carencia de los requisitos esenciales del acto administrativo (Dictamen núm. 12/1999 de este Consejo Jurídico).

Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa resulta que:

1. La infracción alegada es el incumplimiento del retranqueo del vallado respecto al eje del camino lateral (no afecta a la vivienda construida que constituye la finalidad primordial de la licencia) realizado sobre unos terrenos aún privados, aun cuando estuviera previsto en la normativa su cesión para el ensanchamiento del camino público (condicionado claro está a la resolución de las dudas suscitadas por este Consejo sobre los límites de la cesión en la anterior consideración); la titularidad privada de dichos terrenos excluye que pueda otorgarse a los mismos la consideración de públicos a efectos de poder tipificar la infracción del vallado como muy grave por afectar a un vial (artículo 237.1,e TRLSRM), como ha reconocido implícitamente el órgano que instruye este procedimiento, al no poder considerar su incumplimiento como infracción muy grave, sino como grave (por las normas relativas al uso y a la edificación que no se pueda considerar infracción muy grave), conforme al artículo 237.2,j) del precitado Texto Refundido. De lo anterior también se infiere que dichos terrenos privados destinados al ensanchamiento del carril, aún no aparecían calificados como vial en el planeamiento vigente al otorgamiento de la licencia (suelo no urbanizable), sino que se incorporarían al dominio público a través de su cesión, pues en caso contrario se habría advertido dicha calificación por los servicios técnicos municipales.

2. El incumplimiento de la normativa señalada con anterioridad no presupone la carencia de los requisitos esenciales para el ejercicio del *ius aedificandi* en la parcela en cuestión (exigencia inexcusable para aplicar la causa de nulidad invocada), sino que afecta a uno de los requisitos necesarios previstos en la normativa del PGMO para construir. Tampoco afecta al objeto primordial del acto administrativo enjuiciado (la construcción de la vivienda), sino a una de las obras accesorias (la realización del vallado), con independencia de la irracionalidad urbanística que resulta del estrechamiento del camino de que se trata.

3. Tampoco sustenta la aplicación de la causa tasada de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1,f) LPAC la doctrina que se cita de nuestro Dictamen 168/2006, aludida por el Servicio Administrativo de Disciplina Urbanística de la Gerencia, en la que se ponía como ejemplo de la carencia de los requisitos esenciales cuando se otorga una licencia respecto a suelos no edificables, referida, claro está, a supuestos de máxima gravedad, conforme a la doctrina anteriormente expuesta: viviendas construidas sobre viales, zonas verdes, equipamientos públicos, suelos no urbanizable protegidos, etc., con incumplimiento de la normativa prevista, a su vez tipificadas como infracciones muy graves en el artículo 237.1 TRLSRM.

4. Para que un cerramiento de parcela pueda ser considerado como infracción muy grave, la segregación o división de los terrenos debería haberse efectuado en contra de lo dispuesto en el planeamiento urbanístico, según establece el artículo 237.1,b) TRLSRM, sin que se alegue dicho incumplimiento en el acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión de oficio, habiéndose obtenido, por el contrario, licencia de segregación el 25 de febrero de 2002, de la que se infiere que la parcela resultante colindaba con dos caminos.

Por las razones antedichas, al no ser aplicable el supuesto tasado de nulidad alegado, nos encontramos ante un acto que infringe el ordenamiento urbanístico (artículo 63 LPAC), por lo que al haberse suprimido por la Ley 4/1999 la posibilidad de revisar de oficio los actos anulables -cuando infrinjan gravemente normas de rango legal o reglamentario-, el Ayuntamiento debería haber procedido a declarar dicho acto de concesión de licencia lesivo para el interés público, mediante el procedimiento previsto en el artículo 103 LPAC, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo. En este sentido, conviene aclarar que la lesividad va embebida en la propia infracción urbanística, como reconoce la STS, Sala 3ª, de 6 de junio de 1995, que señala: *“cuando se pretenda una anulación por lesividad habrá de acreditarse para la procedencia de la lesividad en sí, ahora bien, teniendo en cuenta que en la actualidad ha desaparecido la exigencia de la doble lesión, jurídica y económica, bastando con que el acto incurra en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo y anulado..”*

Sin embargo, la falta de reacción administrativa en plazo ante la infracción detectada (si bien es cierto que la primera denuncia vecinal se produjo después de los cuatro años), que vicia de anulabilidad el acto de concesión de licencia, ha motivado que ya no pueda adoptarse el procedimiento indicado, al haber transcurrido más de 4 años desde que se dictó el acto administrativo (artículo 103.2 LPAC), como bien conoce el titular de la licencia, expresándolo así en sus alegaciones.

Pero la imposibilidad de actuar por la vía indicada no prejuzga que tal infracción deba consolidarse en la ordenación urbanística, en atención a su afectación a los accesos de los vecinos, que denuncian incluso la imposibilidad de acceder a sus viviendas los servicios de emergencias (camión de bomberos) por el estrechamiento inicial del carril lateral de que se trata, lo que obliga a la Administración actuante a afrontar la solución al problema urbanístico suscitado por ella (en parte) con el otorgamiento de la licencia urbanística, cuya revisión de oficio ahora se pretende, a través del correspondiente proyecto de obras de ampliación del tramo y de los mecanismos de gestión previstos en la legislación urbanística, que permitan el ensanchamiento del

carril de que se trata y su incorporación al dominio público, logrando así el consiguiente retranqueo del vallado.

Finalmente, indicar que se ha detectado por este Órgano Consultivo una considerable lentitud en la actuación inspectora municipal, que debe ser motivo para que la Administración actuante examine los protocolos de actuación en tales casos.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Si bien se constata la existencia de una infracción del planeamiento urbanístico que vicia de anulabilidad el acto de concesión de licencia, no concurre la causa de nulidad de pleno derecho invocada por las razones expresadas en la Consideración Cuarta.

Consecuentemente con ello, a la vista de la naturaleza de la infracción detectada, se debería haber procedido por el Ayuntamiento por la vía revisora prevista en el artículo 103, en relación con el artículo artículo 63, ambos de la LPAC, si bien por el tiempo transcurrido (más de 8 años) no resulta posible, conforme al requisito temporal establecido para tales supuestos.

**SEGUNDA.-** Con independencia de la firmeza del acto administrativo, el Ayuntamiento de Murcia dispone de mecanismos de actuación o gestión que permiten obtener el ensanchamiento del camino en un suelo urbano especial, lo que se convierte en más necesario y urgente aún por las razones esgrimidas por los vecinos denunciantes (Consideración Tercera, penúltimo párrafo).

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 122-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

**Fecha** 31/05/2011

**Extracto de doctrina**

Resulta imposible evitar las consecuencias que las actividades lúdicas conllevan, salvo que las mismas se prohibiesen totalmente, lo que llevaría al absurdo de impedir la libre expansión de los alumnos en el tiempo pensado y dedicado precisamente a esta finalidad

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 22 de noviembre de 2010 tiene entrada en el Registro de la Consejería consultante escrito de la Directora del Colegio Público “Francisco Caparrós”, de Mazarrón, al que adjunta reclamación de daños y perjuicios formulada por x, en nombre y representación de su hijo, a consecuencia del accidente sufrido por éste el día 28 de septiembre de 2010, cuando, en horario de recreo fue empujado por una compañera, cayendo al suelo y fracturándose una paleta.

La solicitud viene acompañada de la siguiente documentación:

- a) Informe de un centro dental, en el que se describen los daños sufridos por el menor y el tratamiento dispensado.
- b) Factura de este mismo centro por importe de 50 euros.
- c) Copia del Libro de Familia acreditativo del parentesco que une al reclamante con el menor.
- d) Informe de la Directora del Centro en el que se relatan los hechos del siguiente modo: *“Estaban jugando al pillao, una compañera le empujó y se cayó, rompiéndose un trocito de la paleta superior”*.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designado instructor mediante Resolución del Secretario General de la Consejería consultante, aquél solicita del Centro Educativo el envío de una copia compulsada del Libro de Familia, así como informe de la profesora que estaba presente en el momento de ocurrir los hechos, en el que se relaten los mismos, se indique cuál era el estado

del suelo del patio, el carácter fortuito o no de la caída, si hubo una posible falta de vigilancia, así como cualquier otra circunstancia que se estime conveniente. El requerimiento es cumplimentado con la remisión, por parte de la Directora, de la copia compulsada del Libro de Familia e informe de x, profesora del Colegio, en el que se indica lo siguiente:

*“1. Relato de los hechos: Durante el recreo jugando al “pillao”, un compañero (sic) sin intención de provocar un daño, le empujó y se cayó, rompiéndose un trocito de la paleta superior.*

*2. Estado del patio: No presentaba ninguna anomalía.*

*3. El accidente podríamos calificarlo como de fortuito.*

*4. Cada uno de los vigilantes del recreo estaban en el lugar que tenían asignado.*

*5. Otras circunstancias: El empujón entre los dos alumnos de forma accidental hizo que perdiese el equilibrio, dando con la boca en el suelo”.*

**TERCERO.-** Con fecha 4 de febrero de 2011 se concede trámite de audiencia al reclamante, sin que hiciera uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

**CUARTO.-** El día 29 de marzo de 2011 fue formulada propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud, al considerar que no existe nexo causal entre los daños sufridos por el alumno y el funcionamiento del servicio público prestado por el centro donde se produjo el accidente.

En tal estado de tramitación, y tras incorporar los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, V.E. remitió el expediente en solicitud de dictamen, mediante escrito que tuvo entrada en el Consejo Jurídico de la Región de Murcia el pasado 18 de abril de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

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

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

Si bien es cierto que el artículo 12.2 RRP, señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, también lo es que para un correcto pronunciamiento sobre dichos extremos el Consejo Jurídico ha de valorar el resto de presupuestos que inciden sobre dicha institución, incluido el examen del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir.

La legitimación activa reside, cuando de daños corporales se trata, en quien los ha padecido, en este caso el menor x, cuya representación legal corresponde, a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil, a sus padres. En este concepto formula la reclamación x al identificarse como padre del alumno lesionado y pedir en su nombre la correspondiente indemnización. El parentesco alegado queda debidamente acreditado con la incorporación al expediente de la copia compulsada del Libro de Familia.

La legitimación pasiva la ostenta la Consejería consultante, en la que se integra el Colegio Público en el que se produjeron los hechos.

La acción de reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

El resto del procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC (Título X, Capítulo I) y del RRP.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Por otra parte, el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que *“durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”*. En el supuesto examinado puede afirmarse que ese grado de diligencia no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas, ya que el evento se produjo de forma fortuita, dentro del riesgo que supone el desarrollo de actividades de esparcimiento libre durante el tiempo dedicado al recreo y no por la falta de vigilancia exigible a los profesores, puesto que resulta imposible evitar las consecuencias que estas actividades lúdicas conllevan, salvo que las mismas se prohibiesen totalmente, lo que llevaría al absurdo de impedir la libre expansión de los alumnos en el tiempo pensado y dedicado precisamente a esta finalidad. Adviértase que, según la documentación que obra en el expediente, los alumnos estaban vigilados por los profesores que tenían dicho cometido en ese día, los cuales se encontraban ubicados en el lugar que tenían asignado para ello, lo que refuerza el carácter meramente fortuito del empujón y posterior caída que se produce aun bajo la vigilancia del personal docente.

En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2001 declara que no cabe imputar lesión alguna a la Administración docente cuando, exclusivamente, deriva y trae causa directa e inmediata del golpe fortuito recibido de un discípulo, *“sin que, por ende,*

*pueda, desde luego, afirmarse que la lesión fue consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos docentes, so pretexto de encontrarse los alumnos en el recreo, en el interior del patio, dedicados a la práctica de los habituales juegos, pues tales circunstancias, sobre no denotar falta del debido control por el profesorado del Colegio, ya que la lesión se habría producido, cualquiera que hubiera sido la vigilancia”, es de tener en cuenta que la forma puramente fortuita en que se causó la lesión “en sí misma es insuficiente para anudar el daño a la gestión pública”, que resultaría ajena a su generación. En el supuesto sometido a consulta, el carácter meramente casual del empujón que recibe el menor viene avalado por la valoración que del mismo realizan tanto la Directora como la maestra del Centro, la cual no ha sido combatida por el interesado en el trámite de audiencia.*

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que *“deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”*. Doctrina también compartida por este Consejo Jurídico en numerosos dictámenes similares al presente, como el 179/2002, el 2/2003 y el 177/2010, entre otros muchos.

En definitiva, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño existe y se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del Centro educativo, impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por el menor y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 123-2011**

**Asunto** Revisión de oficio instada por x sobre actos tributarios nulos .  
**Consultante** Consejera de Economía y Hacienda (2008)  
**Fecha** 07/06/2011

**Extracto doctrina**

Al reconocer el Tribunal que el derecho de defensa dimanante del artículo 24 no resulta de aplicación al procedimiento administrativo, con la excepción señalada relativa al sancionador, no está afirmando que los ciudadanos carezcan del mismo, sino únicamente que este derecho de defensa no es el del artículo 24 y, por tanto, no tiene rango de derecho fundamental.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 18 de septiembre de 2008, la Dirección General de Tributos inicia procedimiento de gestión tributaria 101 130220 2005 039092, liquidación provisional ILT --, resultante de la comprobación de la declaración presentada por x, en relación con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Intentada la notificación al sujeto pasivo en la dirección: PD --, --. Murcia, 30007, el día 31 de octubre de 2008, da como resultado "desconocido". Posteriormente, se intenta la notificación en la dirección C/ --, Murcia 30007 (domicilio fiscal), con resultado de "ausente" y "dirección incorrecta", por lo que se procede a la notificación edictal en el BORM, de conformidad con el artículo 112 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).

**SEGUNDO.-** El 2 de febrero de 2009 comparece en el Servicio de Gestión Tributaria de la Dirección General de Tributos la x y se le notifica la propuesta de inicio de liquidación provisional.

**TERCERO.-** En la misma fecha, el 2 de febrero de 2009, la interesada presenta comunicación de cambio de domicilio a efectos de notificaciones, señalando como tal la C/ --, Murcia C.P. 30007.

**CUARTO.-** El procedimiento de gestión tributaria finaliza con acuerdo de liquidación complementaria con comprobación de valor declarado, de 26 de marzo de 2009 que, junto con el documento de ingreso por un importe total de 251,95 euros, se intenta notificar al sujeto pasivo los

días 13 y 15 de mayo de 2009 en la calle --, Murcia, 30007, no siendo posible por "ausente" y, posteriormente, hace constar el cartero "ausente" y "desconocido".

El 28 de mayo se intenta de nuevo en otra dirección que consta en el expediente (domicilio fiscal): C/ --, Murcia 30007, con resultado de "dirección incorrecta", acudiendo posteriormente a la notificación edictal en el BORM n.º 153, de 6 de julio de 2009, para la notificación por comparecencia del artículo 112 LGT.

**QUINTO.-** Con fecha 26 de noviembre de 2009, --, con domicilio a efectos de notificaciones en el despacho profesional de un letrado, solicita que se inicie el procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho contra el expediente 101 130220 2005 039092 del que deriva la liquidación ILT 130220 20008 005427, en base a notificaciones incorrectas alegando que *“se trata de un acto firme en vía administrativa y de los contenidos dentro de los motivos de nulidad de pleno derecho al producirse la lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (LGT artículo 217.1.a), ya que en el desarrollo del procedimiento se han producido vicios de forma de los que se deriva indefensión”*.

Considera la interesada que la Administración le ha generado indefensión al no tener en cuenta la comunicación expresa de cambio de domicilio fiscal efectuada el 2 de febrero de 2009, por lo que las sucesivas notificaciones de las resoluciones que iban recayendo en el procedimiento de gestión tributaria se dirigían a una dirección incorrecta, de forma que no podía tener conocimiento de las mismas. Ello determinó que se iniciara el procedimiento de apremio, lo que la movió a abonar la deuda tributaria resultante del indicado procedimiento de comprobación de valores, encontrándose en la actualidad a la espera de recibir el apremio correspondiente.

Para la interesada, las notificaciones efectuadas a una dirección incorrecta la sumen en indefensión, por lo que, afectando a la tutela judicial efectiva consagrada por el artículo 24 CE, cabe considerar que las notificaciones defectuosas serían nulas de pleno derecho al amparo del artículo 217.1, letra a) LGT.

**SEXTO.-** Por acuerdo del Director General de Tributos de 3 de septiembre de 2010 se inicia el procedimiento de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho.

**SÉPTIMO.-** Conferido el preceptivo trámite de audiencia a la interesada, formula alegaciones el 28 de octubre, reiterando las de su escrito de solicitud inicial.

**OCTAVO.-** El 3 de diciembre, la Dirección General de Tributos emite informe-propuesta de desestimación de la petición de nulidad, toda vez que considera que las notificaciones se han practicado en los lugares establecidos al efecto en el artículo 110.2 LGT, sin que exista un orden de prelación entre ellos. Del mismo modo, en los procedimientos iniciados de oficio con anterioridad a la comunicación por el interesado del cambio de domicilio fiscal, como el presente, el artículo 48.3 LGT permite a la Administración continuar dirigiendo las notificaciones al domicilio inicial.

El informe recuerda, asimismo, la doctrina del Consejo Jurídico acerca de la nula incidencia de las notificaciones defectuosas a los efectos del artículo 24 CE, fuera de los procedimientos sancionadores.

**NOVENO.-** El 29 de diciembre el Servicio Jurídico de la Consejería consultante emite informe-propuesta de desestimación de la revisión de oficio solicitada, sobre la base de la indicada doctrina y de la establecida por el Tribunal Constitucional que señala la posibilidad de que el artículo 24 CE resulte afectado por actuaciones administrativas, más allá de los procedimientos sancionadores, cuando no se permite al interesado o se le dificulta el acceso a los tribunales para impetrar la tutela judicial sobre el acto administrativo en cuestión (STC 111/2006). Considera el órgano informante que tal obstaculización no se produce en el presente caso, por dos motivos:

a) En la notificación edictal de la liquidación complementaria, se concedía a la interesada la posibilidad de presentar los oportunos recursos.

b) Encontrándose la interesada, según sus propias manifestaciones, “a la espera de recibir el apremio correspondiente”, podrá alegar en contra de las alegadas notificaciones incorrectas, a través de los medios de impugnación ordinarios que se le ofrecen para combatir los actos del procedimiento de recaudación ejecutiva.

**DÉCIMO.-** Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 11 de enero de 2011, reiterando la argumentación del Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 24 de enero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

De conformidad con el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 217.4, segundo párrafo, LGT, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre la revisión de oficio de un acto administrativo en materia tributaria, cuya declaración de nulidad se pretende.

### **SEGUNDA.- Del procedimiento.**

La LGT regula en el Título V la revisión en vía administrativa y, en concreto, el artículo 217 prevé la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria. En desarrollo de dicha ley se aprobó el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que regula la revisión de actos nulos de pleno derecho en los artículos 4 y siguientes (RD 520/2005).

La actora está debidamente legitimada para instar el procedimiento de revisión de oficio en cuanto es la destinataria directa del acto administrativo cuya nulidad se pretende, en su calidad de sujeto pasivo del tributo.

Por otro lado, la Administración tributaria de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia está pasivamente legitimada, toda vez que a ella pertenece el órgano que ha dictado el acto cuya nulidad se pretende, siendo competente para resolver el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos la Consejera de Economía y Hacienda, de acuerdo con el artículo 217.5 LGT y con el 16.1.g) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración regional.

En aplicación de la normativa citada en el primer párrafo de la presente Consideración, se han cumplido los trámites fundamentales que integran este tipo de procedimientos. No obstante, cabe señalar las siguientes observaciones:

a) Como de forma reiterada viene señalando este Consejo Jurídico (Dictámenes 22 y 56/2011, por citar los últimos), no obra una formal propuesta de resolución del procedimiento objeto de Dictamen (propuesta exigible a tenor de lo establecido tanto en el artículo 5.4 RD 520/2005 como en el artículo 46.2 del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo Jurídico). No obstante, en evitación de una inconveniente dilación en la resolución del procedimiento, puede considerarse como tal el informe del Servicio Jurídico de la Dirección General de Tributos, visado por el titular de dicho Centro

Directivo, a quien compete su formulación según lo dispuesto en el Decreto 32/2006, de 21 de abril, por el que se aprueba la estructura de la Consejería de Economía y Hacienda, aunque ésta debe, en el futuro, observar un cumplimiento más riguroso de este requisito, incorporando a los expedientes objeto de consulta una propuesta de resolución en los términos previstos en los preceptos mencionados.

b) Ha sido rebasado el plazo máximo para notificar la resolución expresa, que, tratándose de una revisión iniciada a instancia de parte, será de un año desde la presentación de la solicitud por el interesado, según dispone el artículo 217.6 LGT. En efecto, presentada la solicitud de revisión el 26 de noviembre de 2009, cuando la solicitud de Dictamen tiene entrada en este Órgano Consultivo el día 24 de enero de 2011, el plazo de resolución y notificación se había sobrepasado con creces. Esta circunstancia no obsta la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.1 LPAC.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto: inexistencia de causa de nulidad.**

I. La revisión de oficio de actos administrativos, en general, constituye un procedimiento excepcional en virtud del cual la Administración, ejerciendo potestades privilegiadas de autotutela, puede por sí misma, bien por propia iniciativa o a instancia del interesado, sin intervención judicial, anular o declarar la nulidad de sus propios actos.

En particular, la revisión de oficio de actos tributarios regulada en el artículo 217 LGT procede cuando se puede alegar y probar la concurrencia en el acto cuya revisión se insta de vicios especialmente graves que fundamenten dicha declaración de nulidad por parte de la propia Administración tributaria. Por ello, no todos los posibles vicios alegables en vía ordinaria de recurso administrativo, económico-administrativo o contencioso-administrativo son relevantes en un procedimiento de revisión de oficio, sino sólo los específicamente establecidos en la ley, que para el supuesto que nos ocupa y atendida la expresa invocación efectuada por la interesada es la que se concreta en el artículo 217.1, letra a) LGT, de acuerdo con el cual:

*“1. Podrá declararse la nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria, así como de las resoluciones de los órganos económico-administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los siguientes supuestos:*

*a) Que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”.*

En efecto, la contribuyente solicita la declaración de nulidad de la notificación de la liquidación tributaria debido a que no se practicó debidamente, en la medida en que se dirigió a un domicilio distinto al por ella comunicado de forma expresa a la Administración tributaria, y que esa irregularidad la sumió en una situación de indefensión, se presume, pues no termina su razonamiento la interesada, al habersele privado del derecho a conocer la liquidación efectuada y poder combatirla a través de los medios de impugnación ordinarios.

II. En primer lugar resulta necesario determinar si efectivamente existieron irregularidades en la notificación y, para el supuesto de que así fuese, si las mismas tienen entidad suficiente para declarar su nulidad.

Examinadas las actuaciones llevadas a cabo en el expediente de gestión resulta que, tras la comunicación expresa de cambio de domicilio fiscal efectuada por la interesada el 2 de febrero de 2009 (C/ --, 30007, Murcia), se dicta acuerdo de liquidación complementaria con comprobación de valor declarado, de 26 de marzo de 2009 que, junto con el documento de ingreso por un importe total de 251,95 euros, se intenta notificar a la x los días 13 y 15 de mayo de 2009 en la calle --, Murcia, 30007, no siendo posible por "ausente" y, posteriormente, hace constar el cartero "ausente" y "desconocido".

El 28 de mayo se intenta de nuevo en otra dirección que consta en el expediente: C/ --, Murcia 30007, con resultado de "dirección incorrecta", acudiendo posteriormente a la notificación edictal en el BORM n.º 153, de 6 de julio de 2009, para la notificación por comparecencia del artículo 112 LGT.

En este punto el Consejo detecta un proceder irregular en la actuación de la Administración. Como ha venido destacando la doctrina del Consejo de Estado y la de este Órgano Consultivo, resulta necesario aplicar de manera rigurosa a la Administración los presupuestos que la legitiman para utilizar la notificación edictal, trayendo a colación, *mutatis mutandi*, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional con relación a la falta de diligencia de los órganos judiciales que conduce a acudir improcedentemente al emplazamiento edictal, siendo como es un medio supletorio y excepcional, sin practicar las correspondientes averiguaciones del domicilio de los actores, es decir, que se ha de desplegar una actividad previa que lleve a la convicción razonable de que los interesados no son localizables, a cuyo fin se han de extremar las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios al alcance del órgano notificador (STC 158/2007, de 2 de julio), cautelas que, desde luego, no pueden observarse en este caso en la actuación de la Administración tributaria, que persiste en la notificación a un domicilio distinto del que la

contribuyente le ha comunicado de manera expresa como nuevo domicilio fiscal en cumplimiento del deber que a tal efecto le impone el artículo 48.3 LGT.

El resultado de este proceder de la Administración tributaria tiene como resultado la ignorancia, por parte de la interesada, de la liquidación complementaria resultante del procedimiento de comprobación de valores, no tomando conocimiento de la misma hasta el mes de noviembre de 2009, cuando comparece ante el órgano gestor y se le informa de la notificación edictal practicada.

III. Actos que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (art. 217.1, a) LGT).

Como ponen de manifiesto los órganos preinformantes, el Consejo Jurídico ya ha tenido ocasión de señalar (por todos, Dictamen 25/2008) que la hipotética falta de notificación del acto impugnado no lesiona el contenido esencial de un derecho susceptible de amparo constitucional, más en concreto, del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución. Y ello porque la extensión de tal derecho al ámbito administrativo sólo es admitida por el Tribunal Constitucional, para el caso de que se esté ante procedimientos sancionadores, como destacó este Consejo Jurídico en los Dictámenes 19 y 20 de 1999. Desde su Sentencia de 8 de junio de 1981, el Alto Tribunal ha sostenido que las garantías consagradas en el artículo 24 de la Constitución sólo resultan aplicables en los procesos judiciales y en los procedimientos administrativos de carácter sancionador, consecuencia de la identidad de naturaleza de los mismos. Al ser ambos manifestaciones del poder punitivo del Estado, los dos deben inspirarse en los mismos principios, tanto materiales (art. 25 CE) como formales (art. 24 CE).

Al reconocer el Tribunal que el derecho de defensa dimanante del artículo 24 no resulta de aplicación al procedimiento administrativo, con la excepción señalada relativa al sancionador, no está afirmando que los ciudadanos carezcan del mismo, sino únicamente que este derecho de defensa no es el del artículo 24 y, por tanto, no tiene rango de derecho fundamental.

Así lo ha ratificado en numerosas ocasiones: Sentencias 42/89, de 16 de febrero, 181/90, de 15 de noviembre, 97/93, de 22 de marzo, y, específicamente en el ámbito tributario, en las 164/95, 198/95, 94/96 y 291/2000.

Cabe efectuar una consideración acerca de la argumentación contenida en los informes obrantes en el expediente acerca de la matización que en la doctrina constitucional expuesta supone la STC 111/2006, de 5 de abril, dado que aquéllos estiman que este pronunciamiento

efectúa una extensión de las garantías derivadas del artículo 24.1 CE no sólo a los procedimientos sancionadores, sino también a los de gestión tributaria.

Esta interpretación, no obstante, exige una importante modulación. Y es que, la aludida sentencia se emite con ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad planteada frente a un precepto de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, de forma que se trata de un supuesto en que en virtud de una norma puede quedar impedido u obstaculizado el derecho de acceso a los tribunales de justicia. En consecuencia, versa sobre el control abstracto de constitucionalidad de una norma legal y no sobre el concreto acto del poder público que se considera lesivo del derecho fundamental, que realiza el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, y en cuyo desarrollo se ha venido forjando la doctrina constitucional relativa a las exigencias de la tutela judicial y su traslación al ámbito administrativo. De hecho, cuando la sentencia de referencia afirma que *“la indefensión originada en vía administrativa tiene relevancia constitucional, entonces, cuando la causa que la provoque impida u obstaculice que el obligado tributario pueda impetrar la tutela judicial contra el acto administrativo en cuestión, eliminándole la posibilidad de utilizar los medios de impugnación que el ordenamiento tributario dispone específicamente contra los diferentes actos dictados en cada procedimiento”*, se apoya en otra Sentencia anterior, la 291/2000, que si bien admite la extensión de las garantías derivadas del artículo 24 CE al procedimiento de apremio (FJ 5), las excluye en los procedimientos de gestión tributaria por carecer éstos de carácter sancionador (FFJJ 4 y 13).

Por ello, las consideraciones efectuadas en la STC 111/2006 y otras coetáneas (la 113/2006, también de 5 de abril) y posteriores (STC 46/2008 de 10 de marzo), en la medida en que se refieren a supuestos en los que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva es imputable a la propia redacción de la norma y no a la irregular actuación de la Administración en los procedimientos administrativos, han de ser trasladadas a estos últimos supuestos con extrema prudencia, dado que el control de constitucionalidad realizado por el Alto Tribunal en uno y otro caso es distinto, pues el efecto expansivo de la eventual contradicción con la Norma Fundamental que una Ley inconstitucional conlleva, no se da en el acto administrativo, cuya eficacia queda limitada a las singulares situaciones jurídicas de él nacidas.

De hecho, la doctrina clásica acerca de la no extensión genérica de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental en el ámbito de los procedimientos administrativos no sancionadores mantiene su vigencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se advierte en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24 de febrero de 2011, al indicar que *“como sostiene el Tribunal Constitucional, el ámbito de la tutela judicial, como derecho fundamental, no se extiende al procedimiento administrativo y, por ello, no le afectan las deficiencias o irregularidades cometidas*

*en su curso, por las Administraciones públicas, que tienen otro cauce y otro tratamiento", (sentencias números 65/1994 y 178/1998, y Auto de 15 de diciembre de 2003, entre otras resoluciones). No nos encontramos ante un acto sancionador (...), sino ante un acto administrativo, del que se sostiene que no ha sido notificado correctamente, y que en consecuencia puede ser impugnado en cualquier momento en que el interesado se dé por notificado, por lo que, al tener conocimiento del acto originario debió impugnarlo por la vía ordinaria. En cualquier caso, ante el acto impugnado que declara extemporáneo el recurso administrativo podría interponer el recurso contencioso por el procedimiento ordinario, y en su caso solicitar la anulación del procedimiento de ejecución. La corrección de la notificación o no, ha de ser fiscalizada a través del proceso contencioso-administrativo ordinario, al tratarse de una mera cuestión de legalidad, pues quien puede vulnerar la tutela judicial, tratándose de actos no sancionadores, son los órganos judiciales".*

Del mismo modo, como ya señalamos en nuestro Dictamen 56/2011, el Consejo de Estado, en Dictámenes 679/2005 y 670/2009, entre otros, recuerda la doctrina del Tribunal Supremo, fijada ya en sentencia de 1 de febrero de 1993, en cuya virtud, *"el derecho de tutela judicial efectiva sólo excepcionalmente puede referirse a la actuación administrativa, pues es un derecho constitucional de prestación que ha de ser satisfecho por los órganos judiciales y no por la Administración; de ahí la excepcionalidad de que pueda vulnerarse en los procedimientos de ésta. Tan sólo en el caso de que la índole de la actuación administrativa sea tal que llegue a producir un resultado que cierre el paso a la ulterior intervención revisora de la Jurisdicción, o que no permita la reversión del mismo, podría aceptarse hipotéticamente que desde el plano de la actuación administrativa pudiera producirse la lesión de ese derecho; o bien en los supuestos del procedimiento sancionador por la extensión al mismo de las garantías del proceso penal, según la jurisprudencia constitucional y de este mismo Tribunal Supremo".* En el mismo sentido, el Dictamen del Consejo de Estado 1.481/2008 sostiene que la omisión de la notificación sólo generaría la nulidad cuando diese lugar a una grave indefensión material.

La indefensión, entendida como una disminución efectiva y real de garantías con limitación de los medios de alegación, prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses (STS de 30 de mayo de 2003), lleva anudada, como consecuencia jurídica ordinaria, la anulabilidad del acto (art. 63.1 LPAC); sólo determinará su nulidad cuando sea especialmente grave, es decir, cuando lo que se produzca no sea una mera limitación de las posibilidades de defensa, sino la privación total y absoluta de las mismas, impidiendo la ulterior intervención revisora de la jurisdicción. Por ello, el Consejo de Estado niega que se produzca indefensión cuando el interesado pudo interponer las reclamaciones y recursos procedentes (Dictamen 2107/2010).

Por el contrario, cuando la notificación no llega a su destinatario de forma efectiva, por causas imputables a la Administración, de manera que éste no puede reaccionar frente a las liquidaciones giradas, considera el Consejo de Estado que sí procede declarar la nulidad. Así, en Dictamen 2103/2010, manifiesta que *“la AEAT se dirigió a una dirección incorrecta, que había dejado de tener la condición de domicilio fiscal del Sr. .... , tal y como éste había comunicado previamente a la Administración. Ello impidió que la notificación personal pudiera llegar a practicarse, siendo esta circunstancia imputable únicamente a la Administración, y priva de eficacia a la notificación edictal. En definitiva, se han producido graves deficiencias en las notificaciones practicadas que han dado lugar a una situación de indefensión real y efectiva, pues el Sr. .... se vio privado de la posibilidad de acudir a la vía del recurso contra la liquidación practicada. Adicionalmente, no hay que olvidar que ante el impago de la deuda tributaria, se inició la vía de apremio, de la que el interesado no tuvo conocimiento hasta que su entidad bancaria le comunicó el embargo. Por lo tanto, también en relación con los actos dictados en fase ejecutiva concurre análoga carencia”*.

En el supuesto ahora sometido a consulta, es cierto que la Administración no notificó en debida forma la liquidación complementaria resultante del procedimiento de comprobación de valores, pues desconoció injustificadamente el cambio de domicilio fiscal comunicado de manera expresa por la interesada y, en lugar de practicar la notificación en el nuevo domicilio fiscal, como debía, intentó la notificación en el antiguo, procediendo, ante lo infructuoso del intento, a practicar la notificación edictal.

Ahora bien, de tan irregular proceder no surge una indefensión material grave para la interesada en los términos expuestos, pues no estamos en presencia de un procedimiento sancionador y, además, como apunta la STS de 27 de febrero de 2011, antes parcialmente transcrita, nos encontraríamos ante un acto administrativo, que no ha sido notificado correctamente, y que, en consecuencia, pudo ser impugnado en cualquier momento en que la interesada se diera por notificada, por lo que, al tener conocimiento del acto originario en noviembre de 2009, debió impugnarlo por la vía ordinaria. Si la reclamación o el recurso hubieran sido declarados extemporáneos, por estimar que la notificación edictal de 6 de julio del mismo año surtió efecto, podría haber interpuesto el recurso contencioso y solicitar su anulación.

Por otra parte, la interesada se encuentra, según sus propias manifestaciones, *“a la espera de recibir el apremio correspondiente”*, acto de recaudación ejecutiva contra el que podrá interponer los recursos procedentes y por los motivos tasados establecidos por la LGT, entre los cuales destaca el previsto por su artículo 167.3, letra c), en cuya virtud, frente a la providencia de apremio podrá invocarse la falta de notificación reglamentaria de la liquidación.

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

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- No procede la revisión de oficio solicitada, al no concurrir la causa de nulidad alegada por la interesada, de conformidad con lo que se indica en la Consideración Tercera de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 124-20111**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Agricultura y Agua (2004)

**Fecha** 07/06/2011

**Extracto de doctrina**

Para que nazca la responsabilidad patrimonial por daños producidos por animales, es necesario que quede acreditado que los mismos proceden de espacios naturales o cinegéticos de titularidad de la Administración pública

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 17 de junio de 2009, x presenta un escrito dirigido a la Consejería de Agricultura y Agua en el que expone que, el 19 de abril de 2009, el vehículo de su propiedad, Mercedes C-220, matrícula –, sufrió daños al impactar contra un jabalí que irrumpió en la calzada bruscamente, sin que, a pesar de la poca velocidad a la que circulaba, pudiera esquivarlo. Los hechos ocurrieron en el punto kilométrico 13,04 de la carretera MU-503, que discurre contigua al Parque Natural Regional de Sierra Espuña.

Adjunta a dicho escrito presupuesto de reparación del automóvil por importe de 740,47 euros, cantidad que reclama al considerar responsable a la Administración de los hechos.

**SEGUNDO.-** Mediante nota de régimen interior de 3 de julio de 2009, la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad solicita informe al Servicio de Caza y Pesca Fluvial y Defensa de la Naturaleza.

El requerimiento se cumplimenta mediante informe evacuado por el Técnico responsable de dicho Servicio, fechado el día 18 de septiembre de 2009, en el que se hace constar lo siguiente:

*“En base a la documentación recibida se procede a realizar la inspección de los terrenos donde se produjeron los hechos ENTENDIÉNDOSE que por tratarse del entorno de Sierra Espuña, el lugar se ubica en la carretera que une Aledo con la Zarzadilla de Totana (MU-603) en dirección a esta última pedanía de Lorca, desde Aledo, emitiéndose el siguiente*

INFORME:

*El punto kilométrico 13,4 de la carretera citada MU-603, en dirección a la Zarzadilla de Totana (Lorca) linda en su parte derecha con la Reserva Regional de Caza de Sierra Espuña y en su parte izquierda con terreno no cinegético, estando próxima la ubicación de los cotos de caza con matrículas -- y --.*

*Según los datos disponibles referentes a la Reserva Regional de Caza de Sierra Espuña cuya gestión corresponde a la Administración Autonómica en dicha zona no está constatada la presencia de jabalí, ni pasos habituales de la especie a través de la carretera, aunque no es descartable la presencia de la misma. La gestión de la Reserva de Caza en cuanto a dicha especie cinegética esta encaminada al control de sus poblaciones por parte de los Celadores de Caza y Pesca Fluvial para evitar la problemática de daños agrícolas que se deriva de su excesiva proliferación, autorizándose su caza exclusivamente a los propietarios de terrenos incluidos en la Reserva, cuando esas circunstancias se producen. En la fecha de los hechos queda constatado que no se estaba realizando actividad cinegética sobre jabalí alguna legalmente en los terrenos incluidos en la Reserva de Caza.*

*Con respecto a la actividad cinegética de los terrenos ubicados en la parte izquierda MU-- y MU--, se considera conveniente solicitar a la Oficina Regional de Caza y Pesca, listado de los permisos especiales emitidos en esos momentos para la caza del jabalí, así como medidas de gestión de la especie en su caso, que no constan en esta Unidad de Ordenación Cinegética”.*

**TERCERO.-** Mediante escrito de 14 de diciembre de 2009 la Consejería consultante se dirige al interesado requiriéndole para que, en el plazo de 10 días, aportara el atestado instruido por los agentes de la autoridad que acredite la certeza de los hechos por los que se reclama, así como documentos por los que se deje constancia de la propiedad del vehículo siniestrado.

El requerimiento es cumplimentado por el reclamante que incorpora al expediente los siguientes documentos:

- Copias del permiso de circulación y ficha técnica del automóvil.

- Copia de la diligencia de comparecencia del interesado de fecha 22 de abril de 2009 ante la Guardia Civil de Totana, en la que se recoge la declaración del mismo en el siguiente sentido:

*“PREGUNTADO para que diga cómo han podido desarrollarse los hechos DECLARA:*

*El denunciante manifiesta que en el lugar, fecha y hora consignado (el 17 de abril de 2009, a las 19:45 horas, en la carretera MU-503), mientras circulaba con su turismo marca MERCEDES, modelo C-220, matrícula --, se le cruzó en la carretera un animal salvaje (jabalí) al que no pudo esquivar, pese a circular a escasa velocidad, golpeándolo con la parte delantera izquierda, provocándole daños en el paragolpes delantero, el faro y faro antiniebla delanteros del lado izquierdo, ascendiendo el valor de los daños causados, según presupuesto que se adjunta, a 740,47 euros.*

*PREGUNTADO por si tiene conocimiento de que el animal fuera salvaje, o si pudo escaparse de alguna propiedad, manifiesta que aparentemente parece salvaje.*

*PREGUNTADO por si además de los daños ocasionados en su vehículo, ha habido otro tipo de daños (a terceros, mobiliario urbano, señalización, etc.) manifiesta que no”.*

**CUARTO.-** Mediante Orden del Consejero de Agricultura y Agua de 16 de febrero de 2010, se admite a trámite la reclamación y se nombra instructor, circunstancias que son notificadas al reclamante mediante escrito registrado de salida el día 24 de febrero de 2010.

**QUINTO.-** Por la Vicesecretaría de la Consejería de Agricultura y Agua se solicita a la Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad información sobre los permisos especiales emitidos en la fecha en la que ocurrieron los hechos objeto de la reclamación, para la caza del jabalí, así como medidas de gestión de la especie en su caso, en relación a la actividad cinegética de los terrenos MU-- y MU--.

Con fecha 24 de marzo de 2010, la Jefa de la Oficina Regional de Caza y Pesca Fluvial del citado Órgano Directivo, emite certificado en el siguiente sentido:

*“Que según los antecedentes obrantes en esta Oficina Regional la Sociedad de Cazadores Federada x, estando designado como su representante legal x. con DNI --, ostenta la titularidad cinegética del acotado --, denominado "x", con una superficie de 1.445 Has., sita en el término municipal de Aledo, siendo su aprovechamiento principal de caza menor (C-II), especies referenciadas como tales en las respectivas Ordenes anuales reguladoras de los períodos hábiles de caza, actualmente, véase el artículo 2.a) de la Orden de 14 de mayo de 2009, de la Consejería de Agricultura y Agua sobre períodos hábiles de caza para la temporada 2009/2010 en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.*

*Significar asimismo, que consta, concedidos como permisos especiales para la celebración de las modalidades cinegéticas de batidas al Jabalí y Zorro, por Resolución, de esta Dirección General de fecha 08/07/2009, Aguado o espera nocturna al Jabalí, por Resolución de fecha 18/05/2009; y caza de siete Arruis machos y siete arruis hembras, por Resolución de fecha 18/06/2009, al acotado MU- --.*

*Asimismo, indicar que x, con DNI --, ostenta la titularidad cinegética del acotado MU--, denominado "x", con una superficie de 276 Has., sita en el término municipal de Aledo, siendo su aprovechamiento principal de caza menor (C-II). No consta la concesión de permiso cinegético especial para la celebración de modalidades cinegéticas autorizadas durante la temporada 2009/2010, en dicho acotado”.*

**SEXTO.-** La Consejería consultante solicitó al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Totana, la remisión de una copia de las diligencias que, según información facilitada por el reclamante, se sustanciaban en dicho Órgano Judicial como consecuencia de los hechos sobre lo que se había formulada la reclamación. No consta en el expediente contestación alguna al requerimiento.

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia al reclamante éste no hace uso del mismo al no comparecer ni formular alegación alguna.

Seguidamente el instructor formula propuesta de resolución desestimatoria al considerar que no concurren los requisitos exigidos en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Dicha propuesta de resolución, remitida a este Consejo Jurídico en unión del expediente tramitado, extracto de Secretaria e índice de documentos que lo integran, en solicitud de su preceptivo Dictamen, constituye el objeto del presente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento de la reclamación.**

I. La legitimación activa corresponde, cuando de daños materiales en las cosas se trata, a quien ostenta su propiedad, dado que éste será el que sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. En definitiva, la legitimación para actuar deriva de la condición de perjudicado que, en el caso que nos ocupa, reside en el reclamante.

Los daños se imputan a la Administración regional en su condición de titular cinegético del Parque Natural Regional de Sierra Espuña, contiguo a la carretera en la que, presuntamente, ocurrieron los hechos objeto de la reclamación.

II. Por lo que se refiere a la temporaneidad de la reclamación, ésta ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 LPAC.

III. En cuanto a otros aspectos del procedimiento, se advierte que la resolución de admisión de la reclamación y designación de instructor, se dicta con posterioridad a las actuaciones de instrucción. Este trámite a tenor de lo prevenido en el artículo 6.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP), ha de anteponerse a cualquier otro.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables. A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

El reclamante, aunque no lo hace con la suficiente claridad, imputa una responsabilidad a la Administración regional en su condición de titular del Parque Natural Regional de Sierra Espuña, de donde, al parecer, considera que procedía el jabalí contra el que impactó su vehículo.

El Consejo de Estado ha tenido la ocasión de pronunciarse en diversos dictámenes sobre cuestiones similares a la presente, concluyendo que, para que nazca la responsabilidad patrimonial por daños producidos por animales, es necesario que quede acreditado que los mismos proceden de espacios naturales o cinegéticos de titularidad de la Administración pública (entre otros, Dictámenes 1761/2000, 3105/2003 y 2948/2004).

Conviene recordar aquí que la carga de la prueba de los hechos en que se base la reclamación de responsabilidad patrimonial recae necesariamente sobre el sujeto que la plantea, afirmación que encuentra su principal apoyo en los artículos 6 RRP y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que vienen a recoger las reglas del *onus probandi* dentro de la categoría de las obligaciones, sentando la conocida máxima de que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su excepción al que se opone; todo ello sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración, en consonancia con lo previsto en los artículos 78.1 y 80.2 de la citada LPAC, en este sentido se ha manifestado el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (entre otros, los números 968/2002, 62/2003 y 2396/2003).

También este Consejo Jurídico ha venido destacando que la carga probatoria incumbe a los reclamantes respecto a la acreditación de estas circunstancias (entre otros, Dictámenes números 107/2003, 28/2004 y 85/2004).

Pues bien, el interesado, mediante la aportación de un presupuesto, ha acreditado la existencia de daños en el vehículo de su propiedad, pero tal circunstancia no constituye elemento probatorio suficiente para constatar que la causa de dichos desperfectos se encuentre en la denunciada colisión con un jabalí, pues el informe de la Guardia Civil que se aporta por el reclamante sólo contiene las declaraciones que éste llevó a cabo ante dicha fuerza actuante, sin que obre ningún otro dato en el expediente que permita verificar la realidad de los hechos denunciados. Es más, tal como apunta el instructor en su propuesta de resolución, se detectan contradicciones entre los datos que figuran en el escrito de reclamación y los que se pusieron de manifiesto en la comparecencia; así en el primero se fija como fecha del accidente el día 19 de abril de 2009, en tanto que en la segunda se indica que el atropello ocurrió el día 17 del mismo mes y año.

Pero, aun admitiendo a efectos puramente dialécticos la realidad de la colisión, en ningún caso de tal circunstancia se derivaría la concurrencia del nexo de causalidad necesario para que la institución de la responsabilidad patrimonial despliegue sus efectos, ya que la Administración regional sólo resultaría responsable si el jabalí procediese de terrenos cinegéticos de su titularidad o aprovechamiento, lo que no ha quedado acreditado.

En consecuencia, no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales competentes en materia de caza y los daños por los que se reclama indemnización.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar el Consejo Jurídico que no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 125-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 07/06/2011

**Extracto de doctrina**

Las reglas de distribución de la carga de la prueba tienen enorme trascendencia a la hora de valorar los vacíos probatorios que se detecten sobre hechos relevantes para la decisión, si bien habrá de modularse en función de la mayor disponibilidad de medios probatorios al alcance de cada parte, criterio recogido por el artículo 217.6 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 2 de septiembre de 2008, x, en representación de x, según acredita con la escritura de poder que acompaña, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, al que atribuye un funcionamiento anormal por haberse detectado en el cuerpo del paciente un catéter abandonado, con ocasión de una intervención practicada en el Hospital Virgen de la Arrixaca cuando tenía 5 años de edad.

Describe lo ocurrido del siguiente modo:

En mayo de 1994, cuando el paciente contaba con 5 años de edad, ingresó en el Hospital Comarcal del Noroeste de Caravaca de la Cruz aquejado de fiebre, vómitos y dolor abdominal, por lo que le fueron practicadas numerosas pruebas, diagnosticándole “pielonefritis aguda y reflujo vesiculoureteral bilateral grado II”. Fue intervenido el 20 de noviembre de 1994, mediante “ureterocistostomía tipo Cohen-Monfort modificada y plastia del tipo Kaplan en el cuello vesical”. Se llevó a cabo en el Hospital Virgen de la Arrixaca, firmando el informe clínico de alta el Dr. x, Jefe de Sección de Urología Infantil.

Con molestias diversas y frecuentes, relacionadas con la zona intervenida (sobre todo infecciones de orina y dolores lumbares) transcurrieron varios años, hasta que el 26 de octubre de 2006 tuvo que acudir al Servicio de Urgencias aquejado de fuertes dolores en la zona lumbar, y se le diagnosticó “dolor lumbar”. De nuevo tuvo que acudir al día siguiente y se le diagnosticó un cólico nefrítico. El 17 de noviembre siguiente se le realizó una ecografía renal, que evidenció “riñón

derecho atrófico (9 cms.) y riñón izquierdo hipertrófico compensador sin lesiones focales, litiasis ni dilatación del sistema excretor". En diciembre de ese año, volvió al Servicio de Urgencias afectado de lumbalgia, y en enero de 2007 por hematuria y lumbalgia. Al persistir los síntomas, el 2 de enero de 2007 se le practicó una ecografía renal, que evidenció lo siguiente: "*riñón derecho atrófico e izquierdo hipertrófico compensador, sin lesiones focales. Litiasis puntiforme en grupo calicial medio de RI*". Después de varios ingresos hospitalarios, el 18 de enero se le realizó una urografía intravenosa incluida que puso de manifiesto un "catéter doble y en R.D. Reimplante ureteral bilateral". Tras varios ingresos hospitalarios, en los que ya se sospecha la presencia del catéter, el 21 de febrero de 2007 se le practicó una Tomografía Axial Computarizada (TAC) de pelvis y abdomen con contraste, cuyo resultado confirmó la presencia de un catéter ureteral derecho, sin extremos en pelvis ni vejiga, con cambios inflamatorios en la pared ureteral peri-catéter. Realizadas las mismas pruebas sin contraste al día siguiente, se confirma el catéter intraureteral en el uréter derecho.

Se le intervino quirúrgicamente sin resultado, sufriendo nuevos ingresos, hasta que el 28 de agosto de 2007 el Dr. x diagnóstica, sin género de duda, la existencia de un catéter ureteral derecho abandonado, y se le prescribió como tratamiento ureterotomía y extracción. El 15 de noviembre de 2007, el paciente fue intervenido en el Hospital Virgen de la Arrixaca de ureterotomía a cielo abierto, con extracción de catéter ureteral, mediante incisión costo-iliaca derecha. Se le dió el alta hospitalaria el 19 de noviembre, y se le revisó el 11 de diciembre, momento en el que definitivamente cesó el sufrimiento pasado.

El reclamante concluye que ha llevado en el interior de su cuerpo durante años un catéter abandonado, presuntamente introducido cuando fue intervenido, apenas siendo un niño (en noviembre de 1994), y que, finalmente, ante las molestias permanentes que le había producido tuvo que ser extraído, aunque previamente le había causado graves lesiones y secuelas, e incluso el riesgo de fallecimiento. Imputa al Servicio Murciano de Salud una inadecuada actuación médica.

En concreto, resume las siguientes conclusiones médico-legales sobre el caso: que se le extrajo un catéter intraureteral derecho en noviembre de 2007, que provocó una reacción inflamatoria intraureteral y atrofia del riñón derecho; que su colocación, sin contactar con la pelvis ni con el riñón, evidenciaba su inutilidad y su origen iatrogénico, es decir, consecuencia de un olvido, después de su colocación en 1994; que su presencia ha provocado algias y hematurias, que comenzaron en octubre de 2006, que han ocasionado ingresos hospitalarios, y una última intervención quirúrgica en noviembre de 2007.

En cuanto a la cuantía indemnizatoria, concreta los siguientes conceptos:

- Periodo de hospitalización, impeditivo y de curación: el transcurrido desde el 26 de octubre de 2006, hasta la última revisión médica, el 11 de diciembre de 2007. De dicho periodo fueron hospitalarios 30 días, y el resto (359 días) fueron impeditivos.

- Secuelas que le han quedado por los hechos relatados: atrofia renal derecha (valorada en 25 puntos), perjuicio estético ligero (cicatrices), valoradas en 6 puntos. También refiere perjuicios de índole moral por la situación vivida, así como por la pérdida de expectativas y posibilidades laborales.

El importe reclamado de 202.740 euros es desglosado de la siguiente manera:

1. Por treinta días de hospitalización, valorados a 100 euros por día, solicita el importe de 3.000 euros.

2. Por 359 días en los que permaneció sin desarrollar su ocupación habitual, valorados a 60 euros por día, solicita la cantidad de 21.540 euros.

3. Por las secuelas valoradas en total en 31 puntos, solicita la cantidad de 6.200 euros.

4. Por los perjuicios económicos padecidos al estar el reclamante en edad laboral, solicita la cantidad de 6.200 euros.

5. Por la incapacidad laboral permanente derivada de todo el proceso ocurrido, que le impedía desarrollar trabajos de esfuerzo y actividades físicas, solicita el importe de 50.000 euros.

6. Por los perjuicios morales sufridos, al haber estado en riesgo su vida, las posibles infecciones y por el sufrimiento padecido, solicita el importe de 60.000 euros.

Finalmente, propone como medios de prueba los siguientes: la documental aportada con el escrito de reclamación, consistente en la copia de los informes médicos evacuados en todo el proceso seguido, en los que se acreditan los hechos expuestos, y la testifical que en su momento se propondrá.

**SEGUNDO.-** El 24 de septiembre de 2008, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial, que fue notificada a las partes interesadas.

Al mismo tiempo, se solicitó al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca copia de la historia clínica del paciente, e informes de los facultativos que le atendieron. La misma documentación se solicitó a la Gerencia del Área de Salud IV, Hospital Comarcal del Noroeste, de Caravaca de la Cruz.

**TERCERO.-** Desde el Hospital Comarcal del Noroeste se remitió copia de la historia clínica del paciente, así como el informe de los facultativos que le asistieron en el año 2006 (folio 44 a 149).

De dicha documentación destaca el informe del Dr. x del Servicio de Urología del citado Hospital, de 30 de noviembre de 2008, que hace constar lo siguiente después de indicar que el paciente consultó en noviembre de 2006 por dolor lumbar derecho y hematuria: *“Operado de testículo en ascensor derecho a los 4 años de edad. Ureterocistoneostomía en 1994 tipo Cohen Monfort modificada y plástica del tipo Kaplan en cuello vesical, por reflujo vesico-ureteral grado III bilateral”*. A continuación, en las exploraciones complementarias describe todas las pruebas que se le practicaron (eco, urografía IV y TAC), y al referirse a las dos últimas destaca la presencia de un catéter ureteral en vía excretora derecha. Por último, en el apartado de su evolución hace constar lo siguiente: *“Con diagnóstico de catéter ureteral en vía excretora dcha. se decide realizar cistoscopia bajo anestesia, e intento de ureteroscopia para extracción de catéter ureteral sin éxito. Se decide derivación a CSVA (Dr. x) para valorar extracción de catéter por vía endoscópica, laparoscopia o cirugía abierta. Finalmente se realizó en el citado Hospital la extracción de catéter a cielo abierto el día 15 de noviembre de 2007”*.

**CUARTO.-** Desde el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca se remite copia de la historia clínica del reclamante, así como el informe de los facultativos que le asistieron (folios 149 bis a 265).

De dicha documentación, resulta de interés los informes evacuados por el Servicio de Urología en relación con la asistencia al paciente y los informes del alta sobre el estado del paciente, tras la intervención practicada para la extracción del catéter.

1. El primero de ellos es el evacuado por el Dr. x el 16 de octubre de 2008, relativo a la intervención practicada para la extracción del catéter, en el que confirma su presencia en el uréter derecho siendo retirado el 16 de noviembre de 2007, señalando: *“el mencionado catéter no era radioopaco ni mostraba ninguna señal que permitiera su identificación mediante la radiología simple”*.

2. El segundo, de 21 de octubre de 2008, fue evacuado por el Dr. x, Jefe de Sección de Uropediatría, quien suscribió el alta médica al paciente en la intervención de reimplantación ureterovesical bilateral (reimplantación antirreflujo) realizada en el año 1994. En dicho informe se refiere a su experiencia en el momento de la intervención al paciente, y a que había utilizado la misma técnica con 700 pacientes. A este respecto especifica: *“en este tipo de intervención NUNCA USAMOS tutores o sondas postoperatorias ureterales, siendo además técnicamente IMPOSIBLE cerrar la apertura vesical con una sonda intraureteral colocada, como sabe cualquiera que tenga experiencia en este tipo de cirugías”*. No obstante, manifiesta que la hoja de intervención no se encuentra en el expediente, solicitando que sea incorporada por el órgano instructor, dado que no se puede confirmar quién actuó como primer cirujano, si él o la Dra. x.

Señala que inmediatamente antes de despertar al paciente, le colocaron una sonda uretrovesical radiopaca del tipo Foley, posiblemente dada su edad del número 10, que funcionó y permaneció permeable durante todo el periodo postoperatorio hasta el alta. Después de retirarle la sonda vesical fue dado de alta con las instrucciones y el tratamiento que debía seguir. El 29 de noviembre de 1994 fue sometido a la primera revisión postoperatoria en la consulta externa, y la ecografía renoureteral y vesical de control es normal, sin existencias de anomalías. La CUMS (Cistouretrografía Miccional Seriada) realizada fue normal, según el control de 5 de mayo de 1995, sin que haga mención a una sonda abandonada ni en el riñón, ni en los uréteres, ni en la vejiga. Afirma que todas las sondas y tutores empleados en urología infantil desde siempre son radioopacos y ecorefringentes. En el estudio CUMS posoperatorio se puede apreciar claramente la sombra de la sonda de Foley que se empleó para efectuar la exploración de radiología, que fue extraída después.

Concluye que cualquier tipo de sonda o tutor habría sido detectada en las múltiples exploraciones realizadas al paciente (radiografías y ecografías) y que en los últimos 25 años nunca se ha utilizado en el Hospital un catéter doble J, siendo además radioopaco. Realiza finalmente los siguientes comentarios:

- No es muy probable que un catéter abandonado once años en el tractourinario no sea radioopaco, ni ecorefringente, al cabo de uno o dos años de su supuesto abandono.

- Ningún catéter usado en quirófano infantil y en concreto por la Sección de Urología es inaparente a las radiografías o a los estudios ecográficos. Nunca usamos doble J.

- La historia de este paciente puede ser compatible con un coágulo de origen renal calcificado, o una litiasis secundaria a un estado pielonefrítico.

- Es importante examinar las posibles fotos hechas el día de la extracción del supuesto catéter, si estaba calcificado, etc., dado que, como hubiera sido deseable en un caso tan abigarrado como éste, no se envió la pieza al Servicio de Anatomopatología para su valoración.

3. El informe de alta hospitalaria de 19 de noviembre de 2007, tras la intervención quirúrgica a la que se sometió para extraerle el catéter olvidado, indica que el día 16 anterior se realizó ureterotomía a cielo abierto, con extracción de catéter ureteral, mediante incisión costo-iliaca derecha, recogiendo que su evolución clínica fue satisfactoria. De nuevo acude a consulta del Servicio de Urología el 11 de diciembre de 2007, solicitándole una urografía intravenosa para valorar el resultado de la intervención. Finalmente, el 8 de febrero de 2008 se comprueba, mediante la prueba solicitada, la inexistencia de alteraciones en el tracto urinario, por lo que es dado de alta definitivamente (folio 223).

**QUINTO.-** En relación con la prueba testifical propuesta, el órgano instructor dirige oficio a la parte reclamante el 14 de noviembre de 2008, indicándole que la misma se estimaba pertinente, si bien se le puntualiza que tenía que precisar las personas que propone como testigos, el tipo de relación que tiene con el paciente y los aspectos sobre los que se propone formular las preguntas.

El reclamante presenta escrito de contestación el 3 de diciembre de 2008, en el que señala que, además de la prueba documental ya indicada en el escrito de reclamación, propone la testifical del Dr. x para ser interrogado sobre la intervención quirúrgica practicada al paciente en el año 1994; del Dr. x para ser interrogado sobre el diagnóstico y solicitud de intervención quirúrgica de 15 de enero de 2007, y sobre la practicada en noviembre de ese año; y, por último, el Dr. x, igualmente para ser interrogado sobre el diagnóstico y solicitud de intervención quirúrgica en el año 2007. Por último, se anuncia la aportación de un informe pericial de parte del Dr. x, sobre el objeto de las actuaciones controvertidas.

**SEXTO.-** Requerido el reclamante para que aporte las preguntas a formular a cada uno de los facultativos para que contesten de forma escrita, puesto que por cuestiones laborales no puede ser practicado de forma presencial, constan las respuestas dadas por aquéllos en los folios 277 y ss.

**SÉPTIMO.-** El perito de la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud, Dr. x, Jefe de Sección del Servicio de Urología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón de

Madrid y miembro del equipo de transplante renal de dicho Hospital, así como de la asociación de peritos colaboradores con la Administración de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, entre otros aspectos destacados de su *curriculum*, emite informe el 4 de julio de 2009, obteniendo las siguientes conclusiones:

*“1.- Es probable que hubiera un "olvido" del catéter ureteral en la cirugía practicada en la infancia.*

*2.- La atrofia del riñón derecho no es achacable al catéter ureteral, por las siguientes razones:*

*a. Parece ser que ya existía disminución del tamaño renal derecho antes de la cirugía.*

*b. En la urografía realizada el 18 de enero de 2007 no existía dilatación de la vía urinaria, por lo tanto el catéter ureteral no producía obstrucción ureteral.*

*3. La atrofia renal derecha fue debida probablemente a la evolución natural de la pielonefritis por reflujo que ya padecía el paciente desde antes de la intervención quirúrgica”.*

Entre sus consideraciones médicas, interesa también destacar que el hecho de que el catéter no se visualizara en la ecografía renal, ni en la cistoscopia, fue debido a que se le colocó un catéter ureteral de tamaño infantil. Con el crecimiento, los extremos renales y vesicales emigraron al interior del uréter. También afirma el perito que es excepcional que un catéter ureteral olvidado durante 13 años no se haya calcificado, si bien esto y la posible pérdida de la capa radioopaca (descrito un caso en la literatura) pudo dificultar su diagnóstico.

**OCTAVO.-** Consta que el reclamante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia (Procedimiento Ordinario 337/2009), así como el emplazamiento a las partes interesadas.

**NOVENO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica, es evacuado el 28 de mayo de 2010 con las siguientes conclusiones:

*“1- Es posible que el catéter se olvidara en la cirugía antirreflujo a los 5 años, o en cualquiera otra a la que el paciente se hubiera sometido para desobstrucción de la vía urinaria en edad infantil, y que no conste en la Historia Clínica de los Hospitales Universitario Virgen de la*

*Arrixaca y Hospital Comarcal del Noroeste de Caravaca, por haber sido realizada fuera de la sanidad pública.*

*2. Es extraño que los familiares no fueran conscientes de que a su hijo se le había colocado un catéter en edad infantil. El cual debe removerse pasado un tiempo, lo que obliga a acudir a revisiones periódicas para conocer el momento idóneo de su retirada.*

*3. La atrofia del riñón fue debida probablemente a la pielonefritis crónica sufrida por el paciente antes de la cirugía antirreflujo realizada por el Dr. x donde presentaba según renograma: severa afectación de la función renal. Este daño alegado por los reclamantes no aparece relacionado con la permanencia del catéter en el uréter durante 13 años, ya que en la urografía de fecha 18/01/2007 no existía dilatación de la vía urinaria, por lo que muy probablemente el catéter no producía obstrucción ureteral.*

*4. Probablemente, en este caso, el paso de la orina en los primeros meses se producía a través del catéter permeable y en los años sucesivos si llegó a obstruirse (se desconoce), a través del espacio entre el catéter y pared ureteral, que al crecer en proporción a la edad del paciente permitía el paso de la orina, impidiendo la obstrucción del flujo o ectasia y el daño renal.*

*5. En conclusión, ha existido olvido de un catéter infantil en el uréter del paciente x durante varios años, que probablemente no ha producida daños al riñón, fuera de las ya existentes previos a la cirugía antirreflujo, aunque sí le ha producido molestias y la necesidad de una reintervención”.*

**DÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a los interesados, la parte reclamante presenta escrito de alegaciones el 28 de octubre de 2010, en el que expone que ha quedado acreditado en el procedimiento la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, pues hubo una mala *praxis* médica al dejar olvidado un catéter en la intervención practicada al paciente en el año 1994, que le causó molestias durante años, así como secuelas irreversibles, que fueron suficientemente descritas en el escrito inicial de reclamación.

**UNDÉCIMO.-** La propuesta de resolución, de 23 de noviembre de 2010, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al no haber sido acreditada la imputación de la lesión producida al funcionamiento del servicio público sanitario.

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 15 de diciembre de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

##### 1. Legitimación.

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

En cuanto a la legitimación pasiva, si bien la intervención fue practicada en el Hospital Virgen de la Arrixaca cuando este centro dependía de la Administración General del Estado, sin embargo, al haberse transferido a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud por Real Decreto 1474/2001, de 27 de diciembre, con efectividad a partir de 1 de enero de 2002, la Administración regional ostenta tal legitimación, dando por reproducidas las consideraciones del Dictamen núm. 65/02 del Consejo Jurídico.

##### 2. Plazo.

El artículo 142.5 LPAC dispone que *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños a las personas, de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”*.

Presentada la reclamación el 2 de septiembre de 2008, según la resolución de admisión (no se visualiza la fecha del registro de entrada), y habiéndose prestado la asistencia sanitaria a la que se imputan los daños el 20 de noviembre de 1994 (fecha en la que se practicó la intervención a la que se atribuye el abandono del catéter) ha de determinarse si aquella ha sido interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC señala para la prescripción del derecho a reclamar, sosteniendo la propuesta de resolución que la acción se ha ejercitado dentro de plazo, en atención a la fecha en la que el paciente fue reintervenido para extraerle el catéter olvidado y dado de alta.

Este Órgano Consultivo coincide con la propuesta elevada de que la acción ejercitada lo ha sido en plazo, a la vista de la caracterización de los daños alegados como continuados. Como se indicó en el Dictamen 109/2010, la jurisprudencia ha distinguido entre daños permanentes y continuados (sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 12 de mayo de 1997, 26 de marzo de 1999, 29 de junio y 10 de octubre de 2002), según la cual, por daños permanentes deben entenderse aquéllos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, mientras que los continuados son aquellos que se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, siendo necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos, o como señala la sentencia de la misma Sala y Tribunal de 20 de febrero de 2001, en estos casos, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial el *dies a quo* será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto (también las sentencias de 5 de octubre de 2000 y 30 de junio de 2009).

La reclamación fue interpuesta el 2 de septiembre de 2008 antes de que transcurriera un año computado desde la fecha de alta definitiva de la reintervención practicada (el 8 de febrero de 2008, según el Dr. x), constatando la inexistencia de alteraciones en el tracto urinario.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP, lo que casa mal con los principios de eficacia, agilidad y celeridad que han de inspirar la actuación administrativa, como ha reiterado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes y en la Memoria correspondiente al año 2008 (páginas 55 y 56).

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación del sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es

la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

Por ello, la doctrina jurisprudencial lo utiliza como parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño, diferenciando aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa y aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

**CUARTA.- Sobre la acreditación de la imputación formulada por el reclamante al funcionamiento del servicio público sanitario. Distribución de la carga de la prueba.**

Este Consejo Jurídico ha señalado en anteriores Dictámenes (por todos, el núm. 4/2005) que la determinación del nexo causal entre la actuación sanitaria y el daño presenta en ocasiones numerosas dificultades probatorias, que exige acudir a los principios de reparto de la carga de la prueba. *Prima facie* compete al reclamante la carga de probar las circunstancias que determinan la existencia de su derecho, pesando sobre el órgano administrativo la carga de probar cuantos elementos determinen la inexistencia de tal derecho. La distribución de la carga de la prueba, conforme a la regla expresada, tiene enorme trascendencia a la hora de valorar los vacíos probatorios que se detecten sobre hechos relevantes para la decisión, si bien habrá de modularse en función de la mayor disponibilidad de medios probatorios al alcance de cada parte, criterio recogido por el artículo 217.6 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC en lo sucesivo).

Pues bien, tal dificultad se presenta en el presente procedimiento, debido a que transcurren 12 años desde la intervención practicada hasta que el paciente comienza a realizarse pruebas (año 2006), como consecuencia de las molestias que presenta, sin que tampoco figure en el historial la hoja operatoria, según refiere el mismo facultativo que suscribió el alta el 23 de noviembre de 1994 (Dr. x, Jefe de Sección de Uropediatria), lo que no ha permitido confirmar si actuó él como primer cirujano o la Dra. x. Otras actuaciones que no se realizaron, según dicho informante, es la

valoración de la pieza, tras su extracción, por el Servicio de Anatomopatología lo que hubiera sido de gran relevancia para el caso, al igual que la toma de fotografías del catéter para determinar si estaba calcificado.

Las dificultades probatorias se reflejan igualmente en la propuesta de resolución, que sustenta la desestimación de la reclamación en la falta de elementos probatorios suficientes, que permitan atribuir el daño sufrido por el paciente a la actuación quirúrgica practicada en el año 1994 en el Hospital Virgen de la Arrixaca, incumbiendo la carga de su prueba al reclamante.

Por tanto, la suficiencia de la prueba para sostener la imputación al Servicio Murciano de Salud se convierte en el núcleo de la cuestión en el presente caso. Por ello, este Consejo Jurídico va a tener en cuenta que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho: los previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que ha derogado los artículos 1214 (este artículo se cita en la propuesta de resolución como si estuviera vigente), 1215, 1126 y 1231 a 1253 del Código Civil, adaptados a las peculiaridades del procedimiento administrativo. Entre los medios probatorios (artículo 386 LEC), se encuentra también la técnica de las presunciones para poder establecer, razonadamente, que el paciente ha contraído la enfermedad con ocasión de la actuación médica. Ahora bien, dicha presunción admite prueba en contrario, de modo que únicamente podrá favorecer a quien reclama en el supuesto de que la Administración no la desvirtúe mediante una actividad probatoria suficiente para demostrar que no ha existido el enlace entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamente la presunción.

#### I. Resultado de la actividad probatoria tendente a acreditar la imputación.

Ha quedado acreditado en el procedimiento, de acuerdo con la historia clínica, que el reclamante fue intervenido cuando tenía 5 años de edad en el Hospital Virgen de la Arrixaca, tras ser diagnosticado de reflejo vesicorenal estadio III bilateral primitivo (congénito) y pielonefritis aguda secundaria a reflujo vesicorenal. Fue sometido a una reimplantación ureterovesical bilateral, también denominada reimplantación antirreflujo, el 21 de noviembre de 1994 (parte de alta de 23 de noviembre), en la que se colocó, antes de despertar el paciente, una sonda uretrovesical del tipo Foley radioopaca probablemente del número 10, dada su edad, que permaneció permeable durante el periodo postoperatorio hasta que fue dado de alta, según expresa el Dr. x. Con posterioridad a dicha intervención, figura otra asistencia del Servicio de Urgencias del Hospital Comarcal Noroeste el 1 de marzo de 1995 por probable infección urinaria (folio 13)

No consta en sus antecedentes personales, que se detallan en las hojas de ingreso o atención hospitalaria del paciente, que fuera sometido a otras intervenciones quirúrgicas anteriores o posteriores, salvo por desgarró testicular izquierdo en julio de 1993 también en la sanidad pública. Desde su nacimiento figuran las asistencias hospitalarias en el sistema público de salud (folios 169 y siguientes) hasta el momento de la intervención. Habría sido deseable que se hubiera completado sus antecedentes con el historial de Atención Primaria, que no ha sido aportado por la Administración, ni consta que haya sido solicitado por la Inspección Médica; tampoco ha sido aportado por el interesado.

También se ha acreditado que, a partir de finales del mes de octubre de 2006, comienza con ciertas molestias, acudiendo al Servicio de Urgencias los días 26 de octubre aquejado de dolor lumbar y al día siguiente por cólico nefrítico, realizándole una ecografía renal el 17 de noviembre que pone de manifiesto “rinón derecho atrófico y riñón izquierdo compensador sin lesiones focales, litiasis ni dilatación del sistema excretor”. El 4 de diciembre tuvo que acudir aquejado de lumbalgia, y en enero de 2007 por hematuria y lumbalgia. Tras la realización de una urografía intravenosa se observa un catéter doble J en riñón derecho, confirmándose después en un TAC la persistencia de un catéter ureteral derecho, sin extremos en pelvis ni vejiga.

Por tanto, pese a que el Dr. x ponga en duda el supuesto catéter, porque considera que los que se instalan desde hace muchos años en el Hospital Virgen de la Arrixaca son radioopacos, además de establecer otras posibilidades como un coágulo de origen renal calcificado, o una litiasis secundaria a un estado pielonefrítico, lo cierto es que el mismo Hospital (Servicio de Urología) le extrajo el 16 de noviembre de 2007 el catéter, mediante una ureterotomía derecha, según reconoce el Dr. x (folio 256), quien expresa lo siguiente: *“el mencionado catéter no era radioopaco ni mostraba ninguna señal que permitiera su identificación mediante la radiología simple”*. El Dr. x, que figura como primer cirujano en esta reintervención, vuelve a reiterar la extracción del catéter abandonado en las respuestas dadas a las preguntas formuladas por la parte reclamante, y que sólo pudo llegar allí mediante una intervención quirúrgica.

Por tanto, resulta acreditada la intervención en el año 1994 (ninguna otra figura en los antecedentes personales, salvo el desgarró testicular), así como la existencia de un catéter abandonado en el cuerpo del paciente.

Profundizando en las pruebas del nexo causal, resulta que tanto el perito de la compañía aseguradora, como la Inspección Médica, establecen entre sus conclusiones *“como probable el olvido del catéter ureteral en la cirugía practicada en la infancia”*.

Reconocida tal posibilidad, interesa entrar a considerar qué argumentos contiene la propuesta elevada para negar la responsabilidad de la Administración regional.

Básicamente, la propuesta elevada fundamenta la desestimación en la falta de prueba de que el catéter fuera olvidado en aquella intervención, porque pudo deberse a cualquier otra a la que fuera sometida el paciente en la edad infantil para la desobstrucción de la vía urinaria y que pudo haberse realizado fuera de la sanidad pública. También en la falta de aportación de un informe pericial anunciado por la parte reclamante y que no ha sido finalmente incorporado al expediente.

Sin embargo, aun reconociendo las dudas suscitadas por el médico que firmó el alta hospitalaria en la intervención practicada en el año 1994 sobre el tipo de catéter que se utilizaba en el Hospital Virgen de la Arrixaca (aunque también reconoce que éste es un caso abigarrado), la propuesta desestimatoria se construye por la Administración sobre una base especulativa, sin que exista la más mínima constancia documental de que fuera intervenido en la edad infantil en otro centro sanitario que no fuera público.

Frente a tal valoración de la propuesta elevada, caben realizar las siguientes observaciones por este Órgano Consultivo:

1ª) Los informes médicos son coincidentes en que el catéter ureteral olvidado es de tamaño infantil, lo que sitúa su colocación en esta etapa temprana. Con anterioridad a la intervención practicada en el año 1994, obra el historial del menor en la sanidad pública desde que nació (folios 169 y ss.), sin que figure entre sus antecedentes ninguna otra intervención realizada en centros privados. Respecto a su colocación posterior a dicha intervención, de una parte no consta que surgieran problemas tras dicha intervención, salvo una asistencia en fecha 1 de marzo de 2005 por probable infección urinaria. En tal sentido, el Dr. x expresa que se le dió el alta el 26 de mayo de 2005, al estar curado el reflujo. De otra, falta la incorporación al expediente de su historia clínica en Atención Primaria correspondiente a los años posteriores a la intervención, sólo achacable a la Administración en base al principio de facilidad probatoria. Tampoco se hace constar por el paciente en los primeros ingresos por las molestias que presentaba (a finales del año 2006), que hubiera sido sometido a otro tipo de intervenciones, cuando aún no conocía la existencia de un catéter abandonado en su cuerpo.

2ª) Frente a la afirmación del Dr. x de que todas las sondas y tutores empleados en urología infantil en el Hospital Virgen de la Arrixaca son radioopacos y que hubiera sido detectado en una de las múltiples exploraciones por radiografías y ecografías que se le hicieron por los distintos especialistas, el perito de la aseguradora afirma que es posible la pérdida de una capa radio-opaca,

lo que dificulta el diagnóstico, además de que el hecho de que no se visualizara en la ecografía renal, ni en la cistoscopia, fue debido a que se le colocó un catéter ureteral de tamaño infantil, “*con el crecimiento los extremos renales y vesiculares emigraron al interior del uréter*”. Incluso el informe de la Inspección Médica plantea la siguiente hipótesis sobre el paso de la orina: “*probablemente, en este caso, el paso de la orina en los primeros meses se producía a través del catéter permeable y en los años sucesivos, si llegó a obstruirse (se desconoce), a través del espacio entre catéter y pared ureteral, que al crecer en proporción a la edad del paciente permitía el paso de la orina, impidiendo la obstrucción del flujo o ectasia y el daño renal*”.

3ª) La Administración ha tenido en su mano acreditar que el catéter no fue colocado en aquella intervención a través del estudio anatomopatológico, que no se hizo cuando se extrajo la pieza, como se reconoce por la Inspección Médica.

4ª) El hecho de que no se haya aportado por la parte reclamante el informe pericial anunciado no permite excluir la estimación de la responsabilidad patrimonial si se ha acreditado por otros medios el nexo causal, conforme se ha expuesto, sin perjuicio de que su omisión sí sea relevante en cuanto a la valoración del daño, existiendo una insuficiente prueba del reclamante sobre las partidas reclamadas, como se expondrá en la siguiente consideración.

II. Sobre la relación de causalidad y el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración regional.

Los olvidos de instrumental en los cuerpos de los pacientes comportan en sí un daño, que evidencia una defectuosa *praxis* y funcionamiento del servicio sanitario, conforme han puesto de manifiesto distintas sentencias, entre ellas, la de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de septiembre de 2008, de la que se transcribe el siguiente párrafo:

*“En el mismo sentido la sentencia de 1 de enero de 2001 mantiene esta línea, expresando que si bien es cierto que la Administración sanitaria no está obligada a obtener un resultado favorable total y sin lesión en las intervenciones quirúrgicas que practique, lo que no admite justificación es que se produzcan olvidos dentro del cuerpo del paciente, cuyas consecuencias jurídicas no pueden ser equiparables a las que resultarían de enfermedades o infecciones imprevisibles que fueran consecuencia ordinaria de las operaciones practicadas”.*

La misma conclusión de mala *praxis* médica sostiene la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 12 de

noviembre de 2010, en el caso del olvido de una gasa en una intervención practicada en un centro concertado.

También otros Órganos Consultivos han tratado asuntos similares al presente, citando entre ellos a los Dictámenes núms. 99/2006 y 650/1998 del Consejo Consultivo de Andalucía.

En suma, conforme a la valoración de la prueba realizada en el apartado anterior, este Consejo Jurídico considera la existencia de indicios suficientes para sustentar la relación de causalidad y reconocer la responsabilidad de la Administración sanitaria, procediendo a analizar la cuantía indemnizatoria reclamada.

#### **QUINTA.- Cuantía indemnizatoria.**

En el aspecto de la valoración del daño y cuantía reclamada no le falta razón al órgano instructor cuando sostiene la insuficiente prueba de la parte reclamante, si bien, presumiblemente, por el carácter desestimatorio no entra a analizar en cada una de las partidas reclamadas (sólo en relación con parte de las secuelas alegadas), careciendo por ello este Órgano Consultivo de la valiosa valoración del órgano que instruye.

Por su parte, la parte reclamante se ha limitado a relacionar una serie de conceptos y cuantías sin mayor motivación, y sin justificar el grado de afectación de todo el proceso al rendimiento del entonces menor de edad (tenía 17 años cuando comienzan las molestias en el año 2006) y a su actividad durante ese periodo, hasta que fue dado de alta de la reintervención, desconociéndose su situación laboral, cuando la probanza de tales extremos corresponde a la parte reclamante. Tampoco se justifica por qué las cuantías reclamadas son superiores a las establecidas en el sistema de valoración de daños por accidentes de tráfico correspondiente al año reclamado (2006-2007), al que de algún modo se acoge el reclamante a la hora de valorar las secuelas, sin perjuicio de que dicho baremo tenga carácter orientativo, como ha reiterado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, el núm. 69/04).

Pues bien, respecto a la cuantía reclamada (202.740 euros) se realizan las siguientes observaciones:

1ª) Tomando como referencia el periodo acotado por la parte reclamante desde el 26 de octubre de 2006 (fecha en la que acude al Hospital Comarcal del Noroeste por presentar dolor lumbar) hasta el 11 de diciembre de 2007 (fecha de revisión del alta hospitalaria tras la intervención), no quedan justificados como días improductivos los 359 días reclamados, por los que

se solicita la cantidad de 21.540 euros. Tampoco quedan justificados como días de ingreso hospitalario los 30 reclamados, cuando algunos de ellos (por ejemplo, el día 27 de octubre de 2006) acudió al centro hospitalario a las 8,56 horas y salió a las 10,05 horas.

2ª) Tampoco se ha acreditado que la secuela de atrofia renal derecha por la que se solicitan 62.000 euros, sea debida a la permanencia del catéter, a tenor de los informes de los peritos de la compañía aseguradora y de la Inspección Médica, como se recoge en la propuesta de resolución. No procede indemnización por este concepto.

3ª) Sobre las expectativas y posibilidades laborales perdidas por las que solicita 50.000 euros, nada se acredita en el expediente, cuando ya se reclaman los correspondientes a los días de ingreso hospitalarios e impeditivos para la actividad laboral. No procede indemnización por este concepto.

4ª) En relación con los perjuicios morales que se alegan por el sufrimiento padecido, la cantidad reclamada de 60.000 euros excede en mucho de la fijada para otros casos similares, como la establecida por la sentencia, ya citada, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de 12 de noviembre de 2010, en la que se valora el daño moral en 6.000 euros, siendo éste un criterio orientativo a tener en cuenta en la presente reclamación.

En consecuencia, este Consejo Jurídico considera que para la determinación de la cuantía indemnizatoria, a falta de prueba por la parte reclamante, ha de recabarse un informe de la Inspección Médica, que habrá de emitirlo con celeridad, para que determine los días que han de indemnizarse al paciente en concepto de hospitalarios, impeditivos y no impeditivos para su actividad a la luz de la historia clínica, así como sobre las secuelas alegadas (en concepto de cicatrices), pues la correspondiente atrofia renal ha sido refutada ya por dicha Inspección. Respecto al daño moral habrá de tenerse en cuenta el criterio indicado anteriormente.

A la vista del citado informe, habrá de determinarse la cuantía indemnizatoria por el órgano que instruye en trámite contradictorio, sin necesidad de recabar de nuevo el Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA**.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria, al concurrir los requisitos que determinan su existencia.

**SEGUNDA**.- La cuantía indemnizatoria habrá de determinarse en la forma establecida en la Consideración Quinta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 126-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 07/06/2011

**Extracto de doctrina**

El hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no exime de acreditar el imprescindible nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño, como han puesto de manifiesto la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 2582/98, de 16 de julio) y pronunciamientos judiciales, entre ellos, la Sentencia de 13 de junio de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Fundamento Jurídico Tercero).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de febrero de 2008, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Delegación de Murcia del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, por los daños sufridos en un vehículo de su propiedad, cuando, el 9 de abril de 2007, circulaba por la carretera que une Moratalla con Campo de San Juan. Según el relato del reclamante, el accidente tiene lugar al pasar por una curva hacia la derecha y chocar con el quitamiedos, que sobresalía, ocasionando daños en el lateral del vehículo que, tras ser reparados, se valoran en 314 euros, cantidad a la que asciende el coste de las piezas de repuesto y la factura de reparación.

Considera que la existencia del quitamiedos, sobresaliente y que en parte invadía la calzada, constituye una actuación negligente de la Administración.

Adjunta a la reclamación reportaje fotográfico en el que se aprecian los daños padecidos y la situación y estado de la bionda a cuya indebida colocación imputa el perjuicio, copia compulsada del permiso de circulación del vehículo y sendas facturas.

Propone, asimismo, prueba testifical de cuatro personas, que identifica con sus nombres y apellidos y dirección.

**SEGUNDO.-** El 16 de septiembre se requiere al interesado para que subsane y mejore la solicitud mediante la aportación de copia compulsada de diversos documentos, que en el escrito se relacionan. Se le pide, asimismo, que precise el punto kilométrico exacto donde ocurren los hechos.

No consta que el interesado haya aportado la documentación e información requeridas.

**TERCERO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección General de Carreteras, se emite el 8 de septiembre. De conformidad con este informe la carretera es de titularidad regional, identificándose como la MU-703 y el lugar del accidente como el punto kilométrico 4,320. En la actualidad, el defecto en la barrera se encuentra reparado, desconociéndose la fecha de la reparación, por haber sido instalada la protección por el Servicio de Explotación y Seguridad Vial.

Recabado informe al indicado Servicio de Explotación y Seguridad Vial, se indica que la colocación de las barreras se produjo en mayo de 2006, antes del accidente, y que quedaron perfectamente instaladas, sin que desde la fecha de la instalación se haya realizado actuación alguna de reparación o conservación sobre las mismas, por parte del indicado Servicio.

**CUARTO.-** Citados los testigos propuestos por el reclamante para la práctica de la prueba, no comparecen, conforme se documenta en el expediente mediante la correspondiente acta extendida por la instructora.

**QUINTO.-** Conferido trámite de audiencia al reclamante, no hace uso del mismo, al no presentar alegaciones ni justificaciones adicionales a las del escrito inicial.

**SEXTO.-** Con fecha 3 de febrero de 2011, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos exigidos por el ordenamiento para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues no se ha acreditado ni la ocurrencia del siniestro ni el daño padecido.

Una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 16 de febrero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

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

1. La legitimación activa reside, cuando de daños materiales en las cosas se trata, en quien ostenta su propiedad, dado que éste será quien sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. En el supuesto sometido a consulta, el reclamante declara ser el propietario del vehículo dañado, lo que acredita con el permiso de circulación, expedido a su nombre. La condición de perjudicado que ostenta el reclamante es la que genera su legitimación para actuar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), que reconoce el derecho a la indemnización a cualquier persona que hubiese sufrido el daño.

2. La titularidad autonómica sobre la vía, circunstancia puesta de manifiesto en el informe de la Dirección General de Carreteras, confiere legitimación pasiva a la Administración regional, a uno de cuyos servicios se imputa el anormal funcionamiento causante del daño por el que se reclama.

3. La reclamación fue interpuesta en el plazo de un año que, para la prescripción del derecho a reclamar, establece el artículo 142.5 LPAC, toda vez que, según afirma el reclamante, el percance acaeció el 9 de abril de 2007 y la reclamación se presentó el 21 de febrero de 2008.

4. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido en su normativa reguladora. No obstante, han de hacerse las siguientes consideraciones:

a) El expediente no recoge trámite o acto alguno entre la presentación de la reclamación dirigida a la Administración del Estado en el Registro de la Delegación del Gobierno de Murcia el 21 de febrero y su registro de entrada en la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes el 3 de marzo siguiente.

b) Se ha excedido ampliamente el plazo de seis meses que el artículo 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, establece para la resolución de este tipo de procedimientos, pues ya se han invertido en su tramitación más de tres años.

c) No consta que se haya recabado por el órgano instructor el informe del Parque de Maquinaria, elemento de juicio de gran utilidad para determinar la adecuación entre el daño y el mecanismo de su producción, así como la ponderación de la cuantificación del daño efectuada por el reclamante.

### **TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial.**

El artículo 139.1 LPAC señala que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. A los anteriores requisitos hay que sumar la antijuridicidad del daño (artículo 141.1 de la misma Ley), es decir, sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

Por tanto, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 21 de abril y de 20 de mayo de 1998), los siguientes: que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o en el padecimiento del daño, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.

Veamos la aplicación de estos requisitos al presente supuesto:

1) Daño en sus bienes, real, concreto y susceptible de evaluación económica.

El interesado ha acreditado la existencia de unos daños en el vehículo de su propiedad con sendas facturas de reparación, la suma de cuyos importes constituye la cuantía indemnizatoria pretendida.

2) Funcionamiento de los servicios públicos y nexos causal con el daño producido.

El reclamante no ha podido probar que la causa de los daños alegados se encuentre en la bionda que, sobresaliente, se introducía en la carretera.

a) En primer lugar, los medios de prueba propuestos por el interesado resultan ineficaces pues las fotografías, no adveradas y sin fecha, no acreditan que en el día de los hechos el estado de la bionda fuera el que en ellas se refleja. Máxime cuando los servicios de conservación de carreteras y de explotación y seguridad vial afirman que la bionda se encuentra a la fecha de los respectivos informes (septiembre y octubre de 2008,) en perfectas condiciones, conforme se documenta en reportaje fotográfico, sin que conste que desde la colocación de la barrera de seguridad en mayo de 2006 se haya realizado reparación alguna de la misma.

Del mismo modo, los testigos propuestos por el reclamante, tras ser debidamente citados para prestar declaración ante el órgano instructor, no han comparecido.

b) Por otra parte, del examen de las fotografías aportadas por el reclamante junto con su reclamación, singularmente la obrante al folio 9 del expediente, se advierte que la bionda no llega a invadir la calzada, sino que sobrevuela el arcén, el cual, además, resulta impracticable para la circulación de vehículos, dada su configuración.

En consecuencia, si el accidente se produjo, según manifestaciones del reclamante, cuando la conductora circulaba a velocidad moderada por la carretera, resulta que para golpear con el elemento de protección a cuyo inadecuado mantenimiento se imputa el daño, hubo de realizar una trazada de la curva excesivamente cerrada, saliéndose de la calzada y circulando, por tanto, por una zona de la carretera no habilitada para ello, de conformidad con lo establecido en los artículos 14.1 y 15 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

Corolario de lo expuesto es que, correspondiendo al reclamante la carga de probar los hechos en los que basa su pretensión indemnizatoria (artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), no resulta acreditado que el evento lesivo ocurriera en el lugar donde

aquél señala, ni que los daños fueran causados por el estado de los elementos de protección aledaños a la vía por donde circulaba.

Procede, en consecuencia, desestimar la reclamación, pues el hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no exime de acreditar el imprescindible nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño, como han puesto de manifiesto la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 2582/98, de 16 de julio) y pronunciamientos judiciales, entre ellos, la Sentencia de 13 de junio de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Fundamento Jurídico Tercero).

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación, al no concurrir los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para declarar la responsabilidad de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos de carreteras y el daño alegado.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 127-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x., en nombre y representación de su hija x., debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	07/06/2011

**Extracto de doctrina**

La causa de la caída fue la tierra procedente del alcorque, tierra que al estar en el lugar en el que se iban a desarrollar las carreras y sobre una superficie lisa como es el asfalto, constituía un riesgo ajeno a la práctica deportiva, haciendo con ello que el daño sea imputable al servicio público que, de una u otra forma, consintió que la carrera se desarrollase en tal lugar.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de octubre de 2010, tiene entrada en el Centro CEIP, San Francisco, de Jumilla, una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida por x a la Consejería de Educación, Formación y Empleo, según el cual durante el desarrollo de una clase de educación física, su hija x, alumna de 6º curso de Primaria, *“se partió un diente el cual tiene el nervio partido, según palabras del médico que la asistió, y además, según mi hija, resbaló porque había arena en el patio, ya que el cole estaba en obras”*. Valora los daños en 282,5 euros, cantidad a que asciende su pretensión indemnizatoria, la cual justifica a través de un presupuesto formulado por un odontólogo.

**SEGUNDO.-** En informe de accidente escolar de igual fecha, el Director del Centro señala, además de otras circunstancias, que en la clase de Educación Física, la alumna sufrió una caída mientras realizaba un juego de *“pilla pilla”*, durante el cual resbaló sola.

**TERCERO.-** Por resolución de 5 de noviembre de 2010, la Secretaría General de la Consejería consultante admite la reclamación y designa instructora, quien solicita al Director del Centro donde ocurrieron los hechos que emita su preceptivo informe, para lo cual formula unas concretas preguntas. Emitido éste por la profesora de Educación Física, se indica, en síntesis, que la actividad estaba programada, que las reglas del juego se explicaron, que los alumnos las siguieron correctamente y que la alumna cayó fortuitamente, no mediando empujón ni contacto. Señala que el pavimento, que es de asfalto, estaba en buenas condiciones, a lo que añade que *“sucede que en la acción de la carrera, la alumna pisó las inmediaciones del alcorque de tierra de*

*uno de los árboles situados junto a la verja perimetral del Centro, y debió de ser la tierra superficial y el apoyo inadecuado de los pies en la acción de la carrera lo que provocó el resbalón”.*

**CUARTO.-** El 13 de diciembre de 2010 se notificó a la reclamante la apertura del trámite de audiencia, sin que conste la comparecencia de la interesada.

**QUINTO.-** La propuesta de resolución, de 11 de enero de 2011, es desestimatoria de la reclamación al considerar que los daños padecidos por la menor no son imputables al funcionamiento del servicio público educativo, ya que *“a partir del informe de la maestra de Educación Física se pone de manifiesto que la caída de la alumna fue claramente fortuita sin intervención de ningún elemento material o personal coadyuvante...”*.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, V. E. remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el pasado 19 de enero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

#### **SEGUNDA.- Sobre la instrucción.**

En las ocasiones en que el Consejo Jurídico ha afrontado el examen de expedientes de responsabilidad patrimonial por accidentes escolares producidos durante la clase de educación física ha indicado (así, por ejemplo, en los Dictámenes 49/2002, 188/2003, 19/2004 y 47/2006) que se ha de tener en cuenta que no todos los accidentes sufridos en el marco de tales clases han de tener el mismo tratamiento. En efecto, en el desarrollo de una actividad deportiva usual u ordinaria pueden no existir elementos de peligrosidad, de tal modo que los accidentes producidos durante su

ejecución deben considerarse como hechos casuales ocurridos con ocasión de la prestación del servicio público educativo, pero no como consecuencia de su funcionamiento. Sin embargo, en otras ocasiones, la propia naturaleza del ejercicio a desarrollar o las circunstancias de tal desarrollo pueden generar un riesgo susceptible de producir daño y, si así ocurriese, corresponderá indemnizarlos al que ha puesto en marcha el mecanismo de riesgo que excede de los patrones socialmente aceptables, según tiene declarado el Tribunal Supremo (entre otras, sentencia de 28 de octubre de 1998).

También hemos manifestado en multitud de ocasiones que el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que “durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”.

Así pues, los daños producidos en el desarrollo de clases de Educación Física no son imputables al servicio público si se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone este tipo de actividades, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado o por mal estado de las instalaciones (Dictamen 3760/2000), tesis mantenida también por este Consejo en numerosos Dictámenes, tal como se expresa en la Memoria correspondiente al año 2003:

*“Los daños físicos constituyen un riesgo inherente a la práctica deportiva debiendo ser soportados por quienes los sufren, siempre que la actividad no se apartase de las reglas ordinarias de su práctica, o se tratara de ejercicios inapropiados a la edad de los alumnos, o concurren circunstancias determinantes de riesgo, peligro, o mal estado de las instalaciones que hubieran podido causar efectivamente lesiones derivadas de la práctica del ejercicio, y siempre que el profesorado adopte las medidas de precaución habituales, ajustadas a la pauta de diligencia exigible a un padre de familia”.*

En el asunto sometido a consulta resulta que la reclamante achacó la caída a que *“había arena en el patio”*, causa confirmada por la profesora de la asignatura al afirmar que *“la alumna pisó las inmediaciones del alcorque de tierra de uno de los árboles situados junto a la verja perimetral del Centro, y debió de ser la tierra superficial y el apoyo inadecuado de los pies en la acción de la carrera lo que provocó el resbalón”* (circunstancia ignorada en la propuesta de resolución), de lo que se concluye de forma patente que la causa de la caída fue la tierra procedente del alcorque, tierra que al estar en el lugar en el que se iban a desarrollar las carreras y sobre una superficie lisa como es el asfalto, constituía un riesgo ajeno a la práctica deportiva, haciendo con ello que el daño sea imputable al servicio público que, de una u otra forma, consintió que la carrera se desarrollase en tal lugar. Como ha quedado dicho, los daños físicos constituyen un riesgo inherente a la práctica

deportiva si no concurre mal estado de las instalaciones, como en el asunto dictaminado. Procede, en consecuencia, que se estime la reclamación en la cantidad solicitada cuyo gasto se justifique, dentro del presupuesto presentado.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por la alumna y la prestación del servicio público educativo, al que es imputable tal daño.

**SEGUNDA.**- El daño ha de valorarse en la cantidad solicitada cuyo gasto se justifique.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 128-2011**

<b>Asunto</b>	Proyecto de Orden por el que se establecen los precios públicos por la prestación de los servicios del sistema de autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
<b>Consultante</b>	Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración (2007)
<b>Fecha</b>	13/06/2011

**Extracto doctrina**

El Proyecto del que después fuera aprobado como Decreto 126/2010, en su Disposición adicional única, sujetaba al mismo régimen jurídico las aportaciones económicas de los beneficiarios de los servicios y prestaciones sociales sin distinción entre las que correspondían al SAAD y las que no. Este Consejo Jurídico en su Dictamen 62/2010, emitido en relación con dicho Proyecto, señaló que esa unificación sólo resultaba posible si el régimen jurídico aplicable a cada servicio o prestación lo permitía.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 3 de noviembre de 2010, la Directora Gerente del Instituto Murciano de Acción Social (IMAS) remitió a la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración un borrador de Orden por la que se establecen los precios públicos que habrán de aplicarse a los servicios del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia que se presten en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Acompaña a dicho borrador un informe sobre la oportunidad de la norma que se pretende aprobar, otro sobre su impacto por razón de género y una memoria económica, elaborada por el Servicio Económico-Contable y de Contratación del IMAS.

**SEGUNDO.-** Aparece incorporado al expediente informe del Servicio Jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería consultante, en el que señala los trámites que deberían seguirse previamente a la aprobación de la Orden. En concreto, y en lo que se refiere a la consulta al Consejo Regional de Servicios Sociales de la Región de Murcia, coincide con la apreciación que se contiene en la Memoria de oportunidad sobre la innecesariedad de dicha consulta, debido a que *“esta Orden establece y regula como precios públicos, las cuantías que los beneficiarios deben pagar por los servicios que reciben del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia. Estos precios públicos vienen directamente determinados por la regulación establecida por el ya citado Decreto 126/2010, de 28 de mayo, que en su proceso de elaboración fue ya informado por el Consejo Regional de Servicios Sociales de la Región de Murcia, por el Consejo Asesor Regional de*

*Personas Mayores, por el Consejo Asesor Regional de Personas con Discapacidad, por lo que se entiende que en sus aspectos esenciales y determinantes de los mismos ya fueron en su día sometidos a su aprobación". En lo que se refiere al fondo, el texto examinado es informado favorablemente.*

**TERCERO.-** Remitido el expediente a la Consejería de Hacienda para recabar el informe preceptivo a que se refiere el artículo 21.1 del Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley regional de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales (TRLT), el 16 de febrero de 2011, la Asesora Facultativa, con el visto bueno del Director General de Tributos, emite informe favorable al borrador de Orden, con algunas observaciones puntuales para la mejora del texto, que fueron analizadas por el Servicio Jurídico del IMAS en informe de 14 de marzo de 2011, aceptando e introduciendo en el texto inicial la totalidad de las observaciones realizadas. También se incorpora, atendiendo la sugerencia de la Dirección General de Tributos, un informe justificativo de la reducción del veinticinco por ciento que se prevé para el precio público del servicio durante la suspensión de su prestación.

**CUARTO.-** Mediante oficio registrado de entrada en este Consejo Jurídico el 22 de marzo de 2011, el Secretario General de la Consejería, por delegación del Consejero, solicitó la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando copia del expediente, incluyendo el texto autorizado del proyecto de Orden de referencia, y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de Orden que constituye un desarrollo y ejecución normativa del artículo 21.1 TRLT, concurriendo con ello el supuesto establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.- Habilitación normativa y competencia.**

I. El artículo 39 de la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia (LSSSRM), habilita a la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para establecer, como precio público, la aportación de los usuarios en la financiación de

los centros y servicios de titularidad pública o titularidad privada financiados total o parcialmente con fondos públicos, participación en la que se ponderarán el coste del servicio y los ingresos o el patrimonio de la persona usuaria o, en su caso, de las personas obligadas legalmente a prestarle asistencia, en la forma que se determina en dicho precepto legal.

Por su parte, el Decreto 45/1996, de 19 de junio, promulgado al amparo de lo previsto en el artículo 76 de la Ley 8/1985, de Servicios Sociales de la Región de Murcia (derogada por la LSSSRM), estableció los precios públicos por utilización de centros y servicios sociales gestionados por el Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia. Este Decreto ha sido derogado por el Decreto 126/2010, de 28 de mayo, por el que se establecen los criterios para determinar la capacidad económica de los beneficiarios y su participación en la financiación de las prestaciones económicas y servicios del sistema de autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Decreto 126/2010), salvo para los supuestos contemplados en su Disposición transitoria única.

La Orden de la Consejería de Sanidad y Política Social de 28 de abril de 1997, estableció las normas complementarias y de desarrollo del Decreto 45/1996, que ha venido aplicándose a los precios públicos del Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia por utilización de centros y servicios sociales gestionados por el mismo.

Con posterioridad la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (LD), estableció las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia, reconociendo a la ciudadanía el derecho a la protección de los poderes públicos cuando su situación de dependencia se reconozca y declare legalmente. Para ello se crea el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), con la participación de todas las Administraciones públicas, haciendo recaer en las Comunidades Autónomas la responsabilidad de la gestión de los servicios y recursos de dicho Sistema.

La LD, dictada al amparo de la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, regula en su artículo 33 la participación de los beneficiarios en el coste de las prestaciones, estableciendo los principios conforme a los cuales se realizará dicha participación, remitiendo a un posterior acuerdo del Consejo Territorial del SAAD la fijación de los criterios para la aplicación de lo previsto en dicho artículo. En cumplimiento del citado mandato legal, el Consejo, en su reunión de 27 de noviembre de 2008, adoptó un Acuerdo sobre determinación de la capacidad económica del beneficiario y

sobre los criterios de participación de éste en las prestaciones del SAAD, publicado mediante Resolución de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, de 2 de diciembre de 2008.

Con el fin de dar cumplimiento tanto a la LD como al Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD, se promulga el Decreto 126/2010, que tiene por objeto establecer los criterios para determinar la capacidad económica de los beneficiarios del SAAD. Criterios que se hacen extensivos, en virtud de su Disposición Adicional primera, a los servicios y prestaciones que se presten fuera del ámbito del SAAD, pero dentro del ámbito de los Servicios Sociales, cuando estén financiados total o parcialmente por fondos procedentes de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siempre y cuando su régimen jurídico lo permita.

Por otro lado el artículo 20.1 TRLT establece los requisitos para que los precios tengan la naturaleza de públicos: 1) prestación de servicios en régimen de Derecho Público, 2) que éstos no sean de solicitud o de recepción obligatoria por los administrados, 3) que los servicios sean prestados en concurrencia con el sector. Falta únicamente que sean creados y regulados como tales precios públicos, (letra c) de dicho artículo 20.1), que es, precisamente, el objeto del Proyecto que nos ocupa.

II. Es competente el Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración para, mediante Orden, aprobar la creación, modificación y supresión de los precios públicos, según dispone el artículo 21 TRLT.

**TERCERA.- Procedimiento de elaboración, contenido, sistemática y cuestiones gramaticales.**

I. Como en anteriores ocasiones ha indicado el Consejo Jurídico, si bien el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno, únicamente regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos emanados del Consejo de Gobierno, la ausencia de normas específicas para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los Consejeros y la remisión que efectúa el artículo 16.2, letra d) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Ley 7/2004), en cuya virtud los Consejeros ejercen la potestad reglamentaria “*en los términos previstos en la Ley del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia*”, permiten aplicar las normas contenidas en el referido artículo 53 de la Ley 6/2004 a la elaboración de las disposiciones de carácter general que los Consejeros dicten.

En el supuesto que nos ocupa han de aplicarse, además, las previsiones procedimentales que, con carácter específico para la creación, modificación y supresión de los precios públicos se establecen en el artículo 21 TRLT.

A la vista del expediente remitido se puede afirmar que, en términos generales, el procedimiento seguido ha respetado las previsiones normativas de carácter general contenidas en el artículo 53 de la Ley 6/2004, así como las específicas que se determinan en el artículo 21 TRLT. Según lo establecido en el artículo 53.3 de la Ley 6/2004, una vez elaborado el texto de un proyecto de disposición de carácter general que afecte a los derechos e intereses de los ciudadanos, el órgano directivo impulsor lo someterá a consulta de los posibles afectados bien de forma directa o bien a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas que los representen, pudiendo ser obviado este trámite si las referidas organizaciones o asociaciones hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración del texto de la disposición. En el presente caso el órgano impulsor de la norma justifica no haber sometido el Proyecto a la consideración del Consejo Regional de Servicios Sociales de la Región de Murcia, así como a los Consejos Asesores Regionales de Personas Mayores y de Personas con Discapacidad, en el hecho de que a dichos Órganos consultivos ya les fue sometido lo que, en su día, constituyó el Proyecto del actual Decreto 126/2010, de 28 de mayo, por el que se establecen los criterios para determinar la capacidad económica de los beneficiarios y su participación en la financiación de las prestaciones económicas del SAAD, en cuyas previsiones relativas a la fijación de dicha capacidad económica se determinaba ya el montante de los precios públicos que ahora se pretenden aprobar, *“por lo que se entiende que en aspectos esenciales y determinantes de los mismos ya fueron en su día sometidos a su aprobación”*. Pues bien, al haber optado la Consejería consultante por establecer unos precios públicos por la prestación de los servicios del SAAD que coinciden con la cantidad que resulte del cálculo de la capacidad económica de cada beneficiario-usuario de dicho servicio, operación que viene establecida en el citado Decreto 126/2010, este Consejo comparte con el Servicio Jurídico de la Consejería consultante su apreciación al considerar que los Órganos consultivos antes mencionados han dado ya su aprobación al contenido esencial del Proyecto de Orden que nos ocupa, es decir, a la forma de establecer el precio público y a su cuantía, constituyendo el resto de elementos que se regulan aspectos técnicos relativos a la forma de liquidación y recaudación, que al no apartarse de los que ya se contenían en el citado Decreto 126/2010 y en las normas tributarias de carácter general (Ley General Tributaria y Reglamento General de Recaudación), no precisan de un análisis y nuevo informe de los citados Consejos Asesores.

II. El Proyecto de Orden objeto del presente Dictamen contiene una parte expositiva de los motivos de su aprobación, diez artículos, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y

una disposición final. Los artículos se refieren al objeto de la Orden (art. 1), a los sujetos obligados a su pago (art. 2), elementos determinantes de su cuantía (art. 3), exigibilidad de los mismos (art. 4), su liquidación (art. 5), cuantía para el servicio de atención residencial (art. 6), cuantía para el servicio de centro de día y servicio de centro de noche (art. 7), cuantía para el servicio de ayuda a domicilio (art. 8), cuantía para el servicio de promoción de la autonomía personal de intensidad especializada (art. 9), pago de los precios públicos (art. 10). La Disposición transitoria única establece el régimen transitorio para los beneficiarios del SAAD que a la entrada en vigor del Decreto 126/2010 ya estuviesen siendo atendidos en centros públicos y privados; por la Disposición derogatoria se deroga la Orden de 28 de abril de 1997, de la Consejería de Sanidad y Política Social, y, en último lugar, la Disposición final primera establece la entrada en vigor de la norma al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia.

III. La sistemática seguida por el Proyecto respeta, en términos generales, los criterios de técnica normativa que resultan de aplicación a tenor de lo establecido en las Directrices aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 y publicadas mediante Resolución del Ministerio de la Presidencia del siguiente día 28 (de aplicación supletoria en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma por carecer de normativa propia). No obstante, cabe formular las siguientes sugerencias que de ser aceptadas mejorarían notablemente el texto objeto del presente Dictamen:

- La referencia a los informes y consultas evacuados en la elaboración del Proyecto, como el de la Consejería de Economía y Hacienda, debe consignarse en párrafo independiente de la fórmula promulgatoria, en la cual únicamente ha de figurar la indicación del presente Dictamen, para expresar si la norma se ajusta al mismo (de acuerdo) o si separa de él (oído), según se señala en las Directrices 13 y 16 de las de técnica normativa.

- En relación con las siglas SAAD repetidamente usadas en el texto, cabe recordar el contenido del apartado b) del Anexo V de las citadas Directrices que, al respecto, señala lo siguiente: *“el uso de las siglas puede justificarse dentro de una disposición, para evitar formulaciones farragosas y repeticiones cansinas, siempre que se explique, cuando aparezcan por primera vez (fuera del título y de la parte expositiva), mediante su inclusión entre paréntesis o entre comas precedida de la expresión ‘en adelante’ y se escriban en mayúsculas sin puntos ni espacios de separación”*.

- Según la Directriz 80 la primera cita de una norma deberá realizarse completa y podrá abreviarse en las demás ocasiones señalando únicamente tipo, número y año, en su caso, y fecha. De este modo en la segunda y posteriores citas que se hagan en el texto al Decreto 126/2010, de

28 de mayo, no resulta necesario añadir a continuación la palabra “citado” (por ejemplo, art. 2 del Proyecto).

- Las referencias que se contienen en el Proyecto a la propia norma que se pretende aprobar, deberán escribirse con inicial minúscula (apartado a), 2º del Anexo V).

- Se deben numerar los párrafos en los que se divide la Disposición transitoria única.

IV. Sin ánimo alguno de exhaustividad, a continuación se indican algunas cuestiones de índole gramatical, que sería aconsejable atender para dotar al texto de una mayor corrección y claridad:

- La referencia que se contiene en la parte expositiva al título de la LD debe corregirse eliminando el entrecomillado que la acota y la cursiva.

- Las referencias que se contienen al Consejo Territorial deben hacerse con la mención completa de su denominación, es decir, Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia o, en su caso, Consejo Territorial del SAAD.

- En el artículo 4.1 se debe sustituir la expresión “...acordar la suspensión” por la de “...ello”.

- En el artículo 4.2 debe acentuarse la forma verbal “dé” (tilde diacrítica).

- Se utiliza indistintamente la palabra “euro” y su signo “€”. Sería conveniente optar por una sola de estas posibilidades.

#### **CUARTA.- Observaciones generales.**

1.ª) Tal como ha señalado el Consejo Jurídico con ocasión de otros Dictámenes emitidos en relación con proyectos normativos por los que se pretendía aprobar determinados precios públicos, siempre y cuando la cuantía de los mismos se apoye en una memoria económica, como ocurre en el supuesto que nos ocupa, el carácter técnico de este documento no cabe dudar de la corrección de dichas cuantías. A dicha conclusión coadyuva también el hecho de que tanto el importe de los precios públicos como la memoria en la que se basan han sido analizados e informados favorablemente por la Consejería competente en la materia, es decir, la de Economía y Hacienda.

2.ª) El apartado 2 del artículo 1 del Proyecto objeto de Dictamen establece que *“también estarán sujetos al régimen de precios públicos regulados en la presente Orden los servicios recogidos en el apartado anterior, que se presten fuera del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia y en el ámbito de los Servicios Sociales, cuando estén financiados total o parcialmente con fondos procedentes de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”*. Con esta previsión se pretende unificar los precios públicos a satisfacer por los beneficiarios de los servicios sociales sin distinción entre los que correspondan al SAAD y los que no, lo que suscita las siguientes cuestiones:

a) El Título como reiteradamente ha manifestado este Órgano Consultivo, debe ser indicativo del contenido y objeto de la norma que encabeza, reflejando con exactitud y precisión la materia regulada; en este caso convendría que se redactara de forma que fuera comprensivo de la totalidad de servicios a los que se habrá de aplicar el régimen de precios públicos que establece.

b) El Proyecto del que después fuera aprobado como Decreto 126/2010, en su Disposición adicional única, sujetaba al mismo régimen jurídico las aportaciones económicas de los beneficiarios de los servicios y prestaciones sociales sin distinción entre las que correspondían al SAAD y las que no. Este Consejo Jurídico en su Dictamen 62/2010, emitido en relación con dicho Proyecto, señaló que esa unificación, además de no haber quedado justificada en la Memoria de oportunidad, sólo resultaba posible si el régimen jurídico aplicable a cada servicio o prestación lo permitía, de ahí que se concluyó la necesidad de que se incluyera al final de la citada Disposición la expresión *“siempre que su régimen jurídico lo permita”*, con el fin de poder salvar la ilegalidad en la que se pudiera incurrir en el supuesto de que alguna de las aportaciones económicas cuyo régimen se quería modificar estuviese regulada por norma de rango legal. Pues bien, dicho reparo es trasladable en su totalidad al supuesto que ahora nos ocupa, de forma que la unificación de precios públicos que se pretende, además de justificarse mediante la inclusión en la Memoria de oportunidad de las razones de índole técnico o jurídico que la hacen aconsejable, sólo resultará posible si con ella no se contraviene el contenido del artículo 39 de la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia, en cuyo apartado 1 afirma que *“la Administración establecerá, como precio público, la aportación de los usuarios en la financiación de los centros y servicios de titularidad pública o titularidad privada financiados total o parcialmente con fondos públicos, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, una vez analizada su situación económica y mediante la aplicación de los baremos que procedan”*, para después, en los apartados 2 y 3, fijar los criterios que se habrán de tener en cuenta en la determinación de dicha aportación que, como decíamos antes, constituirá el precio público a satisfacer por el beneficiario-usuario.

3.ª) Según el artículo 23.1 TRLT la cuantía de los precios públicos deberá establecerse de forma que, como mínimo, cubra el coste total efectivo de la prestación del servicio, la realización de la actividad o la entrega del bien. En el supuesto que nos ocupa la cuantía de los precios públicos se hace coincidir, como decíamos antes, con la capacidad económica del beneficiario calculada en los términos que se prevén en el Decreto 126/2010, estableciendo unos porcentajes de aportación máxima que varían según los servicios, lo que significa que, en todos los casos, se llevan a cabo bonificaciones que resultan obligadas a tenor de lo que, al respecto, establece el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD, adoptado el 27 de noviembre de 2008 y publicado en el BOE de 17 de diciembre de ese mismo año. Obviamente lo anterior evidencia que los precios públicos que se pretenden aprobar en ningún caso van a cubrir el coste total efectivo de la prestación del servicio, pues siempre existirá una diferencia que variará según las circunstancias personales de cada beneficiario-usuario, diferencia que se cubrirá con las aportaciones que tanto la Administración del Estado como la Autonómica realizan anualmente para el mantenimiento del SAAD. Esta circunstancia exige, a tenor de lo establecido en el artículo 23.3 TRLT, por un lado justificar las razones de las bonificaciones establecidas y, por otro, acreditar que se han adoptado las previsiones presupuestarias suficientes para asegurar el equilibrio presupuestario. En el mismo sentido se ha de proceder en relación con las exenciones previstas en el artículo 2.3 del Proyecto de Orden.

4.ª) El artículo 10.1 del Proyecto establece que *“los precios públicos se abonarán directamente a las entidades que presten los servicios...”*. En relación con esta previsión el Consejo coincide con el informe de la Dirección General de Tributos sobre la necesidad de que, a tenor de lo previsto en el artículo 24.1 TRLT, se celebren con las entidades prestadoras de los servicios los correspondientes Convenios en los que se estipulen el alcance y las condiciones para su entrega o prestación del servicio.

#### **QUINTA.- Otras observaciones.**

1. Si finalmente los precios públicos objeto del Proyecto se aplican a los servicios prestados fuera del SAAD, en la parte expositiva debe recogerse una referencia al artículo 39 LSSSRM, como precepto habilitador del establecimiento de los mismos.

2. Resultaría conveniente relacionar el contenido del artículo 4.1 con el del artículo 5.6, de modo que quede claro que la no exigibilidad del precio público durante el tiempo en el que el servicio esté suspendido, no opera cuando la suspensión lleva aparejada reserva de plaza, que sólo implica una reducción de su importe.

3. Se debe revisar la remisión al artículo 6.3 que se efectúa en el artículo 5.5, pues, por el contexto, parece que quiere referirse a las cantidades a las que se refiere el artículo 7.3.

3. No se alcanza a comprender a qué se refiere el artículo 6.4 cuando afirma que *“Para el cálculo del pago del precio público...”*. En cualquier caso, se ha de tener en cuenta que la capacidad económica del beneficiario de un servicio cuando éste se preste en el ámbito del SAAD, es aquella que se obtenga con la aplicación de las reglas contenidas en el Decreto 126/2010.

4. Los precios a los que se refiere el artículo 7.3 no tienen naturaleza de públicos, circunstancia que debe quedar clarificada en el texto.

5. En el artículo 10.3 debe concretarse ante qué órgano ha de efectuar la entidad concertada la liquidación a que se hace referencia en dicho precepto, así como qué órgano es el competente para efectuar el pago en concepto de plaza concertada.

6. Debe revisarse el contenido de la Disposición derogatoria única, ya que relacionándolo con el de la Disposición transitoria única del Decreto 126/2010, resulta que los beneficiarios de los servicios a los que se refiere el artículo 1.2 del Proyecto que no opten por la aplicación de los precios públicos que ahora se pretenden aprobar, quedarían sin régimen jurídico aplicable. Sería más acertado establecer la pervivencia de la Orden de 28 de abril de 1997 en relación con los supuestos contemplados en la Disposición transitoria única del Proyecto.

7. En la Disposición final única, entrada en vigor, cabría adicionar una aclaración por la que se estableciese el momento de aplicación de la Orden, con la siguiente o similar redacción: *“... y será de aplicación a los servicios devengados a partir del día 1 del mes siguiente”*.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- El Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración tiene competencia y habilitación legal para aprobar el proyecto de Orden objeto del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En aplicación de lo establecido en el artículo 61.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, se consideran de carácter esencial las observaciones 2ª y 3ª de la Consideración Cuarta, así como la que se contiene en el apartado 6 de la Consideración Quinta.

**TERCERA**- El resto de observaciones podría contribuir a la mejora del texto.  
No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 129-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios de la Consejería de Agricultura y Agua.

**Consultante** Consejero de Agricultura y Agua (2004)

**Fecha** 13/06/2011

**Extracto de doctrina**

No es acorde con el principio de responsabilidad objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 22 de febrero de 2010 (registro de entrada), x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Agricultura y Agua, solicitando que se le indemnice por los daños sufridos el 10 de febrero anterior, cuando jugaba en las pistas de tenis del Valle Perdido (La Alberca), término municipal de Murcia, y tropezó con un desperfecto existente en el suelo.

Imputa a la Administración regional el mal estado de conservación de las instalaciones, solicitando además que se proceda a su arreglo, pues constituyen un peligro público.

Finalmente, si bien solicita que se le indemnice por los días de baja laboral y los perjuicios sufridos, sin embargo, no concreta la cuantía indemnizatoria reclamada.

**SEGUNDO.-** El 26 de febrero de 2010, el Director General de Patrimonio Natural y Biodiversidad remite comunicación interior a la Vicesecretaria de la Consejería de Agricultura y Agua dando traslado del escrito de reclamación y del contrato de arrendamiento del Área Recreativa del Valle Perdido (Parque Regional El Valle y Carrascoy), suscrito el 4 de septiembre de 2000 entre la citada Consejería y x, en virtud del cual ésta se compromete a mantener abierto el servicio objeto de arrendamiento y a la conservación en perfecto estado de las obras e instalaciones que se le entregan, así como a realizar a su costa cuantos arreglos y mejoras fueran necesarios para el perfecto uso del servicio (Cláusula Cuarta).

**TERCERO.-** Con fecha 16 de marzo de 2010 (notificado el 8 de abril siguiente), se requiere al interesado para que especifique las lesiones producidas, con aportación de informes médicos y su valoración económica, la presunta relación de causalidad entre las lesiones y el funcionamiento del servicio y cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos, proponiendo, en su caso, la práctica de prueba, concretando los medios de los que pretende valerse.

Por escrito de contestación de 19 de abril del mismo año, el interesado aporta la siguiente documentación: fotografías del lugar de los hechos, facturas relacionadas con la lesión, fotocopia de los partes de baja y de alta de la Seguridad Social por accidente no laboral, fotocopia de la hoja de reclamación registrada en la Oficina Municipal de Información al Consumidor, y partes de los Servicios de Urgencias del Hospital Reina Sofía de 10 y de 13 de febrero de 2010, y del Centro de Salud de Algezares de esta última fecha.

**CUARTO.-** Requerido el reclamante para que determine la cuantía indemnizatoria reclamada, presenta escrito el 6 de septiembre de 2010 en el sentido de valorar el daño de la siguiente manera:

- 58 días improductivos a 53,66 euros: 3.112,28 euros.
- 3 puntos de secuelas a 764,17 euros: 2.292,51 euros.
- 10 % factor corrector por perjuicios económicos: 229,25 euros.
- Total lesiones: 5.634,04 euros.

Para acreditar tales cuantías y conceptos aporta un informe pericial del Dr. x, evacuado el 8 de julio de 2010, cuyos honorarios profesionales también reclama (100 euros).

**QUINTO.-** Con fecha 28 de Octubre de 2010, el Secretario General de la Consejería de Agricultura y Agua resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del procedimiento, lo que fue notificado al interesado el 19 de noviembre siguiente.

**SEXTO.-** Mediante comunicación interior de 3 de noviembre de 2010, se solicita informe al Servicio de Ordenación y Gestión de los Recursos Naturales de la Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad, que es emitido el 10 de noviembre de 2010 (folios 54 y 55) en el siguiente sentido:

- El establecimiento del quiosco bar donde sucedieron los hechos dispone de hojas de reclamación a disposición de los usuarios. De hecho el interesado rellenó una con posterioridad al día indicado de la caída.

- La arrendataria no tuvo conocimiento de lesiones por parte de ningún usuario de las pistas en el día indicado. Sin embargo, aproximadamente 15 o 20 días después, el reclamante se personó en el lugar explicando lo sucedido, y cumplimentando una reclamación.

- La arrendataria afirma que únicamente entrega justificante o recibo a las personas que lo solicitan. En cualquier caso, si se reserva la pista con antelación expide un recibo que debe ser entregado como justificante de la reserva el día de su uso.

**SÉPTIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia al reclamante, no consta que formulara alegaciones, pese a que compareció en las dependencias del órgano instructor, según el acta de 11 de enero de 2011.

**OCTAVO.-** La propuesta de resolución, de 9 de febrero de 2011, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no haberse acreditado que el reclamante estuviera practicando tenis en las pistas de la citada área recreativa el día del accidente, ni aporta documento acreditativo de su uso ese día, ni testigos que verifiquen sus manifestaciones, sin que tampoco la arrendataria tuviera conocimiento de lo sucedido hasta que el interesado se personó días después para efectuar la reclamación.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico

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

1. El reclamante ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, de conformidad con lo previsto en los artículos 139.1 y 31.1, a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 del Reglamento de los

Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

2. En cuanto a la legitimación pasiva, ha quedado acreditado en el expediente que el área recreativa del Valle Perdido (Parque Regional El Valle y Carrascoy), donde se encontraban las pistas deportivas, pertenece a la Administración regional, según el contrato suscrito con la arrendataria en aquel momento de las instalaciones, x.

De otra parte, también ostenta dicha legitimación la referida contratista de la Administración regional, a quien correspondía la conservación, los arreglos y las mejoras que fuesen necesarias en las instalaciones, según la Cláusula Cuarta del contrato. En tal sentido, no consta cumplimentado el trámite de audiencia previsto en el artículo 1.3 RRP, debiendo notificarse las resoluciones que se adopten a la arrendataria de las instalaciones en aquel momento.

3. En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción de reclamación, se ha presentado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC que establece, en el caso de daños de carácter físico a las personas, que el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas.

4. La tramitación de la reclamación se ha ajustado al procedimiento previsto en el artículo 6 y ss. RRP, destacándose las carencias probatorias sólo imputables al reclamante, sin que tampoco se hayan presentado alegaciones en el trámite de audiencia otorgado.

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

El reclamante imputa a la Administración regional, como titular de las instalaciones recreativas donde se produjo el accidente según refiere, un funcionamiento anómalo del servicio público por el estado defectuoso en el que se encontraba la pista de tenis, conforme se refleja en la fotografía que aporta el 19 de abril de 2010. Por lo tanto, atribuye una responsabilidad por “omisión”, al no haber funcionado el servicio responsable, lo que ha producido un resultado dañoso.

Para determinar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas han de concurrir los siguientes requisitos, previstos en los artículos 139 y 141.1 LPAC:

a) Que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos, real, concreta y susceptible de evaluación económica.

b) Que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla.

c) Que la lesión sea imputable a la Administración Pública y consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público.

d) Que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de fuerza mayor.

Veamos la aplicación de tales requisitos al presente supuesto:

1) Efectividad de los daños producidos.

Han quedado acreditados unos daños (esguince de tobillo) sufridos por el reclamante, a través de los partes del servicio de urgencias del Hospital Reina Sofía y de baja laboral de la Seguridad Social por accidente no laboral, si bien no resulta probado que todos los daños sean consecuencia de dicho tropiezo, si se tiene en cuenta:

a) Que el incidente, según expresa el escrito de reclamación, se produjo el 10 de febrero de 2010, acudiendo el reclamante al Hospital Reina Sofía el mismo día, a las 13,10 horas, siendo diagnosticado de esguince de tobillo grado I.

b) Sin embargo, el día 13 de febrero acude al Centro de Salud de Algezares (tres días después del golpe por el que se reclama) expresando el parte de asistencia que el paciente *“refiere un golpe en el pie izquierdo (torcedura) hace 4 días. Ayer otro golpe en el mismo pie”*.

Ese mismo día acude al Hospital Reina Sofía, donde es diagnosticado de esguince de tobillo grado II.

Por lo tanto, después del primer golpe que el reclamante atribuye a las condiciones de la pista de tenis, que se produjo, según refiere, el día 10 de febrero (aunque del parte de asistencia del día 13 del Centro de Salud de Algezares puede inferirse que se produjo 4 días antes, es decir, el día 9), tuvo otro golpe en el mismo pie el día 12, según sus propias manifestaciones reflejadas en dicho parte de asistencia.

Por lo tanto, se atribuye el daño al primer golpe, cuando posteriormente se produjo otro, según reconoce el propio reclamante.

## 2) Imputación del daño al funcionamiento del servicio público.

Este Consejo Jurídico muestra su conformidad a la propuesta elevada, cuando se afirma que el reclamante no ha acreditado que el daño alegado se produjera como consecuencia de la utilización de una pista de titularidad pública. Tal aseveración viene motivada porque el interesado no ha probado, en primer lugar, que estuviera practicando tenis en la pistas del área recreativa del Valle Perdido (La Alberca) aquel día, ni ha propuesto testigos que verifiquen sus manifestaciones, ni ha aportado el recibo acreditativo del pago de la utilización de las pistas o de la reserva para jugar. El hecho de que se aporte una fotografía sobre el estado de la pista, no acredita *per se* que fuese utilizada por el reclamante el día 10 de febrero, ni que el tropiezo se produjera por las condiciones en las que se encontraba la pista.

En segundo lugar, no contribuye tampoco a su acreditación que el reclamante no comunicara de forma inmediata el golpe a la arrendataria de las instalaciones (disponía de hojas de reclamación), según el informe del centro directivo, sino que el interesado formula la correspondiente reclamación ante la Administración regional el 22 de febrero de 2010 (12 días después) y ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor el 29 de marzo siguiente (más de un mes después).

En tercer lugar, tampoco de los partes de asistencia sanitaria se puede derivar el nexo causal del golpe sufrido con las instalaciones referidas, pues únicamente se hace referencia a una torcedura sin que se especifique el lugar.

De otra parte, no se entiende, a la vista de que la pista se encontraba en condiciones defectuosas según se desprende de las fotografías aportadas, por qué fue utilizada por el reclamante. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la obligación de la arrendataria de mantener las instalaciones en condiciones que puedan ser utilizadas con seguridad por los usuarios, conforme asumió contractualmente con la Administración regional, y del deber de vigilancia que corresponde a esta última como titular de las mismas.

Por tanto, al no haberse acreditado la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado no procede la estimación de la presente reclamación de responsabilidad, pues como afirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de la Sala 3ª, de 5 de junio de 1998) no es acorde con el principio de responsabilidad objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente,

de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o daño producido y en el presente caso no resulta probado ni el hecho mismo de la caída en el lugar y día indicados, ni, por tanto, el nexo causal con el funcionamiento del servicio público.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no haberse acreditado los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 130-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)
<b>Fecha</b>	13/06/2011

**Extracto de doctrina**

Se informa por la Dirección General de Patrimonio natural y Biodiversidad que existen poblaciones en libertad de cabra montés por la zona donde se produjo el accidente, y no sólo en el interior del refugio de caza de titularidad regional, por lo que no puede considerarse probado que el animal procediera de aquél.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 18 de mayo de 2007, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, en solicitud de una indemnización por los daños padecidos en un vehículo de su propiedad a consecuencia de accidente de circulación que imputa al anormal funcionamiento de los servicios públicos de carreteras.

Relata el interesado que el 21 de mayo de 2006, sobre las 10:45 horas, circulaba por la carretera MU-702 , entre Archivel y Campo de San Juan, cuando fue sorprendido por la invasión de la calzada por parte de un ejemplar de cabra montés, con el que colisionó, ocasionándole desperfectos a un automóvil de su propiedad por valor de 2.576,48 euros. Afirma que se personaron en el lugar el Agente Forestal y el Celador de Caza de la Oficina Técnica de Caza y Pesca de la Comunidad, instruyéndose expediente que se acompaña a la reclamación.

Apunta el reclamante como títulos de imputación del daño a la Administración regional la ausencia tanto de señalización que advierta del frecuente paso de animales como de medidas que lo eviten, con el consiguiente riesgo para la conducción.

Otorga representación a un Letrado.

Junto a la reclamación aporta “informe de actuación” suscrito por sendos funcionarios de la Comunidad Autónoma (celador de caza y agente forestal) cuya presencia fue requerida por el interesado tras el accidente. Dicho informe es del siguiente tenor:

*“Que llegados al sitio donde se encontraba el animal (una vivienda-garaje), nos encontramos con la persona que requería nuestra presencia x, Con DNI --, vecino de Caravaca de la Cruz (Murcia), con domicilio en calle -- el cual nos relata lo siguiente:*

*Que transitando por la carretera comarcal MU-702, entre las poblaciones de Archivel y Campo de San Juan, sentido hacia Campo de San Juan, en el paraje denominado “Puerto de la Tía Lucía”, a eso de las 10:45 h AM, es sorprendido al conducir su vehículo (Nissan Primera 2, Punto 0, matrícula --), en compañía de su mujer y sus dos hijas menores, por la intromisión repentina desde el lado derecho de la calzada de un animal (cabra montés), que choca con su vehículo, y que del impacto el animal sale despedido para caer en el lado contrario de la calzada a unos 20 metros del punto de colisión. Que tras detener el vehículo, comprueba que el animal está muerto por las heridas sufridas y que su vehículo ha sufrido roturas y desperfectos.*

*Que hay testigos de vehículos que paran en la calzada para ver lo ocurrido e incluso un vehículo tiene que pasar esquivando al animal en el momento del choque (no se nos facilita datos de testigos y de vehículos).*

*Que para que no desaparezca la prueba del accidente, recoge y mete en su maletero el animal muerto y lo traslada al sitio donde se nos requiere.*

*También nos informa que los daños sólo han sido materiales en su vehículo (...)*

*Descripción de lo visto por éstos que suscriben este informe:*

*Que en el garaje de la vivienda encontramos una cabra montés hembra de entre 5 y 6 años que efectivamente está muerta y que presenta un impacto en el lado izquierdo de la cabeza, con rotura de cuerna izquierda, desgarró en oreja izquierda, herida en ceja y ojo izquierdos, erosión en mandíbula izquierda, erosión en pata delantera izquierda, erosión pequeña en pata trasera derecha, hemorragia nasal y bucal así como no presenta hinchazón ni mal olor por descomposición, también observamos que tiene afectado por sarna aproximadamente el 15% de su cuerpo (orejas, cuello, torso y demás).*

*Las dimensiones del animal son:*

*-67 cm. de altura desde pezuña al frontal de la cabeza.*

*-49 cm. da altura de la cruz.*

-95 cm. de longitud desde el morro hasta cola.

-25 kg. de peso aproximado.

*(Procedemos a fotografiar al animal).*

*También observamos, en el mismo garaje, el coche que se nos relata como el accidentado, es un Nissan Primera 2.0, de color plateado y con matrícula --, que presenta un impacto frontal con rotura de faro izquierdo, rejilla del motor exterior rota, arranque parcial de matrícula delantera, carrocería y defensa delantera rota o deformada, capo doblado y bloqueado así mismo. Constatamos que en la pintura de la carrocería hay manchas y pequeñas gotas de sangre seca, así como restos de pelo y borra de animal.*

*(Se toman fotos del vehículo).*

*Posteriormente y desplazados con el conductor accidentado al punto de colisión, se observa que en el punto kilométrico 17.200 de la carretera comarcal MU-702, (...) restos de partes de pastas, vidrios y restos de faro, así como manchas de sangre en la calzada coincidiendo con lo descrito por el conductor accidentado”.*

**SEGUNDO.-** El 3 de septiembre se comunica al interesado la información prescrita en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y se le requiere para que subsane y mejore la solicitud mediante la aportación de diversos documentos y datos.

Con fecha 17 de septiembre, el interesado cumplimenta el requerimiento efectuado, mediante la aportación de la documentación indicada, y precisa el punto kilométrico en el que ocurrió el siniestro.

**TERCERO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección General de Carreteras, se emite el 12 de junio de 2008. El Jefe de Sección de Conservación III, informa que la carretera es de titularidad regional y que no consta en el Servicio de Conservación de Carreteras documentación alguna relativa al siniestro. Asimismo, pone de manifiesto que, de las fotografías aportadas por el interesado, se desprende la existencia de un coto privado de caza en las proximidades, apuntando la posible responsabilidad de su propietario. Del mismo modo, afirma que “*esta carretera es de tipo convencional y no existe obligación de colocar o instalar valla de cerramiento junto a la carretera y no se dispone en este Servicio de Conservación (información) de que este lugar sea paso habitual de animales en libertad*”.

**CUARTO.-** Conferido trámite de audiencia al reclamante, presenta escrito de alegaciones en el que afirma que dirigió demanda de conciliación frente al propietario del coto adyacente al lugar de los hechos. Éste manifestó que su coto es de caza menor y que el animal debió de provenir del refugio de caza “El Bebedor”, dependiente de la Consejería de Medio Ambiente. El acto de conciliación terminó sin avenencia, aportando el documento presentado por el demandado.

Solicita el reclamante que se recabe informe de la Oficina Regional de Caza y Pesca acerca del tipo de licencia que poseía el coto de referencia (--) y si su propietario solicitó en algún momento licencias puntuales para caza mayor; del mismo modo, solicita que se informe si es posible que la cabra procediera del indicado refugio de caza de titularidad autonómica y, en tal caso, que se remita el expediente a la Consejería de Medio Ambiente, para su tramitación como presunta responsable.

**QUINTO.-** Solicitado el informe propuesto por el reclamante, se emite el 15 de diciembre de 2008. La Oficina Regional de Caza y Pesca, confirma que el coto tiene como aprovechamiento principal la caza menor y que no consta petición ni concesión alguna de permiso especial para caza mayor. Afirma, además, su falta de competencia en materia de refugios de fauna, por lo que traslada la petición de información acerca de la posible procedencia del animal al Servicio de Protección de la Naturaleza, de la Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad.

**SEXTO.-** Conferido nuevo trámite de audiencia al reclamante, el 3 de febrero de 2009 presenta escrito de alegaciones en el que considera que debe estimarse la reclamación, pues se ha acreditado la presencia de todos los requisitos exigidos por el ordenamiento para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Afirma que, tras el siniestro, la Consejería de Obras Públicas procedió a señalar la carretera advirtiendo de la existencia de animales salvajes sueltos, aportando diversas fotografías de las nuevas señales.

**SÉPTIMO.-** El 28 de febrero de 2011 se remite informe del Servicio de Biodiversidad, Caza y Pesca Fluvial de la Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad.

Se indica que la cabra montés es una especie cinegética que habita los montes regionales, ubicándose las principales poblaciones en libertad en el Noroeste regional. El refugio de caza “El Bebedor” presenta poblaciones escasas y en libertad de este animal, que oscilan en función de la época del año y de los movimientos dispersivos de la especie, igual que los terrenos que colindan

con el refugio. Concluye que, al tratarse de una especie en libertad, no es posible determinar el lugar de procedencia de la misma antes de atravesar el acotado --, colindante con la carretera donde se produjo el accidente.

**OCTAVO.-** El 11 de marzo se confiere nuevo trámite de audiencia al interesado, quien presenta alegaciones que cabe sintetizar como sigue:

a) La carretera no estaba debidamente señalizada, pues antes del siniestro no existían las señales de advertencia de la posibilidad de animales sueltos, por no constarle al Servicio de Conservación de Carreteras que la carretera fuera zona de paso habitual de animales en libertad. Tales señales fueron instaladas posteriormente.

b) La cabra montés procedía del Refugio de Caza "El Bebedor". Que sea una especie en libertad no puede determinar sin más la desestimación de la reclamación, pues la acreditación fehaciente de la procedencia del animal del indicado refugio constituiría una prueba diabólica no exigible.

**NOVENO.-** Con fecha 21 de marzo de 2011, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurren los requisitos establecidos por el ordenamiento para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño alegado.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 14 de abril de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración

regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

1. La legitimación activa corresponde, cuando de daños materiales en las cosas se trata, a quien ostenta su propiedad, dado que éste será el que sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos; en el caso que nos ocupa, reside en el x, puesto que ha acreditado en el expediente ser el propietario del vehículo siniestrado.

Por otro lado, su actuación a través de representante ha quedado debidamente acreditada, según exige el artículo 32 LPAC, al otorgar la representación en el propio escrito de reclamación.

Los daños se imputan a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y señalización de una vía pública de su titularidad, por lo que aquélla está legitimada pasivamente para resolver la reclamación.

2. La acción de responsabilidad ha sido ejercitada dentro del plazo establecido en el artículo 142.5 LPAC, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

3. El procedimiento seguido se ha ajustado en términos generales a los trámites previstos en el artículo 6 RRP. No obstante, conviene recordar que el Consejo Jurídico viene, al menos desde nuestro Dictamen 56/2001, indicando la conveniencia de introducir la práctica administrativa de exigir un informe adicional de los servicios técnicos del Parque Móvil, pues ello asegura la necesaria correspondencia entre el accidente y los daños cuya indemnización se reclama, recomendación que, en el presente caso, no se ha seguido.

Ha de ponerse de manifiesto la existencia de paralizaciones injustificadas en la tramitación del expediente que han dado lugar a una excesiva duración del procedimiento, habiendo transcurrido ya más de cuatro años desde que el interesado presentó la reclamación.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de

soportar (en cuyo caso se habla de “lesión”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables. A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “funcionamiento” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “no funcionamiento” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, el reclamante imputa a una omisión de la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto considera que ésta debía haber mantenido la vía en mejor estado e instalado la correspondiente señalización de advertencia de peligro de animales en la calzada, dado que en las proximidades del lugar del accidente existía un refugio de caza y le constaba a la Administración la existencia de poblaciones de cabra montés en las proximidades. Asimismo, considera que la Administración sería responsable en su condición de titular del indicado refugio, del que procedería el animal causante del accidente.

En primer lugar, debe apuntarse que la realidad del accidente, pese al desconocimiento que sobre él manifiesta tener la Dirección General de Carreteras, puede entenderse acreditada con la manifestación del interesado y el informe de actuación del Agente Forestal y el Celador de Caza que acuden a requerimiento del interesado para recoger el animal muerto, pues constatan la existencia de restos del animal en el coche, lesiones en la cabra secundarias al atropello y adecuadas a la colisión con el vehículo y marcas en el lugar de los hechos coherentes con el mecanismo de producción del siniestro y los daños advertidos tanto en el animal como en el vehículo.

#### 1. Sobre la exigibilidad de señalización de la carretera.

El Consejo de Estado ha tenido la ocasión de pronunciarse en diversos dictámenes sobre cuestiones similares a la presente, concluyendo que la mera existencia de un coto de caza, supuesto al que cabe equiparar el refugio de caza, próximo a una carretera no era circunstancia suficiente para que en todo caso deba colocarse la señal P-24, establecida en la reglamentación de tráfico para advertir, como antes se indica, de la posible existencia de animales sueltos con peligro para la circulación.

Así, como recordamos en nuestro Dictamen 225/2010, dicho Órgano Consultivo expresaba que *“tampoco concurre la circunstancia contemplada por la disposición adicional 9ª de la Ley de Seguridad Vial en la redacción dada por la Ley 17/2005, de 19 de julio, puesto que no se aprecia una posible responsabilidad de la Administración ni en el estado de conservación de la vía ni en su*

señalización. En efecto, aunque la propuesta de resolución entiende que es responsable la Administración del Estado por razón de la falta de señalización (la señal P-24 que debe advertir de la presencia de animales sueltos), ello no es así. No se trata de un tramo de vía donde habitualmente tenga lugar este tipo de sucesos ni por tanto quepa prever la presencia de animales sueltos. La existencia de un coto de caza en los alrededores no significa que necesariamente haya de presumirse la falta del debido cuidado para sus terrenos, de suerte que sea previsible la presencia de animales sueltos y deba señalizarse este hecho. Cuando en algún caso se ha apreciado la procedencia de indemnización no ha sido por la falta de la posible señalización, sino por otras circunstancias relacionadas con la conservación y vigilancia de la vía, que aquí no concurren” (Dictamen 1619/08). En el mismo sentido, sus Dictámenes 717, 724/2009, 37 y 815/2010.

En parecida línea, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Oviedo, en sentencia de 21 de enero de 2008, resuelve un supuesto en el que la carretera en donde acaece el accidente transcurre por un coto de caza y zona boscosa; establece dicha sentencia que “la necesidad de existencia de señalización P-24 de paso frecuente de animales conforme al art. 149.5 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, no se ve cumplida por el dato de que transcurra dicha carretera por zona boscosa (algo por lo demás predicable de muchas carreteras en nuestra región), sino por el dato específico de que exista un paso frecuente de animales, extremo éste cuya acreditación pasaría por ejemplo por la existencia de otros accidentes en ese mismo lugar o zona por la irrupción de animales en la calzada, extremo éste (que) no consta acreditado o intentado acreditar en autos”.

Por todo ello, debe considerarse que la referida señalización está indicada cuando conste un avistamiento o paso frecuente de animales en la calzada o la existencia de accidentes por esta causa, siendo así que el informe de la Dirección General de Carreteras reseñado en el Antecedente Tercero expresa que, antes del siniestro padecido por el interesado, no constaba tal circunstancia en el tramo de carretera de que se trata, ni el reclamante ha acreditado otra cosa. En el mismo sentido, nuestro Dictamen 101/2010.

## 2. Sobre la procedencia del animal.

El Consejo de Estado ha tenido la ocasión de pronunciarse en diversos dictámenes sobre cuestiones similares a la presente, concluyendo que, para que nazca la responsabilidad patrimonial por daños producidos por animales, es necesario que quede acreditado que los mismos proceden

de espacios naturales o cinegéticos de titularidad de la Administración pública (entre otros, Dictámenes 1761/2000, 3105/2003 y 2948/2004).

Conviene recordar aquí que la carga de la prueba de los hechos en que se base la reclamación de responsabilidad patrimonial recae necesariamente sobre el sujeto que la plantea, afirmación que encuentra su principal apoyo en los artículos 6 RRP y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que vienen a recoger las reglas del *onus probandi* dentro de la categoría de las obligaciones, sentando la conocida máxima de que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su excepción al que se opone; todo ello sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración, en consonancia con lo previsto en los artículos 78.1 y 80.2 de la citada LPAC.

En el supuesto sometido a consulta, se informa por la Dirección General de Patrimonio natural y Biodiversidad que existen poblaciones en libertad de cabra montés por la zona donde se produjo el accidente, y no sólo en el interior del refugio de caza de titularidad regional, por lo que no puede considerarse probado que el animal procediera de aquél.

En cualquier caso, procede recordar la reiterada doctrina de este Consejo Jurídico en el sentido de que *“la presencia incontrolada de animales en las carreteras no genera la obligación de indemnizar, habida cuenta que no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, si se tiene presente que su acceso a las vías públicas puede resultar inevitable. Tal doctrina, generalmente aplicada con relación a colisiones con animales ocurridas en autopistas, resulta con mayor motivo de aplicación al caso de que ahora se trata, en que no tratándose de autopista, sino de autovía, no es obligada la privación, sino la mera limitación de accesos a las propiedades colindantes”*. (Dictámenes 199/08 y 173/2009, entre otros). A su vez, y siguiendo la línea de razonamiento de dichos Dictámenes, resulta aún más aplicable tal doctrina a un supuesto como el presente, en que se trata de una carretera convencional, en la que ni siquiera es exigible una limitación de accesos a las propiedades colindantes con la misma.

En consecuencia, en el presente caso no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de conservación y mantenimiento de carreteras y los daños por los que se reclama indemnización, por lo que procede desestimar la reclamación de referencia.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en la medida en que desestima la reclamación al considerar que no concurren los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño alegado.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 131-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	13/06/2011

**Extracto de doctrina**

En supuestos de tropiezos o caídas de alumnos en los centros escolares se propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, sin que concurren elementos adicionales generadores de riesgo

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 23 de febrero de 2011 (registro de entrada en la Consejería consultante), la Directora del Centro de Educación Infantil y Primaria “Mastia”, de Cartagena, envía reclamación formulada por x, por los daños sufridos por su hija, alumna del citado centro. Según el reclamante el día 29 de octubre de 2010, dentro del recinto del colegio y en horario escolar, su hija fue empujada sin intención por la madre de otro alumno, cayendo y golpeándose el rostro contra el bordillo. Como consecuencia de la caída la niña ha precisado asistencia odontológica. Solicita una indemnización de 500 euros, importe de la factura emitida por el Centro Médico “Virgen de la Caridad”. Junto con dicha factura el interesado remite fotocopia compulsada de diversos informes médicos, así como del Libro de Familia.

A la citada reclamación la Directora del CEIP une informe en el que se relatan los hechos del siguiente modo: *"Andrea entra corriendo al patio de entrada, pues llega tarde, y al girar en la esquina del edificio se tropieza con una madre que viene de dejar a su hija en la fila. La niña cae y se da un golpe con el bordillo de la acera. Es curada por el Conserje mientras viene el padre".*

**SEGUNDO.-** Con fecha 25 de febrero de 2011, el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente, siendo notificada la resolución al interesado con la misma fecha.

**TERCERO.-** El 1 de marzo siguiente la instructora del expediente solicita un informe de la Directora del Centro sobre los hechos acaecidos, si se encontraba presente algún empleado

del colegio, identificación de la madre implicada en el accidente, estado de conservación del patio y, en concreto, del bordillo contra el que se golpeó la menor, así como cualquier otra manifestación que estimara procedente, siendo cumplimentado el día 10 de marzo de 2011, de la siguiente manera:

*“Relato pormenorizado de los hechos: A las 9 horas y 6 minutos aproximadamente, la alumna entró sola y corriendo en el puesto que llegaba tarde. Al volver una esquina del edificio del colegio, tropezó con una madre que salía de dejar a su hijo. Al tropezar, cayó al suelo golpeándose con la boca en el suelo y rompiéndose las dos paletas con la hinchazón y hematomas correspondientes.*

*Ningún empleado del Centro, presencié el accidente, tan solo las madres que en ese momento salían. La madre implicada fue x, la cual se encontró a la niña encima y no pudo evitar el choque. Inmediatamente la levantó del suelo y la trajo al despacho.*

*El estado de conservación de la acera donde la niña cayó está en perfectas condiciones así como el bordillo.*

*La alumna fue trasladada al despacho de dirección por la citada madre quien relató lo ocurrido e inmediatamente se procedió a poner hielo para la inflamación mientras se avisaba a los padres, los cuales acudieron enseguida”.*

**CUARTO.-** Con fecha 23 de marzo de 2011 se otorga trámite de audiencia al reclamante al objeto de que pudiera examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes, sin que haya comparecido durante este trámite.

**QUINTO.-** Con fecha 6 de mayo de 2011 se emite propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no existir nexo causal entre el funcionamiento del centro escolar y los daños sufridos por la alumna.

**SEXTO.-** Con fecha 13 de mayo de 2011, se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

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

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

En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe señalar que la reclamación fue formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal de la menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil. En cuanto a la legitimación pasiva la ostenta la Consejería consultante en la que se integra el CEIP en el que se produjeron los hechos.

La acción de reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Por último, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los elementales trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuesto similares al presente, ha de destacar que la objetivación alcanzada por el instituto de la responsabilidad patrimonial no permite una imputación automática de cuantos hechos lesivos suceden como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, de tal modo que la producción de un accidente dentro del Centro escolar no es suficiente para atribuir sus consecuencias a la Administración educativa, porque, de admitir lo contrario, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Así las cosas, resulta preciso, tal como ha señalado el Consejo de Estado, entre muchos otros, en su Dictamen número 3.582/2001, analizar y ponderar las circunstancias que concurren en cada caso en orden a determinar si se cumplen los requisitos que caracterizan la responsabilidad patrimonial, legalmente establecidos en los artículos 139 y siguientes LPAC.

También es abundante la doctrina sentada por el mismo órgano consultivo en supuestos de tropiezos o caídas en la que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, sin que concurren elementos adicionales generadores de riesgo como defectos en las instalaciones o la realización de actividades programadas y ordenadas que, por su propia naturaleza, exijan una mayor vigilancia por parte de los profesores. Así, entre otros muchos, el Dictamen 2.151/2001. En este mismo sentido se expresan, entre otros, los Dictámenes 109/2004 y 53/2005 de este Consejo Jurídico.

Por otra parte, el reclamante no efectúa alegación alguna que permita identificar cuál es el factor que, dentro del funcionamiento del servicio público educativo, permite establecer una conexión causal entre la actividad administrativa y el daño, pues se limita a describir las circunstancias en que éste se produce.

Al respecto, el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que al profesorado le corresponde, durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias, el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia. La indeterminación de este concepto, en tanto que alude a un estándar de comportamiento, exige acudir a las circunstancias concurrentes en cada caso para intentar concretar si dicha diligencia existió o no.

En el caso objeto de Dictamen, como dice el informe de la Directora del Centro, no rebatido por el reclamante, el accidente se produjo sin conexión alguna con una actividad educativa

potencialmente generadora de riesgo, al haber quedado acreditado que la causa desencadenante del accidente fue un choque fortuito de la alumna contra la madre de un compañero que salía de dejar a su hijo en la clase, sin que quepa imaginar de qué modo la intervención del personal docente hubiera podido evitar el daño producido. Tampoco se observa la concurrencia de circunstancias de riesgo adicional generadas por el servicio educativo, pues también ha quedado probado que el patio (lugar en el que ocurrieron los hechos) y el bordillo contra el que se golpeó la alumna al caer, se encontraban en perfectas condiciones, por lo que difícilmente pudieron coadyuvar a la caída o al efecto dañoso que de ella se derivó. Más bien fue el apresuramiento de la alumna, que llegaba tarde a clase, lo que hizo que no pudiera evitar el choque con la x, la cual, a su vez, tampoco pudo esquivar a la menor porque ésta apareció bruscamente al doblar una esquina.

En definitiva, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño existe y se acredita, éste se habría producido con ocasión de la prestación del servicio público educativo pero no como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del Centro educativo impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por el alumno y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 132-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 15/06/2011

**Extracto de doctrina**

Dice el Consejo de Estado que la presencia incontrolada de animales en carreteras no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, ya que su acceso a la vía puede resultar inevitable, atendiendo a las diferentes formas en que pueden irrumpir en la calzada.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de diciembre de 2008, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Regional ante la Dirección General de Carreteras, como consecuencia de los daños que dice haber sufrido en un vehículo de su propiedad.

Según el interesado, el 29 de octubre de 2008, sobre las 20 horas, circulaba por la carretera C-415 (Autovía del Noroeste) cuando encontró dos perros en la calzada. Pudo evitar a uno de ellos, pero no al segundo, con el que colisionó, sufriendo desperfectos en la parte delantera derecha del vehículo, quedando también afectada la dirección del coche y la zona del tubo de escape. Valora el daño en 1.580,06 euros, cantidad a la que asciende el coste de reparación del vehículo, según factura pro-forma de taller mecánico, que une a la reclamación.

El reclamante imputa el daño a la falta de las adecuadas medidas de protección y seguridad de la carretera, lo que desvela el mal funcionamiento del servicio público correspondiente.

Aporta junto con su solicitud la denuncia presentada ante la Guardia Civil de Tráfico el 5 de noviembre de 2008 y certificado de cuenta bancaria.

**SEGUNDO.-** El 15 de diciembre presenta el reclamante, mediante fotocopia compulsada, diversa documentación adicional (acreditativa de pago del impuesto sobre vehículos de tracción

mecánica, recibo del seguro, permiso de circulación, permiso de conducir y tarjeta de Inspección Técnica de Vehículos).

**TERCERO.-** El 6 de febrero de 2009 se requiere al interesado para que subsane y mejore la solicitud mediante la aportación de diversa documentación, en parte coincidente con la que ya había aquél presentado *motu proprio*.

**CUARTO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección General de Carreteras, se remite el de la empresa "--", concesionaria de la autovía, que es del siguiente tenor literal:

*"La actual Autovía del Noroeste-Río Mula (C-415) pertenece a la Red de Carreteras de la Región de Murcia, siendo por lo tanto de titularidad autonómica.*

*A.- Consultados los partes de vigilancia y avisos recibidos en la fecha indicada, no hay constancia del suceso descrito en la reclamación.*

*La única indicación que podría estar relacionada con el suceso se produce a las 22:56 del mismo día, cuando el operario encargado de la ronda de vigilancia, tras atender un accidente que se había producido en el P.k. 23, detecta durante su recorrido los restos de un gato atropellado en la calzada del P.k. 1,1 sentido Murcia.*

*Como ya se ha indicado, no consta aviso previo alguno en sala de control sobre la presencia de animales en la zona por parte de los servicios que normalmente comunican estas incidencias (sala 112, Guardia Civil, etc.), así como del personal de vigilancia permanente que efectúa las rondas de vigilancia.*

*Por lo tanto, esta empresa Concesionaria no puede confirmar el siniestro descrito en el lugar y fecha indicados en el escrito de reclamación, desconociendo la relación que puede tener el gato encontrado en el mencionado lugar con los perros que, según declara el reclamante, causaron el incidente.*

*B.- De la descripción que aporta el reclamante en el escrito presentado, no se deduce actuación negligente del mismo o terceros, por lo que parece debe ser considerado como un hecho totalmente imprevisible e inevitable.*

*C y D.- En carreteras de estas características (autovías) se hace prácticamente imposible controlar la existencia de animales en la calzada, ya que éstos pueden irrumpir en la misma*

*introduciéndose por cualquiera de los accesos, abiertos, por los que entran y salen los vehículos. De hecho, el punto donde el reclamante sitúa el atropello, se encuentra próximo a los siguientes accesos:*

*- Estación de servicio "Trampolín" en el P.k, 0+980.*

*- Conexión de la vía de servicio (antigua ctra. C-415) de acceso a la pedanía de Cañada Hermosa y área de servicio "El Pedrusco" en el P.k. 1+800.*

*Al ser vías de acceso de los vehículos a la autovía, es obvia la inexistencia de vallado en dichos puntos y no así en el resto de la vía, como puede comprobarse.*

*No obstante, hay que indicar que de la existencia de vallado lateral no se deriva necesariamente una relación de causalidad entre el servicio público y los daños producidos al colisionar con animales sueltos en las autovías, pues éstos pueden acceder a la calzada a través de los enlaces -como parece ser el caso-, mediante otros vehículos en circulación ó traspasando el vallado por el acto de un tercero o por sus propias cualidades naturales.*

*E.- Según lo anteriormente expuesto no debe imputarse a la Administración, ni al servicio de conservación y explotación que realiza esta empresa Concesionaria, responsabilidad alguna por la reclamación efectuada.*

*F y G.- En el tramo donde se sitúa el siniestro se han realizado las actuaciones que requieren el normal mantenimiento y conservación de la vía. La señalización tanto vertical como horizontal, así como el balizamiento en toda la autovía y accesos, es la preceptiva según la normativa vigente.*

*H.- Al no ser materia de su competencia, esta empresa concesionaria no puede emitir ninguna valoración de los daños materiales alegados por el reclamante.*

*I.- E1 estado del vallado de la autovía es objeto de una revisión periódica por parte del personal de vigilancia de esta concesionaria. En este tipo de atropellos, y como norma general, el personal que atiende o detecta el incidente procede a efectuar una revisión exhaustiva del vallado en la zona en la que se ha producido el atropello. Si esto no fuera posible en ese momento por razones de iluminación (rondas nocturnas), dicha inspección se efectúa al día siguiente por el personal de vigilancia específica, registrando el resultado en los correspondientes partes de inspección de vallado y procediendo a su inmediata reparación si fuese necesario.*

*En el caso que nos ocupa, no hay constancia de que se detectaran desperfectos en el cerramiento de la zona durante las inspecciones periódicas efectuadas.*

*Diariamente las 24 horas y durante los 365 días del año, se efectúan un mínimo de cuatro recorridos completos a lo largo de toda la autovía (62 Kms.) y sus accesos. En comunicación permanente con el centro de control, el personal de vigilancia atiende al instante las incidencias detectadas o que son notificadas a dicho centro de control por parte de los servicios de emergencia (sala 112, Guardia Civil de Tráfico, Policías locales, etc.)”.*

**QUINTO.-** Con fecha 17 de abril de 2009 se confiere trámite de audiencia al reclamante, que no hace uso del mismo, al no presentar alegaciones ni justificaciones distintas de las formuladas en el escrito inicial de solicitud.

**SEXTO.-** Con fecha 18 de febrero de 2011, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciar el órgano instructor el imprescindible nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos de carreteras.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 10 de marzo de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

1. La reclamación ha sido interpuesta por quien goza de la legitimación activa para ello en su condición de titular del vehículo que sufre el daño, conforme consta en el permiso de circulación

del automóvil, expedido a nombre del hoy reclamante, que es quien sufre el detrimento patrimonial cuyo resarcimiento se solicita.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, en su condición de titular de la Autovía del Noroeste donde se produjo el accidente, como se desprende de la documentación incorporada al expediente. El hecho de que las labores de conservación de la citada Autovía se lleven a cabo por una empresa concesionaria no exonera de responsabilidad a la Administración, teniendo en cuenta que dicha responsabilidad es, en todo caso, directa, sin perjuicio de que, en última instancia, se determine que el sujeto que ha de soportar la onerosidad de la indemnización deba ser el contratista.

2. En lo que a la temporaneidad de la acción se refiere cabe afirmar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que se señala como fecha de ocurrencia de los hechos el 29 de octubre de 2008 y la reclamación se interpuso el 11 de diciembre siguiente y, por lo tanto, antes de que transcurriera un año entre ambas fechas.

3. El procedimiento seguido respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP), si bien cabe reiterar lo señalado en nuestro Dictamen 135/2008: *“es necesario destacar que se ha omitido el preceptivo informe del Centro a que se refiere el artículo 10.2 RRP, informe que debería haber sido emitido por la Dirección General de Carreteras, tal como solicitó el órgano instructor, y que ha sido sustituido por el de la concesionaria de la explotación y mantenimiento de la autovía, la cual debe informar a tenor de lo prevenido por el artículo 1.3 RRP. Debe advertirse que ésta ocupa una posición jurídica respecto al reclamante de distinto alcance que la Administración titular de la carretera y, en potencia, ambas pueden promover intereses que entren en conflicto. Por ello, han de emitirse ambos informes (...) ya que el Centro administrativo correspondiente no puede abdicar de sus competencias”*.

Del mismo modo, ha de reiterarse a la Consejería consultante las advertencias ya efectuadas en anteriores dictámenes acerca de la incorrecta práctica consistente en requerir al interesado para que “subsane y mejore” la solicitud, con indicación de los documentos que ha de aportar al procedimiento pero sin particularizar cuál de ellos se recaba como preceptivo y cuál con otro carácter, lo que adquiere relevancia dados los diferentes efectos que el ordenamiento jurídico

anuda a la desatención de uno y otro requerimiento. Ha de evitarse, además, requerir al interesado para que aporte documentación ya obrante en el expediente.

También ha de ponerse de manifiesto la paralización sufrida por el expediente entre el trámite de audiencia, conferido en abril de 2009, y la propuesta de resolución de febrero de 2011, sin que conste actuación alguna entre ambas fechas y sin que por la Consejería consultante se haya ofrecido justificación alguna para una actuación como la expuesta, radicalmente contraria a los principios de agilidad e impulso de oficio que han de regir el procedimiento administrativo.

### **TERCERA.- Sobre los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

En relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial, la doctrina del Consejo de Estado pone de manifiesto que *“la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante, de acuerdo con los viejos aforismos “necessitas probandi incumbit ei qui agit” y “onus probandi incumbit actori”* y con el art. 217 de la LEC (entre otros muchos, los dictámenes números 968/2002, 62/2003 y 2396/2003).

También este Consejo Jurídico ha venido destacando que la carga probatoria incumbe a los reclamantes respecto a la acreditación de tales circunstancias (entre otros, Dictámenes números 107/2003, 28/2004 y 85/2004).

La Administración ha practicado las pruebas que estaban a su alcance, solicitando informe técnico de la Dirección General de Carreteras y a través de la misma a la empresa concesionaria. Del emitido por esta última entidad se desprende que no hay constancia de la realidad del siniestro ni de la concurrencia del nexo de causalidad. En efecto, la mercantil concesionaria manifiesta que no tiene constancia de la existencia de desperfectos en la valla de cerramiento correspondiente al punto en donde se produjo el atropello (p.k. 1,1), por lo que se presume que la irrupción de los animales en la calzada se produjo por alguno de los accesos a la Autovía existentes a escasa distancia del mismo (puntos kilométricos 0+980 y 1+800), que por definición deben permanecer expeditos para el paso de vehículos en este tipo de vías. De otra parte tampoco el reclamante imputa a la Administración ningún defecto u omisión concretos del deber de conservación de la carretera que permita inferir el imprescindible nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, más allá de una genérica imputación de falta de medidas de seguridad y protección de la carretera, que parece deducir de la mera ocurrencia del accidente, pero sin indicar qué concretas medidas habrían sido las adecuadas y exigibles.

Conviene aquí señalar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), que el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada no obliga, sin embargo, en supuestos como el que es objeto de Dictamen, en el que el nexo causal entre el daño alegado y la actuación administrativa acusa una interferencia concretada en la irrupción en la calzada de un animal: *“La presencia incontrolada de animales en carreteras — dice el alto Órgano Consultivo— no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, ya que su acceso a la vía puede resultar inevitable, atendiendo a las diferentes formas en que pueden irrumpir en la calzada”*.

Si bien la Administración Regional, en su condición de titular de la carretera, debe mantenerla en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación, según reza el artículo 57 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en el expediente objeto de Dictamen no se ha acreditado que la valla en el lugar del atropello se encontrara en condiciones inadecuadas, concurriendo además la circunstancia de que próximo a dicho punto existían dos accesos a la autovía por donde, probablemente, accedieron los animales, como se ha destacado anteriormente. De otra parte, como recoge la propuesta de resolución, el deber de vigilancia inherente al servicio público de mantenimiento no puede exceder de lo razonablemente

exigible, lo que lógicamente no puede ser una vigilancia intensa y puntual que sin mediar lapso de tiempo cuide de que el tráfico en la calzada sea libre y expedito en todo momento.

Por tanto, no habiéndose acreditado por la parte reclamante, a quien incumbe, ni la realidad del suceso ni el nexo de causalidad entre la obligación de conservación de la carretera y la irrupción de un animal en la calzada, el Consejo Jurídico comparte el criterio del órgano instructor y estima que no puede apreciarse la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 139 LPAC para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial. La misma conclusión alcanzó el Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 40/2005, 8/2006, 136/2008 y 18/2009, entre otros muchos, acerca de la irrupción de animales en las autovías, tal como ha expuesto también el Consejo de Estado, entre otros, en el Dictamen de 30 de octubre de 2003 (expediente 3.184/2003), cuya doctrina es aplicable al asunto aquí consultado:

*“En el caso examinado, no cabe duda de que la lesión se ha producido a consecuencia de la utilización por el reclamante de un servicio público. La Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada. Excede, sin embargo, ese límite un caso como el sometido a consulta. Y es que el Consejo de Estado ha señalado ya en numerosas ocasiones que la presencia incontrolada de animales en las carreteras no genera la obligación de indemnizar, habida cuenta que no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, si se tiene presente que su acceso a las vías públicas puede resultar inevitable. Tal doctrina, generalmente aplicada con relación a colisiones con animales ocurridas en autopistas, resulta con mayor motivo de aplicación al caso de que ahora se trata, en que no tratándose de autopista, sino de autovía, no es obligada la privación, sino la mera limitación, de accesos a las propiedades colindantes”.*

Además, en el presente caso, sostener la atribución de la responsabilidad del accidente a la Administración entrañaría una interpretación exageradamente providencialista, al convertirla en una suerte de aseguradora universal (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de noviembre de 2007).

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos que determinan su existencia.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 133-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 15/06/2011

**Extracto de doctrina**

No se ha acreditado la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y los daños alegados, lo que conduce a desestimar la reclamación, al igual que lo hicimos en nuestros Dictámenes núms. 99 y 128 del 2004 y núm. 35 del 2009, pues ha de tenerse en cuenta que corresponde a los reclamantes la carga de probar los hechos en los que basa su reclamación (artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 2 de abril de 2009 (registro de entrada), x, y, z, en su condición de herederos de x, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, por los daños materiales ocasionados al vehículo propiedad de su progenitor debido al mal estado de la vía (Paraje --, Carretera de La Copa B-18, término municipal de Bullas).

Describen los hechos del siguiente modo:

*“Que nuestro padre era propietario del vehículo Mitsubishi Montero 3P matrícula --, y el pasado 14 de enero del presente año, el compareciente (uno de los reclamantes) x dejó aparcado el vehículo en el lugar conocido por Paraje -- de la localidad de Bullas, y al ir a apartar el vehículo porque tenía que entrar otro turismo de un vecino, al hacer marcha atrás en un recorrido de unos cinco metros escasos, el coche cayó a una zanja que al construir la autovía no se encontraba, pues era entrada de un camino que estaba a cota cero y al hacer la autovía se rellenó elevándolo, sin colocar ninguna protección de paso ni aviso de la nueva situación, produciéndose daños que han sido reparados (...).”*

Solicitan la cantidad de 7.430,81 euros por los daños materiales del vehículo, acompañando la factura de reparación de un concesionario oficial, así como diversas fotografías del lugar del accidente, proponiendo finalmente el recibimiento a prueba.

**SEGUNDO.-** Con fecha de 18 de junio de 2009 (notificado el 23 siguiente) se solicita a los interesados la mejora y subsanación de la reclamación, concretamente la acreditación de la realidad del accidente mediante testigos de los hechos o atestado de la fuerza interviniente, la vía y el punto kilómetro donde se produjo, y restante documentación que se expresa en los folios 10 a 12 del expediente. Además se comunica la suspensión del plazo para resolver el procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 42.5 a) de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

**TERCERO.-** El requerimiento anterior fue cumplimentado por los reclamantes el 7 de julio de 2009 (registro de entrada), si bien x manifiesta que actúa no sólo en nombre propio, sino también en representación de su madre y viuda del titular del vehículo, x, según escritura de poder que se acompaña. Además obran los documentos que seguidamente se destacan:

1. Copia simple de la escritura de adjudicación de herencia.
2. Identificación de dos testigos.
3. Plano de localización del lugar.
4. Permiso de circulación del vehículo, tarjeta de inspección técnica y carnet de conducir del conductor.
5. Condiciones particulares del seguro y recibo de pago.

**CUARTO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, el Director de Explotación de la Concesión de la Autovía del Noroeste emite informe el 29 de julio de 2009, en el sentido de señalar:

*“Según la descripción del interesado, el siniestro se produjo en el acceso desde una parcela agrícola a la carretera RM-B18, antes del entronque de ésta con la glorieta del enlace de “Bullas centro” situado en el PK 41,5 de la Autovía del Noroeste (RM-15). Ambas vías pertenecen a la Red de Carreteras de la Región de Murcia, siendo por tanto de titularidad autonómica.*

*No obstante, al producirse el accidente en una carretera no incluida en el Contrato de Concesión, consideramos que no corresponde al Director de Explotación de la concesión informar sobre el siniestro”.*

**QUINTO.-** Recabado nuevamente el informe del centro directivo competente, el Jefe de Conservación III emite informe el 8 de octubre de 2009 en el que expresa:

*“(…) Tal y conforme se describe en la reclamación que se produjo el accidente y dadas las características geométricas de la sección de la carretera, 1,50 metros de arcén pavimentado y más de 1,50 metros de berma en tierra en todo el tramo de la carretera donde se encuentra ubicado el acceso frente al cual se encontraba aparcado el vehículo, como se comprueba en la foto referida como documento núm. 2 aportada por el reclamante, parece deducirse que se produjo una distracción del conductor, o mala indicación si alguien lo dirigía o falta de pericia en la conducción marcha atrás. Podía haber iniciado la marcha hacia delante, había y hay una anchura fuera de la calzada de 3 metros libres (arcén más berma) en todo el tramo, no hay obstáculos que dificulten la visión, tenía conocimiento de la existencia de la cuneta y por último no existe obligación de instalar barreras de seguridad o vallado en este tramo de carretera que se encuentra limitado a 60 km/hora con aviso de inicio de limitación a 40 km/h por proximidad de glorieta.*

*No existe constancia de otros accidentes.*

*(…) No obstante, como se ha indicado, el coche se encontraba aparcado y el conductor no es posible que no se percatara de la situación o existencia de una cuneta”.*

Finalmente, considera que el incidente se produjo por distracción, falta de pericia del conductor o, en su caso, mala dirección de maniobra.

**SEXTO.-** Con fecha 9 de noviembre de 2009 se practica la prueba testifical, obrando las contestaciones de los dos testigos propuestos por la parte reclamante en los folios 156 y ss.

De las respuestas de x, quien se encontraba en el momento del accidente en sus terrenos cogiendo leña, se destacan las siguientes en relación con la forma en la que se produjo el incidente:

*“¿Había otra forma de salir de allí que no fuera marcha atrás?*

*Sí había otra forma pero lo más conveniente es marcha atrás. Yo he salido muchas veces marcha atrás.*

*¿Puedes describir el accidente?*

*Cuando lo vi el coche ya estaba volcado. No vi como se produjo. Salí corriendo rápidamente”.*

El otro testigo, x, quien afirma tener amistad íntima con uno de los reclamantes, pero que tal relación no le va a influir en sus respuestas, contesta, por el contrario, de forma negativa (afirma imposible) a la pregunta de si había otra forma de salir de allí que no fuera marcha atrás. Además, ante las repreguntas del órgano instructor, señala que en el momento de ocurrir había plena luz y que el conductor es posible que no frecuentara la zona, afirmando incluso que creía que era la única vez que había ido a aquel lugar.

Además, realiza la siguiente descripción del accidente:

*“El coche iba marcha atrás por el único paso que hay, al girar hacia su izquierda (según yo miraba) como no había espacio suficiente entre el asfalto y la cuneta, la rueda de atrás se quedó sin apoyo ninguno y cuando paró para ver si podía salir el coche fue girando él solo y cayó hacia la cuneta”.*

**SÉPTIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a los reclamantes, presentan escrito de alegaciones el 20 de noviembre de 2009, en el que, tras valorar las declaraciones testimoniales, exponen que el lugar donde se produjo el accidente fue modificado por la construcción de la Autovía y donde existía un camino llano con una pequeña subida se ha convertido en la actualidad en un puente que imposibilita la salida del lugar, si no es marcha atrás, y con el peligro que supone la cuneta aunque sea conocida, por su proximidad y la falta de espacio para realizar maniobras cualquier vehículo. Reitera la responsabilidad de la Administración regional.

**OCTAVO.-** La propuesta de resolución, de 31 de marzo de 2011, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no constar acreditada la relación de causalidad entre el hecho acaecido, con su efecto lesivo, y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

**NOVENO.-** Con fecha 12 de abril de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo de reclamación y procedimiento.**

1. El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada (artículo 139.1 LPAC) pues la legitimación activa reside, cuando de daños materiales en las cosas se trata, en quien ostenta su propiedad, dado que éste será quien sufre el perjuicio patrimonial que se imputa al funcionamiento de los servicios públicos, habiéndose acreditado en el procedimiento que los reclamantes son herederos del fallecido x, titular del vehículo accidentado. No obstante, ha de modificarse la redacción de la propuesta elevada (Consecuencia Jurídica Segunda) para citar a todos los reclamantes (no sólo a uno), sin que tampoco exista un apoderamiento especial del titular del vehículo fallecido a favor de su hijo x, como se expresa, pues el único que obra en el expediente es el otorgado por la viuda a favor de este último.

En cuanto a la legitimación pasiva, queda acreditado en el expediente que la carretera RM-B18 es de titularidad autonómica (el accidente se produjo en el acceso desde una parcela agrícola a la citada carretera), según reconoce el Jefe de Sección de Conservación III de la Dirección General de Carreteras (folio 145).

2. La acción indemnizatoria se ha ejercitado por los reclamantes dentro del plazo de un año desde que se produjo el accidente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, pues éste ocurrió el 14 de enero de 2009 y la acción fue ejercitada el 2 de abril siguiente.

3. Por último, el procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería consultante se ha ajustado a lo dispuesto en los artículos 6 y ss. RRP, salvo en lo concerniente al plazo para resolver la reclamación, que ha rebasado los tiempos prudenciales para ello, detectándose una paralización de más de un año para formular la propuesta de resolución, sin que el tiempo invertido esté justificado en la complejidad del trámite a realizar.

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

El artículo 139.1 LPAC establece, con carácter general, que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Por tanto, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 21 de abril y de 20 de mayo de 1998), los siguientes:

que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o en el padecimiento del daño, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.

Veamos la aplicación de estos requisitos al presente supuesto:

1) Daño en sus bienes, real, concreto y susceptible de evaluación económica.

Los reclamantes han acreditado la realidad de los daños producidos al vehículo accidentado, a través de las declaraciones de los testigos y la copia de la factura expedida por un concesionario oficial, que asciende a la cantidad solicitada.

2) Funcionamiento de los servicios públicos y nexo causal con el daño producido.

Un dato importante a tener en cuenta en el presente caso es que el accidente no se produjo cuando se circulaba por una carretera de titularidad regional, sino que, según expresa su conductor, el vehículo se encontraba estacionado en un lugar conocido como Paraje -- (término municipal de Bullas) y, como aclara el Director de Explotación de la Concesión de la Autovía del Noroeste (folio 139), el siniestro se produjo concretamente en el acceso de una parcela agrícola a la carretera RM-B18. Fue precisamente, según exponen los reclamantes, cuando al ir a apartar el vehículo estacionado (porque tenía que entrar otro turismo), al dar marcha atrás durante unos cinco metros escasos, cayó a la cuneta (los reclamantes hablan de zanja) de la precitada carretera.

Descrita la forma en la que se produjo el accidente, los reclamantes sostienen que dicho acceso a la parcela agrícola no se encontraba elevado con anterioridad a la ejecución de la Autovía, sin que se haya establecido ninguna protección de paso, ni se avise a los usuarios de la nueva situación. Tales imputaciones son las que motivan la presente reclamación de responsabilidad patrimonial.

Frente a ello, la propuesta elevada sostiene que no hay nada que imputar a la Administración regional, puesto que el siniestro se debió a una maniobra del conductor, en principio equivocada, sin que exista obligación de vallado o barrera de seguridad.

Este Consejo Jurídico muestra su conformidad con la propuesta desestimatoria, pues los reclamantes no han podido probar que la causa del daño se encuentre en el estado de la carretera RM-B18, sin que tengan consistencia las imputaciones formuladas por las siguientes razones:

a) Como se ha descrito con anterioridad, la caída a la cuneta (no se trata de una zanja) se produjo cuando el vehículo se encontraba estacionado en el acceso a una parcela agrícola, y al dar marcha atrás para que entrara otro turismo se cayó a la misma. De la simple descripción de este hecho se desprende la intervención de la actuación del conductor en la producción del accidente, si se tiene en cuenta, además, que ocurrió a plena luz, según expresa el testigo x, por lo que el conductor tenía que haber visto la cuneta cuando estacionó el vehículo, aunque fuera la primera vez que acudiera a este lugar, según se infiere de la declaración del mismo testigo. A mayor abundamiento, el otro testigo (x) reconoce que ha salido muchas veces marcha atrás sin ningún tipo de incidencia. Al parecer, con anterioridad a la ejecución de la Autovía también se salía marcha atrás, según expresan los reclamantes en el escrito de alegaciones: *“en fechas anteriores, es decir, antes de la reforma, no hubiera podido ocurrir dado que podía salirse perfectamente marcha atrás (...)”*.

b) Según el informe del Jefe de Sección de Conservación III de la Dirección General de Carreteras, no son las características geométricas de la sección de la carretera las que provocaron el accidente, puesto que cuenta con 1,50 metros de arcén pavimentado y más de 1,50 metros de berma en tierra en todo el tramo de la carretera donde se encuentra ubicado el acceso, frente al cual se encontraba aparcado el vehículo, como se desprende de las fotografías aportadas. Por el contrario, de la descripción del accidente, afirma este informante, parece que se produjo una distracción del conductor, o mala indicación si alguien lo dirigía, o falta de pericia en la conducción marcha atrás.

c) Sobre la necesidad de vallar la zona, el técnico aludido afirma que no existe obligación de instalar barreras de seguridad o vallado en este tramo de carretera, que se encuentra limitado a 60 km./h. con aviso de inicio de limitación a 40 km./h. por proximidad de glorieta.

En suma, de todo ello parece desprenderse que el accidente se debió a una maniobra del conductor (un testigo afirma que había salido muchas veces marcha atrás), en principio equivocada, sin que se haya acreditado que fuera debido a una falta de señalización, ni a una mala

conservación o defecto constructivo de la carretera regional, teniendo en cuenta que el vehículo se encontraba estacionado en el acceso a una parcela agrícola.

Por tanto, la falta de diligencia del conductor determina la ruptura del nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio.

Finalmente, el hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no exime del imprescindible nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño, como han puesto de manifiesto la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 2582/98, de 16 de julio) y pronunciamientos judiciales, entre ellos, la Sentencia de 13 de junio de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Fundamento Jurídico Tercero). En el presente supuesto, no se ha acreditado la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y los daños alegados, lo que conduce a desestimar la reclamación, al igual que lo hicimos en nuestros Dictámenes núms. 99 y 128 del 2004 y núm. 35 del 2009, pues ha de tenerse en cuenta que corresponde a los reclamantes la carga de probar los hechos en los que basa su reclamación (artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) y, en el presente caso, conforme se expone con anterioridad, no resulta acreditada la imputación del daño alegado al servicio público regional de carreteras, ni su antijuridicidad.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de la observación realizada en la Consideración Segunda, 1, sobre la rectificación de la indicada propuesta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 134-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)
<b>Fecha</b>	15/06/2011

**Extracto de doctrina**

La realización de un atestado en el momento inmediatamente posterior a la ocurrencia del siniestro resulta esencial no ya sólo para que pueda acreditarse que el reclamante circulaba por el lugar en cuestión el día y hora que manifiesta (lo que como se ha dicho no está probado en el expediente), sino que la presencia policial poco tiempo después del percance permite un examen de las circunstancias concurrentes en el presunto accidente que resulta trascendental para el enjuiciamiento de pretensiones como la deducida en el supuesto sometido a consulta.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 4 de marzo de 2009, tiene entrada en el Registro de la Consejería consultante una resolución del Ayuntamiento de Murcia, de 10 de febrero anterior, desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada en su día ante dicho Ayuntamiento por x, solicitando una indemnización de 172,84 euros por los daños causados a su vehículo al introducir la rueda en un socavón sin señalizar en la C/ Lorca de El Palmar, el 25 de marzo de 2008. Dicha resolución desestima la reclamación, entre otros motivos, por considerar que la carretera donde ocurrieron los hechos es de titularidad regional, y añade que *“si el interesado así lo estimase, debe interponer la correspondiente reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración competente para su tramitación y resolución (Comunidad Autónoma de la Región de Murcia...)”*.

La resolución dispone, asimismo, su notificación a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, *“a los efectos oportunos”*.

Según consta en el expediente tramitado por el Ayuntamiento, se confirió trámite de audiencia a la Consejería consultante, que no hizo uso del mismo.

**SEGUNDO.-** Con fecha 17 de junio de 2009, el Jefe del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la citada Consejería, entendiendo con lo anterior que debe considerarse formulada

reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración regional, procede a tramitar el correspondiente procedimiento, por lo que requiere al interesado para que subsane o mejore su reclamación expresando determinados extremos y aportando diversos documentos.

No consta que el reclamante cumplimentara dicho requerimiento.

**TERCERO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección General de Carreteras, se emite el 12 de agosto. Manifiesta que no se tiene constancia del evento lesivo ni de otros similares en el mismo lugar y en fechas próximas, negando relación causal alguna entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras. Sobre las obras que, según se desprende del informe de la Policía Local referido en la resolución municipal, se estaban efectuando en la vía, no consta que las estuviera realizando la Comunidad Autónoma, *“ya que las actuaciones sobre el alcantarillado en las travesías de Murcia, o las ejecuta el propio Ayuntamiento o las controla y dirige -- por encargo de aquel”*.

**CUARTO.-** El 5 de octubre de 2009 se confiere el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, no constando la presentación de alegaciones.

**QUINTO.-** El 18 de marzo de 2011 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, fundada, en síntesis, en que no se aporta prueba alguna de la ocurrencia del accidente, más allá de la manifestación del interesado.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 20 de abril de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26

de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación y procedimiento.**

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al interesado, por ser quien sufre los daños por los que reclama indemnización, según consta en la copia del permiso de circulación del vehículo dañado obrante en el expediente.

La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria y por ostentar la titularidad de la vía a cuyo defectuoso mantenimiento o conservación se imputa el daño. Titularidad regional que pone de manifiesto la resolución municipal desestimatoria de la reclamación, considerando que el lugar de ocurrencia del accidente coincide con el tramo de travesía urbana de la carretera regional MU-603.

II. Se ha tramitado un procedimiento de responsabilidad patrimonial a instancia de parte, sin que el interesado formulara la oportuna reclamación ante la Administración regional.

En efecto, a la vista del expediente remitido, se advierte que el oficio de 17 de junio de 2009 reseñado en el Antecedente Segundo, mediante el que se acordó tramitar el presente procedimiento, incurrió en el error de considerar que el x había formulado ya entonces una reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración regional, cuando lo cierto es que en tal fecha la citada reclamación no existía. El mero hecho de que a la Consejería consultante le constara que dicha persona había presentado una reclamación contra el Ayuntamiento de Murcia y que éste la hubiera desestimado por ser de titularidad autonómica la carretera en donde ocurrió el presunto accidente, no autoriza en modo alguno a considerar que debía entenderse asimismo formulada una reclamación contra otra Administración distinta, como es la regional. Cuando el Ayuntamiento notifica su resolución a la Comunidad Autónoma, lo hace en consideración a la condición de interesada de ésta en el procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Corporación Municipal y que había determinado que se le concediera trámite de audiencia en aquél. Ese procedimiento finaliza por la resolución notificada tanto a la Administración regional como al reclamante, a quien se le indica expresamente qué órgano es el titular de la vía, para que dirija contra él, si lo estima oportuno, su pretensión indemnizatoria. Acción que no consta que el interesado ejercitara.

Por otra parte, no puede admitirse que con el requerimiento dirigido al interesado en la mencionada fecha (Antecedente Segundo) se iniciara de oficio un procedimiento de esta clase,

pues es claro que no era esa la voluntad ni la determinación plasmada en dicho requerimiento, sino sólo tramitar una reclamación de parte que, erróneamente, se había considerado formulada contra la Administración regional. En el mismo sentido, nuestro Dictamen 44/2011.

En cualquier caso, iniciado el procedimiento, aunque de forma irregular, y constando actos de comunicación al interesado en el que se le informa de la existencia de tal procedimiento, éste ha de continuar hasta su finalización por alguna de las formas establecidas en la LPAC, y ello aunque el interesado no haya comparecido. Y es que el requerimiento para la subsanación y mejora efectuado mediante oficio de 17 de junio de 2009 (Antecedente Segundo) omite advertir al interesado del principal defecto de su “instancia”, como es la expresión de su voluntad de reclamar ante la Administración regional, con indicación del órgano de ésta al que se dirige (art. 70 LPAC). De haber requerido al interesado para que subsanara tales deficiencias, si éste no lo hubiera cumplimentado en el plazo de 10 días, la Administración habría podido declararle desistido de su petición (art. 71 LPAC). Ocurre, sin embargo, que, aunque el requerimiento se denomina de “subsanación y mejora”, ninguno de los extremos y documentos cuya aportación se exige al interesado tiene la consideración de preceptivo, pues si alguno lo fuera podría acudir de nuevo al artículo 71 LPAC y declarar el desistimiento del interesado por su falta de cumplimentación del requerimiento.

El oficio de 17 de junio, entonces, ha de considerarse meramente como una indicación de la posibilidad de mejora de la solicitud y de la posibilidad de aportar elementos de prueba que acrediten los extremos relevantes para la decisión. Su no cumplimentación únicamente conlleva la pérdida del derecho al trámite, pero no el desistimiento de la solicitud (art. 76 LPAC).

Por lo demás, cabe señalar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. Sin perjuicio de lo expresado en la Consideración precedente, la reclamación habría de ser desestimada en lo que se refiere propiamente al fondo del asunto, pues en este punto ha de coincidir con la propuesta de resolución en que el reclamante no aporta prueba alguna que acredite la realidad del accidente y sus circunstancias. El informe de la Policía Local, cuyos agentes acudieron al lugar señalado por el interesado como el de producción del accidente con posterioridad a su ocurrencia, no acredita que el mismo tuviera lugar en ese preciso lugar ni que los daños sufridos por el vehículo fueran debidos a la existencia de los socavones que aprecian los agentes.

Este Consejo Jurídico ha tenido ocasión de pronunciarse sobre asuntos sustancialmente iguales al presente, en los que, constanding el bache en cuestión por comprobación *a posteriori* por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no existían elementos de juicio suficientes para considerar acreditada la relación de causalidad entre su existencia y los daños por los que se reclamaba indemnización (Dictámenes 99 y 128/2004), además de otras circunstancias concurrentes que llevaban a la conclusión desestimatoria de las reclamaciones.

Como se recuerda en nuestro Dictamen 128/2008, la realización de un atestado en el momento inmediatamente posterior a la ocurrencia del siniestro resulta esencial no ya sólo para que pueda acreditarse que el reclamante circulaba por el lugar en cuestión el día y hora que manifiesta (lo que como se ha dicho no está probado en el expediente), sino que la presencia policial poco tiempo después del percance permite un examen de las circunstancias concurrentes en el presunto accidente que resulta trascendental para el enjuiciamiento de pretensiones como la deducida en el supuesto sometido a consulta. En este sentido, resulta evidente que, en el estado actual de facilidad de las comunicaciones, no puede aceptarse que el deber del afectado de comunicar en tal momento el siniestro (para lo que existen, incluso, números telefónicos de

coordinación de emergencias) constituya un deber excesivo, antes al contrario, se estima que es una carga para el que pretenda, luego, deducir una pretensión indemnizatoria como la del caso. Frente a ello, y como indicamos en el Dictamen 212/2002, si el interesado, por la escasa relevancia de los daños, opta por no avisar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes para que constaten en dicho momento el accidente, deberán concurrir otras circunstancias de muy especial consistencia que lleven a la convicción de la ocurrencia del accidente tal y como lo relata el reclamante, y que aquél es causa eficiente de los daños por los que reclama, sin que, en el caso que nos ocupa, las circunstancias alegadas por el mismo sean indicios lo suficientemente concluyentes para tener por cumplidamente acreditados los hechos en que basa su pretensión.

Todo ello determina la desestimación de la reclamación.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Conforme se indica en la Consideración Segunda de este Dictamen, no debió tramitarse el presente procedimiento, pues no consta que el interesado formulara reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración regional.

**SEGUNDA.-** No pueden considerarse acreditados los hechos que fundan la reclamación, conforme con lo expresado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**TERCERA.-** La propuesta de resolución dictaminada, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 135-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

**Fecha** 15/06/2011

**Extracto de doctrina**

No generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 10 de noviembre de 2010 (registro de entrada en la Consejería consultante), la Directora del Centro de Educación Infantil y Primaria "Virgen del Rosario", de Monteagudo (Murcia), envía reclamación formulada por x, por los daños sufridos por su hijo x, alumno del citado Centro. Según el reclamante el día 4 de noviembre de 2010, encontrándose su hijo practicando Educación Física, tropezó con un compañero, cayéndosele las gafas al suelo, donde fueron pisadas, quedando inservibles. Solicita una indemnización de 210 euros, importe de la factura emitida por una óptica. Junto con dicha factura el interesado remite fotocopia compulsada del Libro de Familia.

A la citada reclamación la Directora del CEIP une informe en el que se relatan los hechos del siguiente modo: *"Con fecha 4 de noviembre de 2010, siendo las 12:30 horas, en la pista polideportiva del Centro y dentro de la clase de Educación Física, realizando juegos de movimientos, dos alumnos tropiezan, x, y, cayendo al suelo las gafas del primero y quedando inservibles"*.

**SEGUNDO.-** Con fecha 24 de noviembre de 2010, el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente, siendo notificada la resolución al interesado con la misma fecha.

**TERCERO.-** El 1 de diciembre siguiente la instructora del expediente solicita un informe de la Directora del Centro sobre los hechos acaecidos, testimonio del profesor de Educación Física, inclusión de la actividad en la programación escolar, carácter intencionado o fortuito del

accidente, así como cualquier otra manifestación que estimara procedente, siendo cumplimentado el día 20 de enero de 2011, mediante informe del profesor de Educación Física, con el visado de la Directora, del siguiente tenor:

*“RELATO PORMENORIZADO DE LOS HECHOS*

*Con fecha 4 de noviembre de 2010 siendo las 12,30 horas, tuvo lugar en la pista deportiva del colegio y en el ámbito de la clase de Educación Física el siguiente incidente:*

*Juego de Movimiento. ‘Caen las hojas’. Los alumnos formando un círculo lanzan las hojas al aire para observar como caen, seguidamente simulan ser hojas secas llevadas por el viento al ritmo de una música, cuando ésta es más fuerte ellos corren y cuando es suave, se deslizan lentamente por la pista.*

*En el transcurso de dicho juego, en el momento de la música fuerte, al correr, el alumno x tropieza con el alumno x, quedando como resultado de dicho tropiezo, las gafas en el suelo pisadas y rotas.*

*TESTIMONIO DE LOS HECHOS POR PARTE DEL PROFESOR DE EDUCACIÓN FÍSICA:*

*X, como profesor de Educación Física del C.E.I.P. “Virgen de Rosario” de La Cueva de Monteagudo, me reafirmo en el relato arriba narrado, alegando además los siguientes aspectos:*

*-El juego que realizábamos, se encontraba dentro de la Programación Escolar, concretamente dentro de la Unidad Didáctica del Otoño.*

*-Se trataba de un juego de movimiento y expresión corporal que no entrañaba ningún riesgo para los alumnos.*

*-Calificaría el accidente de fortuito, fruto del tropiezo accidentado de dos alumnos, que tal vez corrían más rápido de lo debido por la competitividad existente entre ambos, lo cual, ocasionó la rotura de las gafas de uno de ellos”.*

**CUARTO.-** Con fecha 26 de enero de 2011 se otorga trámite de audiencia al reclamante al objeto de que pudiera examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos

documentos y justificaciones estimase pertinentes, sin que haya comparecido durante este trámite.

**QUINTO.-** Con fecha 3 de mayo de 2011 se emite propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no existir nexo causal entre el funcionamiento del centro escolar y los daños sufridos por el alumno.

**SEXTO.-** Con fecha 9 de mayo de 2011, se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

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

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

En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe señalar que la reclamación fue formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal del menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil. En cuanto a la legitimación pasiva la ostenta la Consejería consultante en la que se integra el CEIP en el que se produjeron los hechos.

La acción de reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Por último, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los elementales trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

De las actuaciones practicadas puede afirmarse la conformidad con la propuesta de resolución que las concluye. Tal como razona la misma, no se advierte en el supuesto sometido a Dictamen que concurra en el accidente sufrido por el alumno el imprescindible nexo causal que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada a causa del mismo (artículo 139.1).

De una parte, es cierto que el efecto dañoso existe y se acredita que se produce en el seno del servicio público al ser el colegio de titularidad pública y su gestión una competencia de la Administración regional, mas no existen, al menos probadas, otras circunstancias que permitan imputar a la Consejería consultante tales efectos dañosos. Como se deduce del informe del centro escolar, que no rebate el reclamante, el hecho desencadenante del daño fue un accidente fortuito del alumno en la clase de Educación Física, durante el desarrollo de un ejercicio de movimiento y expresión corporal, al tropezar fortuitamente con un compañero cayéndosele las gafas que fueron posteriormente pisadas, lo que ocasionó su rotura; las circunstancias descritas denotan un suceso desafortunado, pero en ningún caso atribuible directa ni indirectamente a la actuación del profesor, que estaba presente junto al resto de los alumnos de clase, ni la actividad que se realizaba era potencialmente peligrosa pues se trataba de un ejercicio sencillo y adecuado a la edad del escolar.

No cabía esperar de la actuación del profesorado una diligencia especial para adoptar medidas previsoras del accidente y no hubo mal funcionamiento del servicio, porque el estándar medidor del mismo, que hubiese sido una deficiente vigilancia, el riesgo en la práctica del ejercicio, o la inadecuación en las instalaciones deportivas, no se ha probado infringido. El Tribunal Supremo (Sala 3ª), en su Sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que *“durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”*. A este respecto cabe resaltar que el reclamante no achaca al centro ni a su personal conducta alguna que pudiera haber influido en el suceso.

Con carácter general, el Consejo de Estado rechaza que la diligencia exigible a los servidores públicos de los colegios incluya un cuidado total sobre las personas que se encuentren en el servicio y las conductas, del tipo que sean, que se desarrollen en él (Dictamen 289/94), habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/96, de 7 de marzo, y 811/96, de 30 de abril, entre otros), como recoge también la doctrina del Consejo Jurídico (por todos, Dictamen

núm. 9/2004). En función de todo ello, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo, impiden que estos hechos desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

Las precedentes Consideraciones vienen siendo reiteradas por el Consejo Jurídico en supuestos análogos al presente, en relación con accidentes acaecidos en clases de Educación Física en los que no se acreditó que el ejercicio que se realizaba fuera inapropiado (ya por sus características, ya por la edad de los alumnos practicantes) o que, siendo adecuado, necesitase de especiales medidas de prevención, protección o asesoramiento a los alumnos que no se hubiesen adoptado (Dictámenes núms. 183/2005, 175/2006 y 132/2010, entre otros); todo ello motiva que este Consejo Jurídico dictamine la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración educativa, al tratarse de un suceso desafortunado, que conduce a considerar el hecho ajeno al funcionamiento del servicio. En este mismo sentido, sobre la necesidad de relación de causalidad se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencias de 27 de julio y 13 de septiembre de 2002, esta última dictada en unificación de doctrina.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por el alumno y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 136-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)
<b>Fecha</b>	22/06/2011

**Extracto de doctrina**

Sobre los daños causados por la presencia incontrolada de animales en carreteras y autovías, el Consejo Jurídico ha manifestado en numerosas ocasiones (Dictámenes 40 y 121 de 2005; 8/2006; 68, 77,93 y 125 del 2007, etc.) que no pueden imputarse a la Administración regional.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 16 de junio de 2008 x, a través de representante, interpuso ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transporte una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, solicitando una indemnización por importe de 1.019,80 euros, en concepto de resarcimiento por daños sufridos por el vehículo de su propiedad marca BMW 525D, matrícula --, cuando, según expresa en su escrito, dicho vehículo circulaba el 3 de octubre de 2007 por la autovía del noroeste C-415 (Km. 17,5) sentido Caravaca e impactó con un perro, por lo que se ocasionaron los desperfectos aludidos, tasados por informe pericial; aporta, además de la documentación justificativa de la propiedad del vehículo, la fotocopia de la denuncia presentada ante la Guardia Civil. Mediante un escrito que entró en el registro de la Consejería citada el 4 de noviembre de 2008, subsanó y mejoró la solicitud, a requerimiento del órgano instructor. La interesada solicitó que se emitiera resolución expresa mediante escritos de 10 de junio de 2009 y 18 de enero de 2010.

**SEGUNDO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, lo emitió la concesionaria de la explotación y conservación de la autovía con el visto bueno del Director de Explotación de la Concesión (28 de noviembre de 2008), según el cual se tiene constancia de la existencia del animal en el lugar indicado por la reclamante a través del aviso efectuado el día del accidente por la Guardia Civil de Tráfico. Considera que no debe imputarse responsabilidad ni a la Administración ni a la empresa concesionaria, ya que en autovías o carreteras convencionales se hace prácticamente imposible controlar la existencia de animales en la calzada, ya que éstos pueden irrumpir en la misma traspasando el vallado o a través de los nudos de entrada y salida de

vehículos, existiendo dos cercanos al lugar del accidente, uno en el Km. 17,650 y otro en el 17, 200.

**TERCERO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante, no consta que realizara alegaciones. La propuesta de resolución (10 de febrero de 2011), concluye en la procedencia de desestimar la reclamación ya que, según se dice, no hay nexo causal entre la actuación u omisión administrativa y las consecuencias dañosas.

**CUARTO.-** Tras ello, confeccionados el extracto de secretaría y la copia del expediente, fue éste remitido al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada el día 23 de febrero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

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

1) La reclamante acredita la titularidad del vehículo siniestrado, gozando por tanto de la condición de interesada a efectos de ejercer la presente acción que, a tenor de la fecha del accidente (3 de octubre de 2007), ha sido ejercitado dentro del plazo de un año (artículo 4.2 del RD 429/1993, de 29 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración (RRP).

2) Si bien se ha procurado respetar las previsiones del RRP y se ha conseguido tal objetivo en términos generales, es necesario destacar que, cuando se requiere a la interesada para la subsanación y mejora de la solicitud con la advertencia de archivo de la instancia, no se distingue qué omisiones son las que producen ese efecto y cuáles no, siendo ello exigible a la Administración para que el ciudadano conozca las consecuencias de sus actos. También llama la atención la desproporcionada duración del procedimiento en relación con la instrucción realizada y los aspectos sustantivos del mismo.

#### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto en relación con el servicio público viario.**

Sobre los daños causados por la presencia incontrolada de animales en carreteras y autovías, el Consejo Jurídico ha manifestado en numerosas ocasiones (Dictámenes 40 y 121 de 2005; 8/2006; 68, 77,93 y 125 del 2007, etc.) que no pueden imputarse a la Administración regional, y que comparte el criterio del Consejo de Estado, expresado, entre otros, en el dictamen de 30 de octubre de 2003 (expediente 3.184/2003) cuya doctrina es aplicable al asunto aquí consultado:

*"En el caso examinado, no cabe duda de que la lesión se ha producido a consecuencia de la utilización por el reclamante de un servicio público. La Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada. Excede, sin embargo, ese límite un caso como el sometido a consulta. Y es que el Consejo de Estado ha señalado ya en numerosas ocasiones que la presencia incontrolada de animales en las carreteras no genera la obligación de indemnizar, habida cuenta que no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, si se tiene presente que su acceso a las vías públicas puede resultar inevitable. Tal doctrina, generalmente aplicada con relación a colisiones con animales ocurridas en autopistas, resulta con mayor motivo de aplicación al caso de que ahora se trata, en que no tratándose de autopista, sino de autovía, no es obligada la privación, sino la mera limitación, de accesos a las propiedades colindantes".*

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Procede desestimar la reclamación objeto de consulta, al no ser el daño imputable a la Administración regional.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 137-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	22/06/2011

**Extracto de doctrina**

Si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 8 de octubre de 2010, el Director del CEIP “Nuestra Señora de la Consolación”, de Molina de Segura, emitió un informe de accidente escolar en el que el alumno x, de 2º de primaria, había sufrido la rotura de las gafas y una pequeña brecha en la ceja cuando, en el tiempo de recreo, *“se subió a caballo encima de un amigo de 3º de primaria, éste resbaló y al caer x”* sufrió los daños indicados.

El 11 de octubre siguiente la madre del menor interpuso reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración, solicitando ser indemnizada en la cantidad de 268 euros, importe de las gafas que acredita con la correspondiente factura. Relata brevemente el accidente de su hijo indicando que precisó asistencia médica en el servicio de urgencias.

**SEGUNDO.-** El 30 de noviembre de 2010 el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo acordó admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del procedimiento, siendo notificada la resolución al interesado el 13 de diciembre.

**TERCERO.-** Se solicitó al Director del centro un informe sobre las circunstancias del accidente; fechado el 20 de diciembre de 2010, expone que en el tiempo de recreo el alumno accidentado *“se subió a caballo encima de un amigo de 3º de primaria, éste resbaló y al caer x se hizo un pequeño corte en la ceja y se le rompieron las gafas”*. Añade que no cabe señalar ninguna circunstancia que pudiera favorecer en este espacio este tipo de accidentes, ya que el suelo no es

resbaladizo, ni estaba mojado por la lluvia no existía condición especial que pudiera hacer suponer la caída de los alumnos.

**CUARTO.-** El 11 de enero de 2011 se notificó al interesado la apertura del trámite de audiencia, sin que conste haber ejercitado ese derecho.

**QUINTO.-** El 17 de marzo de 2011 se formuló propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar que no concurre la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama.

Unidos el índice de documentos y el extracto de secretaría, el 23 de marzo de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

La acción ha sido ejercitada por quien ha sufrido el daño por el que se reclama. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación, Formación y Empleo competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el CEIP "Nuestra Señora de la Consolación", de Molina de Segura.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse la conformidad de este Consejo Jurídico con la propuesta de resolución que las concluye, al no advertir que concurran en el accidente sufrido por el alumno todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada.

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, aquéllos tienen el derecho a que la Administración les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, el Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999). El Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene también que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los

daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996).

Asimismo el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que “durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”. También es abundante la doctrina sentada por el Consejo Jurídico que, reiteradamente, ha propugnado la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (por todos, Dictámenes 40/2002 y 8/2003).

En el asunto consultado puede afirmarse que ese grado de diligencia no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas, dado que el accidente se produjo durante el recreo, de forma involuntaria y sin ninguna intencionalidad, en un patio adecuado, reservado exclusivamente para los alumnos de esa edad, que estaban conveniente vigilados. La reclamante no ha alegado la concurrencia de circunstancias determinantes de riesgo, peligro, negligencia o mal estado de las instalaciones, que hubieran podido causar el daño que, según todos los indicios, tuvo su origen en una acción propia de los juegos infantiles, por lo que no existe la conexión con el servicio público educativo que es necesaria para estimar la pretensión indemnizatoria formulada.

Para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el procedimiento objeto de consulta, si bien es cierto que el daño existe, se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo impiden que tales hechos desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa, igual que en el Dictamen 73/2010, referido a un asunto similar..

II. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de lo manifestado por este Consejo Jurídico en reiterados Dictámenes y en la Memoria correspondiente al año 2006 sobre la conveniencia de que la Administración arbitre medidas de protección social que puedan cubrir tales riesgos.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de Dictamen, por no ser el daño imputable a la Administración regional, ni existir relación de causalidad entre el mismo y el funcionamiento de sus servicios públicos.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 138-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	22/06/2011

**Extracto de doctrina**

Se advierte la omisión del informe señalado en el artículo 14.6,a) del Reglamento de Ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, aprobado por Decreto n.º 15/2008, de 25 de enero. Sin embargo, a tenor de lo establecido en el artículo 83.3 LPAC, dicho informe no puede, en esta ocasión, considerarse determinante, ya que su función es suplida por el del Jefe de Servicio de Anestesia-Reanimación, de 23 de mayo de 2010, en unión de la restante información documental.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 25 de junio de 2010 tuvo entrada en el Registro General del Servicio Murciano de Salud (SMS) la reclamación patrimonial formulada por x, representante del paciente x, a consecuencia de los daños derivados de la asistencia sanitaria recibida por éste tras ser intervenido quirúrgicamente de urgencia en el Hospital Santa María del Rosell, de Cartagena. Según la interesada, en fecha 9 de Mayo de 2010, y al proceder a la intubación de su esposo, le fue rota a éste una pieza dental. Mediante un escrito sin fecha (folios 12 y 13) se subsana la falta de representación y se aporta un presupuesto que importa 2.000 euros, expedido por un médico estomatólogo, que tiene por finalidad la reconstrucción del diente citado.

Se solicitó informe al Jefe de Servicio Anestesia-Reanimación, el cual, emitido el 23 de mayo de 2010, expone que el paciente *“fue intervenido, de urgencia, el pasado día 9 de Mayo desde las 16:30 a las 19:15, momento en que pasó a reanimación, donde permaneció desde las 19:15 horas hasta las 24h”*. Asimismo asegura que en la información recabada a los especialistas que le atendieron y en los datos que se hallan en la historia anestésica y de reanimación, *“no figura incidente alguno durante el periodo perioperatorio, ni tampoco en el momento de la inducción anestésica e intubación endotraqueal”*. Sin perjuicio de ello, -afirma el Doctor-, todos los pacientes firman una hoja de consentimiento informado en la que entre otras posibles incidencias figura literalmente que *“ninguna intervención y/o acto médico está desprovista de riesgos. Excepcionalmente la introducción del tubo hasta la traquea (una vez que esté dormido) puede*

*entrañar alguna dificultad y, a pesar de hacerlo con cuidado, dañar algún diente*". El documento referido se anexiona a este informe con la firma del paciente.

El 30 de septiembre de 2010 se admite a trámite dicha reclamación por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, el cual nombra instructora. Todo ello le es notificado a la representante del perjudicado el día 13 de octubre de 2010.

**SEGUNDO.-** También el 30 de septiembre de 2010 la Instrucción solicita a la Gerencia de Salud II del hospital Santa María del Rosell copia de la historia clínica del reclamante. Asimismo, se solicita a -- (correduría de seguros), que comunique a la compañía aseguradora la reclamación, solicitando el comprobante, los números de referencia y el nombre del tramitador. En esa misma fecha, se requiere a la Asesoría Jurídica de la Comunidad Autónoma para que informe de la existencia o no de antecedentes judiciales del perjudicado, así como se procede a la remisión de la reclamación a la Directora General de Asistencia Sanitaria a efectos de que se emita informe por la Inspección Médica.

Todas estas peticiones son atendidas de forma ordinaria, salvo en lo que se refiere a este último informe, que no consta que haya sido evacuado.

**TERCERO.-** Tras conferir trámite de audiencia tanto a la reclamante como a su aseguradora, y sin que ninguno de los interesados presentara alegaciones, el servicio instructor formuló, el 30 de marzo de 2011, propuesta desestimatoria, razonando que, a la vista del conjunto probatorio que obra en el expediente, no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, ya que se ha respetado la "*lex artis*" adecuada al caso concreto.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter de dictamen.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo jurídico de la Región de Murcia, en relación con el artículo 12 del Real Decreto de 429/1993, de 26 de Marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

**SEGUNDA.- Procedimiento, legitimación y plazo.**

El reclamante ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación interpuesta, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC). La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en su condición de titular de la función pública de asistencia sanitaria y titular del centro donde se atendió al paciente.

La reclamación, ha sido interpuesta dentro del plazo de un año desde la manifestación del efecto pretendidamente lesivo que establece el artículo 142.5 LPAC para la prescripción del derecho a reclamar y, si bien se ha instruido correctamente, se advierte la omisión del informe señalado en el artículo 14.6,a) del Reglamento de Ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, aprobado por Decreto n.º 15/2008, de 25 de enero. Sin embargo, a tenor de lo establecido en el artículo 83.3 LPAC, dicho informe no puede, en esta ocasión, considerarse determinante, ya que su función es suplida por el del Jefe de Servicio de Anestesia-Reanimación, de 23 de mayo de 2010, en unión de la restante información documental.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

En cuanto al fondo del asunto y dadas las características de la responsabilidad patrimonial sanitaria expresadas en numerosos dictámenes de este Consejo Jurídico (por todos, el 80/1999), es compartible la propuesta de resolución en cuanto que no se aprecia, en primer lugar, un funcionamiento anormal del servicio en forma de inadecuada práctica de la *lex artis*, ya que, según la información recabada a los especialistas que atendieron al paciente, y también según los datos que figuran en la historia anestésica y de reanimación, no aparece incidente alguno producido durante el periodo perioperatorio, ni tampoco en el momento de la inducción anestésica e intubación endotraqueal.

En segundo lugar, la propuesta de resolución se plantea la hipótesis de que, tal como afirma el reclamante, el daño hubiese sido causa por la intervención, concluyendo que fue adecuada la información sobre los riesgos ofrecida al paciente -entre los que precisamente se encontraban los que se materializaron -, por lo que, teniendo en cuenta el consentimiento informado prestado por éste para ser intervenido, el daño no sería imputable a la Administración sanitaria, por no ser apreciable ningún indicio de antijuricidad.

Por todo ello, procede dictaminar favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria sometida a Dictamen, al no ser el daño imputable al funcionamiento del servicio público.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 139-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su asegurada x.
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)
<b>Fecha</b>	22/06/2011

**Extracto de doctrina**

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “funcionamiento” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “no funcionamiento” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de diciembre de 2007 (registro de entrada), la Unidad de Patrimonio del Ayuntamiento de Molina de Segura traslada a la Dirección General de Carreteras de la Administración regional la reclamación de responsabilidad presentada por x, en representación de --, por los daños materiales ocasionados al vehículo de su asegurada, x, como consecuencia de un socavón existente en la carretera A-5.

En el expediente remitido constan las siguientes actuaciones:

- El escrito de reclamación de 12 de marzo de 2007, en el que la representante expresa que el siniestro ocurrió el 15 de junio de 2006, cuando el vehículo de la asegurada circulaba por la carretera A-5 (Avenida Gutiérrez Mellado), y la causa de los daños fue el socavón existente. En cuanto a la legitimación de la mercantil, refiere que el vehículo estaba asegurado a todo riesgo, y que -- procedió a pagar el importe de la reparación, menos la franquicia, directamente al taller reparador, si bien posteriormente realizó una transferencia bancaria a la cuenta de x por el importe de aquélla. Finalmente, solicita la cantidad de 1.411,82 euros, en ejercicio de la facultad de repetición que le otorga el artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato del Seguro.

- Informe del accidente de tráfico de un agente de la Policía Local de Molina de Segura, que se personó en el lugar el mismo día de los hechos, y que recoge como causa del mismo “encontrarse en mal estado la Carretera A-5”.

- Las condiciones particulares de la póliza del seguro del vehículo.
- La factura de reparación del daño y de la franquicia.
- El recibo del finiquito de la reparación abonada por -- y la transferencia realizada a la asegurada en concepto de franquicia.
- El informe del Ingeniero Técnico Municipal de 9 de noviembre de 2007, en el que señala que el accidente se produjo en una carretera dependiente de la Administración regional, sin que tenga responsabilidad el Ayuntamiento de Molina de Segura.
- El escrito de la representante de la aseguradora solicitando que se trasladen las actuaciones a la Dirección General de Carreteras, como responsable de la conservación de la vía.

**SEGUNDO.-** Con fecha de 12 de diciembre de 2007, la instructora del expediente abre el periodo de subsanación y mejora de la reclamación presentada y solicita el informe preceptivo de la Dirección General de Carreteras, a efectos de determinar la titularidad de la carretera donde tuvieron lugar los hechos y la realidad y certeza del evento lesivo, la relación de causalidad entre éste y el funcionamiento del servicio público, la existencia de señalización y cualquier otra cuestión que se estime de interés.

**TERCERO.-** El 25 de junio de 2009, el Jefe de Sección II de Conservación de Carreteras emite el siguiente informe respondiendo a las preguntas formuladas por la instructora, tras recibir el reportaje fotográfico enviado por el Sargento Jefe en funciones de la Policía Local del Ayuntamiento de Molina de Segura, que no consta en el expediente remitido a este Consejo Jurídico:

*“A. No podemos manifestarnos sobre el particular salvo de lo manifestado por la reclamante en su escrito.*

*B. No estimamos la existencia de actuación inadecuada de la perjudicada de acuerdo con lo manifestado por ésta.*

*C. No se tiene constancia de otros accidentes en el mismo lugar y fecha.*

*D. La causa del pinchazo de los dos neumáticos del lado derecho puede atribuirse al asentamiento de la zanja realizada recientemente, desconociéndose su ejecutor.*

*E. El Servicio de Conservación acudió a una llamada de la Policía Local y restituyó inmediatamente el peligro de la zanja y dejó señalizada la zona.*

*F. Con posterioridad se repuso el firme deteriorado.*

*G. El tramo de carretera se encontraba perfectamente señalizado, dotado de iluminación e instalación de regulación semafórica.*

*H. No valoramos los daños alegados, pero hacemos constar que el informe de la Policía nos fija los daños en el pinchazo de los neumáticos del lado derecho y luego se nos reclaman los daños en chapa y pintura”.*

**CUARTO.-** El Jefe del Parque de Maquinaria emite informe el 6 de mayo de 2010, en el que, entre otros aspectos, señala lo siguiente:

1. El valor venal del vehículo en la fecha del siniestro es de 14.400 euros.

2. En su opinión, no todas las reparaciones que figuran en la factura son consecuencia del siniestro a que se refiere la reclamación, tales como los arreglos de chapa y pintura, que constituyen la mitad del coste presupuestado.

3. Los conceptos reclamables ascienden a la cantidad de 790,26 euros (folio 80).

**QUINTO.-** Acordada la apertura de un periodo probatorio, se le requiere a la reclamante para que aclare si todos los arreglos de chapa y pintura que obran en la factura han sido motivados por el siniestro, sin que conste que haya presentado alegaciones (folio 83).

**SEXTO.-** Mediante escrito de 13 de octubre de 2010 (notificado el 22 siguiente), se le otorga un trámite de audiencia a la parte reclamante, sin que conste que haya comparecido para formular alegaciones, si bien el 25 de enero de 2011 comparece su representante para aportar originales de las facturas pagadas por la compañía aseguradora, a efectos de la compulsión de las copias aportadas.

**SÉPTIMO.-** La propuesta de resolución, de 4 de abril de 2011, estima la reclamación presentada en la cantidad de 790,26 euros, según establece el Parque de Maquinaria, al haberse acreditado la existencia de nexo causal con el funcionamiento del servicio público.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

1. La legitimación activa, cuando de daños a las cosas se trata, corresponde primariamente a su propietario. En el supuesto sometido a consulta, consta la propiedad del vehículo accidentado, que se encontraba asegurado por la mercantil --, según se acredita en el expediente, que abonó el coste de la reparación y la franquicia, por lo que no existe ningún obstáculo para reconocer su legitimación, al haber sufrido el daño de manera efectiva, pues es evidente que ha padecido un detrimento en su patrimonio. Dicha legitimación de la aseguradora se sustenta en el artículo 43 de la Ley 50/1980, ya citada, según el cual, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado, frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.

2. La Administración regional está legitimada pasivamente para resolver por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad (RM-A5).

3. La reclamación se ha formulado dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC).

4. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la LPAC y en el reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en lo sucesivo RRP), salvo en el plazo máximo para resolver, conforme a lo dispuesto en el artículo 13.3 del citado reglamento. A este respecto cabe insistir en las observaciones realizadas en anteriores Dictámenes sobre la necesidad de impulsar de oficio el procedimiento en todos sus trámites (artículo 74.1 LPAC), como se puso de manifiesto en la Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 2002 (página 54), más aun en el presente caso, en el que se dispone de un informe de la Policía Local, que reconoció la existencia de los desperfectos en la carretera (una zanja), y que se había producido un accidente anterior en el mismo lugar.

**TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público regional de vigilancia de carreteras, y los daños por los que se reclama.**

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, la reclamación se fundamenta en una omisión de la Administración, que debería haber eliminado o, al menos, señalizado, la zanja a la que se refiere la reclamación, pues le corresponde el deber de conservación y vigilancia de la carretera; por ello, la reclamante solicita el abono de los gastos causados por el accidente, que se debió a una deficiencia viaria. En tal sentido, debe eliminarse de la propuesta elevada (Antecedente Segundo) la referencia errónea a otro elemento causante del daño (una roca).

En el caso que nos ocupa, ha de considerarse acreditado la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, como propone la propuesta elevada, a través del informe de la Policía Local del Ayuntamiento de Molina de Segura, que recoge como causa del accidente “encontrarse en mal estado la Carretera A-5, tal y como se atestigua en el reportaje fotográfico”, que no ha podido ser visualizado por este Consejo Jurídico porque no se ha remitido. De otra parte, el centro directivo competente ha reconocido la existencia de una zanja en la carretera, y que el servicio de conservación acudió inmediatamente a eliminar el peligro, tras ser avisado por la Policía Local, y que tampoco parece concurrir una actuación indebida de la conductora (exceso de velocidad) en la producción del daño.

En consecuencia, se tratan de daños que la mercantil reclamante no está obligada a soportar (artículo 141.1 LPAC) en la cuantía que posteriormente se determinará.

Por último, la misma conclusión ha alcanzado este Órgano Consultivo (por ejemplo en el Dictamen núm. 98/2007), cuando los daños producidos tienen su origen en un socavón existente en la carretera.

**CUARTA.- La cuantía de la indemnización.**

Este Consejo Jurídico muestra su conformidad a la cantidad propuesta (790,26 euros), que se encuentra justificada en el informe del Parque de Maquinaria, excluyendo determinadas partidas reclamadas que no están relacionadas con el evento lesivo, circunstancia que ni tan siquiera ha sido discutida por la mercantil reclamante.

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

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar que concurren en el supuesto sometido a consulta todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

**SEGUNDA.-** La cuantía de la indemnización debe atenderse a lo expresado en la Consideración Cuarta de este Dictamen



**DICTAMEN 140-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 27/06/2011

**Extracto de doctrina**

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa de forma necesaria en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 17 de julio de 2001, x, en representación de x, y, z, esposa e hijos, respectivamente, de x, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el organismo entonces competente (INSALUD), manifestando que el x ingresó por dolor abdominal agudo el 22 de junio de 2000 en el Servicio de Urgencias del Hospital Santa María del Rosell de Cartagena, tras padecer tres episodios de dolor abdominal difuso la semana anterior a su ingreso, falleciendo el día 26 de julio siguiente por un funcionamiento anormal de la Administración sanitaria.

1. Descripción de los hechos realizada por los reclamantes.

Según se expresa, el 22 de junio de 2000 el paciente permaneció en observación, siendo finalmente ingresado ese mismo día en el Servicio de Medicina Digestiva, con el diagnóstico de inflamación aguda de vesícula biliar (colecistitis aguda) secundaria a pequeños cálculos biliares y acúmulos de bilis, con cultivos positivos para *Escherichia Coli*, elevación de bilirrubina, transaminasas, enzimas hepáticas de colestasis e importante leucocitosis. El paciente informó que padecía arritmia cardíaca que requería tratamiento, así como una hernia hiatal por deslizamiento, úlcus gástrico y esófago de Barret con episodio de hemorragia digestiva alta (HDA).

Desde su ingreso se le realizan diferentes pruebas y recibe tratamiento con sueros glucosados y salinos, antibióticos de amplio espectro con cobertura bacteriana, protectores gástricos, analgésicos y antiarrítmicos, siendo su evolución clínica favorable.

En la hoja de anotaciones médicas del día 24 de Junio, consta el informe de la radiografía de tórax en el que se observa cardiomegalia y un infiltrado intersticial en la base del pulmón derecho (el paciente padece posteriormente un derrame pleural en el lado derecho).

El 5 de julio se recibe el análisis de sangre solicitado por la facultativa de planta y en él se determina la existencia de una enfermedad hematológica crónica o síndrome mieloproliferativo crónico definido como leucemia mieloide crónica. No obstante, la doctora de hematología entiende que no está indicado realizar una punción medular dada la estabilidad del cuadro clínico, pero no contraindica la intervención quirúrgica prevista, recomendando revisiones cuando sea dado de alta (la situación era estable y no existía peligro para su vida).

El día 6 de julio, tras 14 días ingresado en planta, se hace constar en la historia que el paciente padece cuadro catarral con expectoración blanquecina, sin fiebre, sin que se adoptase ninguna medida al respecto. El día 9 de julio es trasladado al Servicio de Cirugía para ser intervenido de extirpación de la vesícula biliar, no figurando en el informe del traslado el diagnóstico de colangitis aguda y bacteriemia, datos que deberían haberse hecho constar. La intervención se realiza el día 10 de julio, a partir de esa fecha el paciente no recibe medicación antiarrítmica alguna, ni se le mide la frecuencia cardiaca, lo que se considera un error muy grave, ya que el diagnóstico de arritmia consta debidamente en la historia clínica.

En el postoperatorio inmediato presenta fiebre (38,8), de la que no es tratado. En los análisis de sangre solicitados en cirugía, se observa un aumento de leucocitos, sin que se determine su origen.

El día 12 de julio se hace constar en la hoja de enfermería que se deja en dieta absoluta al paciente por presentar vómitos, y por la noche se comenta que el cirujano de guardia ha indicado la colocación de una sonda nasogástrica, por la que sale gas y contenido gástrico oscuro. La mañana del día 14 comienza a beber un poco de agua y el día 15 se comienza con la nutrición parenteral por una vía venosa periférica. El día 19 se suspende dicha vía. Sin embargo, estando en una situación de dieta absoluta el día 16 se le suministra un desayuno y una comida sólida, que viene a demostrar la falta de atención prestada al paciente.

El día 21 de julio es intervenido nuevamente, sin que conste el motivo de dicha operación, si bien durante el transcurso de la misma se produjo un episodio de taquicardia que puso en peligro la vida del paciente. El mismo día, en el comentario de enfermería del turno de tarde, consta que se le cambia vendaje por pérdida de líquido ascítico, y en el comentario del día 23 de julio se refleja que

el apósito está manchado de líquido purulento. Ninguno de los dos hechos se hacen constar en la hoja de cirugía, ni se prescribe indicación al respecto.

El día 26 de julio se anota que el paciente está “algo fatigoso” y se pide radiografía de tórax. Ese mismo día, a las 13,30 horas, se observa un aumento de la dificultad respiratoria, y se solicita evaluación urgente del Servicio de Neumología. No obstante, puesto que su situación no mejora, se avisa a la UVI, siendo el diagnóstico inicial de “insuficiencia respiratoria y shock”. El mismo día, a las 15,30 horas, es ingresado en la UVI, donde se destaca disnea y taquipnea con palidez de piel y mucosas, rasgos de gravedad manifiesta, hipotensión e hipoventilación en la base derecha, y abdomen distendido.

Al colocarle una sonda nasogástrica sale sangre roja, indicativa de hemorragia activa, causa principal del fallecimiento y consecuencia de la neumonía basal derecha nosocomial.

## 2. Imputaciones a la Administración sanitaria:

Los reclamantes entienden que el seguimiento que se ha hecho al paciente ha sido negligente y su tratamiento ha sido llevado con gran desatención, existiendo numerosos descuidos que han provocado su fallecimiento, tales como:

- En primer lugar, el paciente presentaba síntomas catarrales el día 6 de julio, sin que se le hiciera seguimiento de este proceso.

- En segundo lugar, desde que el paciente llega al Servicio de Cirugía deja de administrársele la medicación antiarrítmica, sin que se le pauten otro tipo de medicación hasta que tiene una taquicardia el día 21 de julio durante la segunda intervención.

- En tercer lugar, pese al pico febril que presenta el día 10 de julio, no le extraen cultivos de sangre, ni se pautan antibióticos, sólo se le administra nolutil intravenoso.

- En cuarto lugar, no consta en las observaciones médicas referencia alguna al aumento de leucocitos, que denota la falta de atención.

- En quinto lugar, se produce un error en la administración de alimento estando en dieta absoluta.

- En sexto lugar, el paciente fue intervenido la segunda vez sin que se le explicase a la familia el motivo por el que era necesaria dicha intervención y consta el consentimiento informado en el apartado de la revocación, lo que denota la dejadez administrativa.

- En séptimo lugar, tras la segunda intervención, no se le realiza al paciente ninguna prueba sobre la dificultad respiratoria, pese a que la familia venía advirtiendo este hecho.

- En octavo lugar, el día 21 de julio se cambia el apósito abdominal por ascitis, y el 23 de julio se detecta líquido purulento por la herida quirúrgica, sin que se tuvieran en cuenta por el cirujano.

- En noveno lugar, el paciente se ha contagiado de una neumonía en el centro hospitalario, puesto que los síntomas aparecen el día 6 de julio.

Finalmente, solicitan la cantidad de 22 millones de pesetas (132.222,66 euros) para la viuda y los dos hijos del paciente fallecido y proponen como prueba documental la historia clínica en el Hospital Santa María del Rosell de Cartagena.

**SEGUNDO.-** El 13 de septiembre de 2001 se remite por la Dirección Gerencia de Atención Especializada copia compulsada de la historia clínica, e informe del Jefe del Servicio de Cirugía del Hospital Santa María del Rosell, Dr. x, que expresa lo siguiente:

*“El paciente x, de 78 años (es un error, debe decir 72), ingresó en la sección de Digestivo el 22/06/01 trasladándose a este servicio de cirugía general el día 09/07/01 para intervención programada de Colectomía, una vez hubo cedido el cuadro clínico de urgencia, que precisó 16 días de tratamiento en dicha sección, encontrándose en ese momento asintomático. El diagnóstico de inicio con el que parte este enfermo es:*

- *Síndrome mieloproliferativo crónico.*
- *Colecistitis por colelitiasis con hemocultivo positivo a E.coli a su ingreso.*
- *Esofagitis péptica grado IV. Esófago de BARRET.*
- *Gastritis crónica astral.*

*Tras haberse informado a la familia del riesgo operatorio y siendo aceptado éste fue intervenido el día 10/07/00, realizándose Laparotomía subcostal derecha hallándose vesícula con cálculos blandos en su interior y barro biliar. Se efectúa colangiografía intropertora transcística*

que es normal y colecistectomía según técnica habitual, no objetivándose ninguna otra patología. El informe de A. Patológica de la pieza es de colecistitis crónica.

El postoperatorio, exceptuando el primer día en que cursa con fiebre, algo que se produce con normalidad debido a la reabsorción, el resto del curso es afebril.

En este caso sólo está indicada la profilaxis antibiótica preoperatoria y antitrombótica ya que se trata de cirugía limpia.

Durante el postoperatorio presenta íleo que en un principio se tildó como funcional, con niveles de intestino delgado en la radiografía simple de abdomen, en el noveno día de postoperatorio existía algún tránsito por lo que se realiza prueba de tolerancia oral que no se produce. No se presenta durante este curso problemas cardíacos ni sépticos.

El día 21/07/01 ante la persistencia, pese al tratamiento conservador del íleo intestinal, se decide intervención quirúrgica explorativa lo cual se le plantea al paciente y a la familia, siendo aceptada (la firma en la revocaciones un error del paciente, que no fue tenido en cuenta al existir el consentimiento verbal).

En esta reintervención que se realiza por Laparotomía media suprainfraumbilical, se objetiva obstrucción mecánica adherencial en yeyuno a unos 60 cm. del ángulo de TREITH, realizándose lisis adherencial no hallando ninguna otra patología. Posteriormente y al finalizar la intervención es informada la familia de los hallazgos operativos.

En este postoperatorio y dado su problema cardiológico colabora en su control la sección de cardiología para la cual realiza tratamiento específico de su arritmia que es controlada. Al tercer día comienza con insuficiencia cardio-respiratoria por proceso neumónico basal derecho, que es tratado en esta planta de cirugía hasta el día 26/07/01 que sufre empeoramiento, por lo que es trasladado a UCI presentando en su curso evolutivo cuadro de shock hemorrágico por hemorragia digestiva alta, que a pesar del tratamiento oportuno no consigue remontar siendo exitus".

De la historia clínica, debe destacarse el informe de alta por fallecimiento emitido por el Servicio de Medicina Intensiva el 26 de julio de 2000 en el que, tras exponer los antecedentes del tratamiento dispensado en los Servicios de Aparato Digestivo, de Cirugía y en el propio, señala lo siguiente (folio 151):

*“Diagnóstico principal:*

*\*Hemorragia digestiva alta..*

*Diagnósticos asociados:*

*\*Shock hemorrágico.*

*\*Anemia aguda postshemorragia digestiva alta.*

*\*Insuficiencia respiratoria aguda.*

*\*Probable neumonía basal derecha nosocomial.*

*\*Derrame pleural derecho.*

*\*Fibrilación auricular con respuesta ventricular rápida.*

*\*Colecistitis con colelitiasis.*

*\*Obstrucción intestinal por adherencias.*

*\*Estado convalecencia postoperatoria.*

*\*Hernia hiatal por deslizamiento.*

*\*Esófago de barret no confirmado anatomopatológicamente.*

*\*Ulcus gástrico.*

*\*Esofagitis erosiva de cuerpo y saco herniario.*

*\*Síndrome mieloproliferativo crónico.*

*\*Parada cardíaca.*

*\*Alergia a cafeína.*

*Procedimientos:*

*\*Colecistectomía.*

*\*Laparotomía exploradora.*

*\*Liberación de adherencias.*

*\*Toracocentesis.*

*\*Transfusión concentrados hematíes.*

*\*Obtención PVC.*

*\*Ventilación mecánica (horas).*

*\*Monitorización.*

*\*RCP'.*

**TERCERO.-** Solicitado el informe de la Inspección Médica, es evacuado el 8 de octubre de 2001 con las siguientes conclusiones:

“1. El paciente, de 72 años, es portador de múltiples patologías entre las que destacan, por su gravedad, HDA por ulcus, esófago de Barret y hernia hiatal más arritmia completa por fibrilación auricular.

2. Es ingresado en el Hospital Santa María del Rosell por cuadro de dolor abdominal y fiebre. Tras estudio es diagnosticado de colecistitis, coledocistitis con micro cálculos y barro biliar más bacteriemia por E. Coli.

3. Tras ser estabilizado de sus diferentes cuadros patológicos más la existencia de un síndrome mieloproliferativo crónico tipo leucemia mieloide, y estando asintomático, pasa a Cirugía General para ser intervenido.

4. Es informado de los riesgos operatorios aceptando el paciente y los familiares la operación que se realiza el día 10 de julio. Anatomía patológica confirma los diagnósticos de presunción preoperatorios.

5. En el postoperatorio presenta un íleo por adherencias que son lisados en una segunda intervención practicada mediante laparotomía exploratoria, de la que es informado el paciente y familia de manera previa y posterior.

6. Durante el postoperatorio se desencadena un cuadro de shock hemorrágico relacionado con sus graves patologías digestivas preexistentes y un rápido deterioro de su estado de salud que le conducen al éxitus el día 26 de julio, a pesar de las medidas de reanimación.

7. Durante todo el proceso, a juicio de este inspector médico, y a la vista de la información disponible en el presente expediente, se ha actuado por parte de los distintos profesionales implicados en la asistencia del paciente con la debida diligencia poniendo a disposición del enfermo cuantos medios diagnósticos y terapéuticos han sido necesarios. No se puede por tanto relacionar el fallecimiento del enfermo con falta de diligencia profesional, sino que el mismo se ha debido a las graves patologías de las que era portador a su ingreso y durante su estancia hospitalaria”.

**CUARTO.-** La Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil existente en el INSALUD, en su sesión de 22 de noviembre de 2001, propone desestimar la reclamación, de acuerdo con el informe del perito x, Jefe de Sección de Cirugía General del Hospital Gregorio Marañón de Madrid, que consta en los folios 204 y ss. del expediente.

En dicho informe, el citado facultativo, tras exponer los antecedentes y sus consideraciones sobre la leucemia mieloide crónica, las neumonías y las hemorragias digestivas en pacientes con insuficiencia respiratoria, concluye lo siguiente:

*“• El enfermo acudió a Urgencias por presentar una colecistitis aguda ingresándosele en el servicio adecuado*

*• El tratamiento indicado en el Servicio de Digestivo es el correcto y habitual para esta patología en la mayoría de los hospitales.*

*• La historia clínica está debidamente cumplimentada con anotaciones diarias de los acontecimientos más importantes que iban transcurriendo en el curso de la enfermedad.*

*• Durante su ingreso, se descubre que el enfermo presenta otras graves enfermedades, entre la que destaca una leucemia mieloide crónica.*

*• Una vez estabilizada la enfermedad que motivó su ingreso, por urgencias se consulta con el Servicio de Cirugía para tratamiento diferido de la colecistitis. Actuando de acuerdo con la práctica habitual de la mayoría de los Hospitales.*

*• El documento de consentimiento informado para la intervención de colecistectomía esta debidamente firmado por el enfermo.*

*• La intervención se produce en tiempo y forma correcta, siguiendo una de las técnicas habituales para la patología que presentaba el enfermo.*

*• Durante el postoperatorio se hace un correcto seguimiento del enfermo, con anotaciones diarias en las gráficas de constantes, seguimiento y órdenes de tratamiento.*

*• El enfermo presentó un cuadro de obstrucción intestinal en el postoperatorio precoz que fue diagnosticado y tratado de manera correcta por parte de los facultativos que le atendieron.*

*• El enfermo firma el documento de consentimiento informado para esta segunda intervención.*

- *En el postoperatorio de la segunda intervención el enfermo sufre una neumonía de base derecha. El diagnóstico, las interconsultas y el tratamiento fue el correcto para este tipo de patologías.*

- *El enfermo presentó posteriormente un cuadro de shock hipovolémico por hemorragia digestiva aguda que sin duda estuvo en relación con las importantes patologías de base que presentaba en el momento del ingreso.*

- *Nuevamente los facultativos actúan de manera diligente contactando con los especialistas oportunos y trasladando al enfermo a una unidad de cuidados intensivos. El enfermo fallece a pesar de las medidas de soporte que se instauraron en esta unidad.*

- *En todo momento los especialistas que le atendieron lo hicieron con la debida diligencia, aplicando la Lex artis ad hoc, sin que en su actuación existan indicios de falta de oportunidad para el enfermo”.*

**QUINTO.-** Otorgado a los reclamantes el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente por parte de la instructora del Servicio Murciano de Salud (asumidas ya las competencias), el 22 de abril de 2002 presentan un escrito en el que dejan sin efecto a partir de esta fecha la representación en su día otorgada, así como un segundo escrito con alegaciones en defensa de lo sostenido en su escrito inicial y para rebatir lo informado por los anteriores facultativos, incidiendo, en lo sustancial, en los mismos extremos en su día alegados, añadiendo dos cuestiones: a) que consideran que la hemorragia digestiva fue causada por la recolocación al paciente, por parte de un ATS y sin consultar con el médico de guardia, de la sonda nasogástrica que llevaba y que se le había desprendido en la madrugada del día 24 al 25 de julio, cuando el enfermo llevaba ya varios días sin expulsar nada por dicha sonda, y sin embargo al retirársela definitivamente el día 25 apareció manchada de sangre, si bien nada de ello se refleja en las hojas de evolución de los cuidados; b) además, señalan la situación generalizada de falta de higiene del hospital, con zonas en obras, incluso en la zona de salida de los quirófanos, y sin aislar debidamente al enfermo. Confían en que las alegaciones realizadas hayan generado la suficiente inquietud a los responsables y permitan esclarecer la situación vivida.

**SEXTO.-** El 12 de diciembre de 2005 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por considerar, en síntesis, que, conforme expresan los informes médicos evacuados en el procedimiento, no se ha acreditado la existencia de mala *praxis* médica en la asistencia al paciente, que falleció debido a las complicaciones derivadas de las importantes patologías que le aquejaban.

**SÉPTIMO.-** Recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, fue evacuado bajo el núm. 180/2006, con las siguientes conclusiones:

*“PRIMERA.- Debe requerirse a los reclamantes que acrediten los extremos de hecho (parentesco) en que se basa la legitimación que ampara su pretensión resarcitoria, en los términos expresados en el epígrafe II de la Consideración Segunda de este Dictamen.*

*SEGUNDA.- Deben realizarse los actos de instrucción señalados en la Consideración Tercera: a) solicitud de informe al Hospital sobre los protocolos y medidas de prevención de infecciones nosocomiales en general, y sobre las concretas deficiencias alegadas por los reclamantes; y b) a la vista del anterior, un informe complementario de la Inspección Médica sobre la existencia, causas, tratamiento seguido y, en su caso, incidencia de la alegada infección hospitalaria (neumonía nosocomial) en el fallecimiento del paciente.*

*TERCERA.- Por las razones anteriores, procede retrotraer el procedimiento a la fase instructora, practicar los trámites indicados y, en su momento, remitir las actuaciones realizadas y la nueva propuesta de resolución a este Consejo Jurídico para la emisión de su preceptivo Dictamen sobre el fondo de la reclamación presentada”.*

**OCTAVO.-** En cumplimiento del precitado Dictamen, por el órgano instructor se solicitó informe complementario a la Inspección Médica acerca de los extremos planteados, habiendo sido emitido el referido informe en fecha 13 de julio de 2010 (tres años y medio después de su petición), alcanzando las siguientes conclusiones:

*“Primero. Tras reiteradas peticiones al HSMR no se nos han remitido los protocolos y medidas de prevención de infecciones nosocomiales en general en el HSMR, ni sobre las concretas deficiencias alegadas por los reclamantes durante los días 22/06/00 al 26/07/00.*

*Segundo. Sobre la existencia, causa, tratamiento seguido y en su caso, incidencia de la alegada infección hospitalaria (neumonía nosocomial) en el fallecimiento del paciente.*

*- De la existencia de la neumonía nosocomial (...).*

*Conclusión: No se pudo confirmar un diagnóstico fiable de Neumonía Nosocomial, dada la rápida progresión de la enfermedad y el shock hemorrágico que causó la muerte.*

*- De la causa de la neumonía nosocomial (...).*

*Conclusión: De producirse una Neumonía lo más probable es que fuese por la aspiración de gérmenes procedentes de la orofaringe y secreciones gástricas.*

*- Del tratamiento de la neumonía nosocomial (...).*

*Conclusión: el tratamiento fue correcto.*

*- De la incidencia de la alegada infección hospitalaria (neumonía nosocomial) en el fallecimiento del paciente*

*Conclusión: En este caso no podemos asegurar que existiese una Neumonía, pero sí podemos objetivar la gravedad concomitante con la Fibrilación auricular y shock hemorrágico como causante del exitus del paciente, no teniendo incidencia significativa la posible neumonía”.*

**NOVENO.-** Otorgado un nuevo trámite de audiencia a las partes interesadas, al obrar nueva documentación en el expediente, no se formularon alegaciones por los reclamantes, aunque comparecieron en el expediente para retirar la documentación correspondiente, y presentaron fotocopia compulsada del libro de familia, quedando acreditada su legitimación activa en el presente procedimiento administrativo.

**DÉCIMO.-** La propuesta de resolución, de 30 de noviembre de 2010, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no haberse acreditado que el fallecimiento del paciente tuviera su causa en el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, sino en las importantes patologías de base que presentaba a su ingreso hospitalario.

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 19 de enero de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración

regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

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

1. Los reclamantes ostentan la condición de interesados y, por tanto, la legitimación activa para reclamar, en virtud de la relación de parentesco con el finado (esposa e hijos), que acreditan con la copia del libro de familia, conforme a lo previsto en el artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

2. En cuanto a la legitimación pasiva, si bien la acción se dirigió a la Administración entonces competente en la gestión del centro sanitario causante de la lesión (Administración General del Estado), sin embargo, al haberse transferido a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud por Real Decreto 1474/2001, de 27 de diciembre, con efectividad a partir de 1 de enero de 2002, la Administración regional ostenta tal legitimación, de acuerdo con lo indicado en nuestro Dictamen nº. 65/2002.

3. La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar, toda vez que el fallecimiento del paciente se produjo el 26 de julio de 2000 y la reclamación fue presentada el 17 de julio de 2001, dentro del plazo indicado.

4. El procedimiento ha excedido en mucho al plazo previsto para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, sobre todo tras la emisión del primer Dictamen por este Órgano Consultivo (núm. 180/2006), en el que se aconsejaba a la Consejería consultante que completara la instrucción por las razones indicadas en el Antecedente Séptimo, habiendo transcurrido más de 4 años desde la emisión de aquel parecer, lo que casa mal con los principios de eficacia, agilidad y celeridad que han de inspirar la actuación administrativa, denotándose un funcionamiento anormal del servicio público en este concreto aspecto, que nada tiene que ver con las imputaciones que se achacan a la asistencia sanitaria.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación del sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es

la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (por todas, STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**CUARTA.- Sobre la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el presente caso.**

Los reclamantes alegan que el seguimiento que se hizo al paciente no fue realizado con la debida diligencia, pues existieron numerosos descuidos en el tratamiento, dando como resultado su fallecimiento. En consecuencia, sostienen la falta de aplicación de la *lex artis ad hoc* y una actuación negligente de los profesionales encargados del caso.

Pese al esfuerzo de argumentación de los reclamantes para sustentar la reclamación, planteando dudas y reparos a determinadas actuaciones, sin embargo, sus imputaciones no se encuentran avaladas por un informe médico de parte, cuando la determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a *normopraxis* descansa de forma necesaria en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto —artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)—, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial -el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria, es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999-. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica que se encuentra obligada a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba (Dictámenes 5 y 81 del año 2009 de este Consejo Jurídico).

Pues bien, en el supuesto sometido a consulta, los reclamantes omitieron traer al procedimiento un informe técnico valorativo que avalara sus imputaciones de mala *praxis*. En consecuencia, el informe que contiene un análisis de la atención facultativa recibida por el fallecido es el emitido por la Inspección Médica, que adquiere una especial relevancia en el presente supuesto, teniendo en cuenta, además, que la atención sanitaria objeto de valoración se prestó

hace más de 10 años, y que los datos disponibles de aquella son los reflejados en la historia clínica y en los informes de los servicios intervinientes, que valoraron la *praxis* médica en su momento. Sobre la veracidad de determinados datos reflejados en el historial, cuyo contraste fue solicitado por los reclamantes, ha sido también objeto de consideración en la propuesta elevada (folios 322).

Veamos, pues, las imputaciones concretas que se formulan frente a los servicios médicos intervinientes, en contraste con las razones médicas que avalan sus actuaciones, si bien es preciso resaltar, de antemano, que el paciente era portador de múltiples patologías, entre las que destacan, por su gravedad, HDA por ulcus, esófago de Barret y hernia hiatal más arritmia completa por fibrilación auricular. Tras su ingreso en el Hospital Santa María del Rosell, fue diagnosticado de colecistitis, coleliatiasis con microcálculos, barro biliar más bacteriemia por E. Coli y síndrome mieloproliferativo crónico tipo leucemia mieloide (LMC), que es un tumor maligno que suele caracterizarse por esplenomegalia y una producción grande de granulocitos, terminando su evolución en una fase leucémica, cuyo pronóstico es peor que una leucemia mieloida aguda y de corta supervivencia.

#### 1. Inadecuado seguimiento y tratamiento de los síntomas catarrales del paciente.

En concreto, los reclamantes manifiestan que *“el día 6 de julio, tras catorce días ingresado en planta, se reseña en la historia que el paciente padece cuadro catarral con expectoración blanquecina, sin fiebre, sin que se adoptase ninguna medida al respecto”*.

Al respecto, la Inspección Médica hace constar en su informe (folio 194): *“se encuentra ingresado en digestivo y aparece en la historia la siguiente anotación (6/7): Presenta cuadro catarral con tos y expectoración blanquecina; afebril. Solicito RX de tórax. El día 7 de julio: afebril; radiografía de tórax sin imágenes de infiltrados.*

*A tenor de lo señalado no parece tener importancia el cuadro catarral sin reflejo en la radiografía. El paciente además viene tomando una batería de fármacos para tratar sus distintos procesos de base”*.

Finalmente, concluye que *“no se puede, pues, compartir la afirmación de que no se hace un seguimiento del cuadro”*.

#### 2. Injustificada suspensión de la medicación antiarrítmica.

Los reclamantes afirman que hubo una injustificada suspensión de la medicación antiarrítmica desde que el paciente llega al Servicio de Cirugía.

A este respecto, responde la Inspección lo siguiente: *“Efectivamente puede comprobarse que se suspende la administración de Mandón retará cada 12 horas que el paciente venía tomando desde su ingreso y con anterioridad. Tal conducta, a la vista del expediente clínico, obedece a una decisión de los facultativos que tratan al paciente habida cuenta que desde su ingreso en esta Unidad pautan al paciente con una medicación específica que es revisada a diario según se constata en la hoja de órdenes de tratamiento. Por otra parte, el enfermo ingresó en Cirugía asintomático.*

*Hay que recordar que el verapamilo tiene como efecto secundario frecuente el estreñimiento y otras alteraciones hemodinámicas, que pudieran haber motivado la suspensión del tratamiento”.*

### 3. Inadecuado tratamiento del pico febril, tras el postoperatorio de la segunda intervención.

Los reclamantes reprochan un inadecuado tratamiento del pico febril tras el postoperatorio de la segunda intervención, con administración de fármacos que enmascaran la fiebre (nolotil).

A este respecto, afirma la Inspección Médica: *“Los picos febriles postoperatorios son normales en el postoperatorio inmediato por la propia reabsorción; el paciente está siendo tratado con profilaxis antibiótico y antitrombótica. La consideración del tratamiento con Nolotil para enmascarar la fiebre no procede ser comentada”.*

4. No se advierte el progresivo aumento de leucocitos que se manifiesta en las sucesivas analíticas.

Señalan los reclamantes que no figura, entre las observaciones médicas, referencia alguna al aumento de los leucocitos de forma muy importante desde el día 14 de julio.

A este respecto, la Inspección Médica destaca que los facultativos consideraron reflejar en el historial *“lo más importante en el postoperatorio inmediato que fue la existencia de un íleo paralítico, sin que se avistaran problemas ni cardíacos ni infecciosos”.*

No obstante, el informe del Servicio de Medicina Interna (folio 149) refleja que la Sección de Aparato Digestivo del Hospital realizó interconsulta al Servicio de Hematología por presentar un

hemograma con hematíes 5.000.000, Hb: 14g % (...) leucocitos 28.490 con 85% N y 6 % L (...), alcanzando el diagnóstico de leucemia mieloide crónica (LMC).

5. Error en la administración de alimento en las condiciones descritas en los días previos.

En el informe pericial de la compañía aseguradora se refleja (folio 207) que *“en el postoperatorio el enfermo presenta distensión abdominal con dificultad para el tránsito de gases y mala tolerancia digestiva. Al 9º día del mismo el enfermo presenta mejor estado general, se suspende nutrición parenteral (NPT) y se comienza con dieta oral”*. En la hoja de evolución del día 19 de julio de 2000, que consta en el folio 228 del expediente, figura: *“Afebril. Buena diuresis. Ha tolerado líquidos. Se suspende NPT y se aumenta dieta oral”*.

Por tanto, no se aprecia el error alegado.

6. Falta de información a la familia de la segunda intervención, firmando el paciente en el apartado de revocación del consentimiento informado.

Aunque sostienen los reclamantes que no se informó a los familiares el motivo por el cual era necesaria la segunda intervención, no cuestionan el hecho de que el paciente diera su conformidad a esta intervención, que es lo importante, orientando más bien su imputación al hecho de que se hubiera firmado en un apartado incorrecto de la hoja de consentimiento informado, lo que denotaría, en su opinión, dejadez administrativa, si bien cabe achacar esta circunstancia a un error del enfermo al estampar su firma.

Al respecto, la Inspección Médica considera que: *“La intervención quirúrgica exploratoria por íleo fue advertida e informada al paciente y familiares, según informa el cirujano responsable del servicio y consta en la hoja de consentimiento informado”*.

El Dr. x, Jefe de Servicio de Cirugía, destaca en su informe sobre la información y el mencionado error *“durante el postoperatorio presenta íleo, en principio diagnosticado como funcional Ante su persistencia, el día 21 se decide intervención exploratoria, que se plantea al paciente y familia, siendo aceptada (la firma en la revocación es un error del paciente, que no fue tenido en cuenta al existir consentimiento verbal)”*

7. Inadecuado seguimiento y tratamiento de la dificultad respiratoria tras la segunda intervención.

Los reclamantes imputan un inadecuado seguimiento y tratamiento de la dificultad respiratoria en los tres últimos días de hospitalización, avisando al neumólogo demasiado tarde, realizando la Inspección Médica las siguientes consideraciones:

*“En el postoperatorio de la segunda intervención puede apreciarse la interconsulta con cardiología y neumología lo que evidencia la atención y seguimiento del paciente (...).*

*"El paciente fue atendido por especialista en neumología e intensivista por un cuadro respiratorio de disnea y sudoración, apreciándose disminución del murmullo vesicular en base derecha con espasmo bronquial contralateral, además de arritmia y derrame pleural derecho de líquido serofibroso. Ante la gravedad del mismo se traslada al paciente a la UCI".*

El Dr. x reconoce la colaboración de cardiología en su informe: *“en postoperatorio colabora cardiología, que realiza un tratamiento específico de la arritmia, que es controlada. Al tercer día comienza insuficiencia cardio-respiratoria por proceso neumónico basal derecho que es tratado en esta planta de cirugía hasta el día 26/07/00 que sufre empeoramiento, por lo que es trasladado a UCI”.*

De otra parte, la leucemia mieloide crónica que padecía el paciente se caracteriza por que los síntomas se desarrollan gradualmente, con tendencia a fatigarse, con tos seca y síndromes extrapulmonares llamativos. En ocasiones se acompaña de derrame pleural que puede ser meta o para neumónico (consideraciones médicas en los folios 210 y 211).

#### 8. Existencia de cambio de apósito por ascitis y líquido purulento por herida quirúrgica.

Los reclamantes achacan al servicio público que el día 21 de julio se cambiara el apósito abdominal por ascitis, y el 23 siguiente se detectara líquido purulento por la herida quirúrgica, sin que se tuvieran en cuenta por el cirujano.

La Inspección Médica explica tales hechos por tratarse de cirugía abdominal, que implica la existencia de drenajes.

#### 9. Contagio de una neumonía en el centro hospitalario, puesto que los síntomas aparecen el día 6 de julio.

Frente a tales imputaciones, que se reiteran en el escrito de alegaciones, y motivan el informe complementario de la Inspección Médica de 13 de julio de 2010, a instancia de este Órgano Consultivo, se concluye lo siguiente:

- No se pudo confirmar un diagnóstico fiable de neumonía nosocomial, dada la rápida progresión de la enfermedad y el shock hemorrágico que causó la muerte, en atención a los siguientes argumentos:

*“Lo comprobado es que la existencia de Neumonía nosocomial se contempla en la historia clínica del paciente el día 26/07/00, como probable tanto en la hoja de interconsulta realizada a neumología (en el JC: Derrame pleural en estudio. Neumonía de L.I.D?), como en el informe de alta emitido por el Servicio de Medicina Intensiva.*

*El diagnóstico clínico de NAV se basa en los criterios de neumonía nosocomial en el paciente crítico según la declaración de consenso de la American Thoracic Society (Sección Médica de la American Lung Association): 1. Aparición de nuevos infiltrados en la radiografía de tórax que no se modifican con la fisioterapia (no transcurrió el tiempo necesario para comprobarlo). 2. Secreciones traqueo bronquiales purulentas (no constan). 3. Fiebre > 38° C (no consta) 4. Leucocitosis (aumentada por LMC). Además, para hacer un diagnóstico fiable de neumonía nosocomial es necesaria una confirmación microbiológica o histiológica. En la práctica habitual la confirmación histiológica es casi imposible y por lo tanto la mayoría de veces nos basaremos en la confirmación micro biológica. En este caso se analizó el líquido pleural que se extrajo en la toracocentesis del día 26/07/00 (pág 128), mostrando ausencia de flora microbiana de PMN y siendo el cultivo negativo”.*

- Respecto a la posible causa de la no probada neumonía nosocomial, la Inspección concluye que: *“De producirse una Neumonía lo más probable es que fuese por la aspiración de gérmenes procedentes de la orofarínge y secreciones gástricas”.* Para llegar a tal conclusión, se basa en el siguiente razonamiento: *“Por otra parte, la neumonía de aparición tardía se produce como consecuencia de la aspiración de gérmenes gramnegativos procedentes de la orofaringe y secreciones gástricas, siendo los microorganismos difíciles de tratar por presentar mayor resistencia a los fármacos habituales, en este caso llevaba más de 30 días hospitalizado, sometido a dos intervenciones, se ha visto que los recuentos bacterianos en el jugo gástrico son mayores en pacientes tratados con fármacos que elevan el Ph gástrico como los blanqueantes H2”.*

- En relación con el tratamiento de la neumonía nosocomial, de entrada se aplicó al paciente un tratamiento empírico con cefalosporina de 3ª generación y bactericida de amplio espectro, que es el tratamiento adecuado.

- Sobre la incidencia de la alegada neumonía nosocomial en el fallecimiento del paciente, la Inspección concluye que:

*“En este caso no podemos asegurar que existiese una Neumonía pero sí podemos objetivar la gravedad concomitante con la Fibrilación auricular y shock hemorrágico, como causante del exitus del paciente, no teniendo incidencia significativa la posible neumonía”.*

En todo caso, como se indicó en el Dictamen núm. 48/2011, la mera constancia de una infección en el contexto hospitalario no es título de imputación suficiente de responsabilidad. Ello conllevaría una radical objetivación de la responsabilidad, contraria a aquella doctrina jurisprudencial que propugna que *“...frente al principio de responsabilidad objetiva que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y curativo de todas las dolencias, ha de recordarse el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria es la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero no garantizador de resultado, en el sentido de que es exigible de la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales, pero en modo alguno puede determinar la existencia de una responsabilidad una actuación médica que se haya acomodado a la lex artis, es decir, al estado de la ciencia existente en aquel momento, puesto que no cabe entender que el principio de responsabilidad objetiva instaurado en el artículo 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común conduce a la consecuencia que parece estimar la recurrente de hacer responsable a la Administración de cualquier circunstancia afectante al paciente con independencia de una correcta actuación y prestación de los servicios sanitarios médicos, pues apreciarlo así convertiría a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007, entre otras).

#### 10. Recolocación de una sonda nasogástrica.

Por último, en el escrito de alegaciones se imputa también una mala *praxis* de un ATS en la recolocación de una sonda nasogástrica, que se le había desprendido en la madrugada del día 24 al 25 de julio, y que pudo causar una hemorragia digestiva alta.

Sin embargo, de la historia clínica no se desprende que dicha recolocación fuera la causa de la hemorragia, que se relaciona con las graves patologías digestivas preexistentes y un rápido deterioro de su salud, a tenor de los informes médicos; así, la Inspección Medica concluye que *“en el posoperatorio se desencadena un cuadro de shock hemorrágico relacionado con sus graves patologías digestivas preexistentes y un rápido deterioro de su estado de salud que le conducen al exitus el día 26 de julio, a pesar de las medidas de reanimación”*.

En igual sentido, el informe pericial de la compañía aseguradora concluye que *“el enfermo presentó posteriormente un cuadro de shock hipovolémico por hemorragia digestiva aguda, que sin duda estuvo en relación con las importantes patologías de base que presentaba en el momento del ingreso”*.

En consecuencia, aun en la hipótesis de que algunas de las imputaciones realizadas por los reclamantes pudieran encerrar un funcionamiento anómalo del servicio público sanitario, lo que no resulta probado en el presente expediente, a tenor de lo razonado con anterioridad, es que tales imputaciones hayan tenido como consecuencia el fallecimiento del paciente, sino las graves patologías de base que presentaba, dictaminándose de forma favorable la propuesta elevada, en tanto no resulta acreditada la relación causal con el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 141-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia del accidente sufrido en en el Centro de Personas Mayores Murcia II.

**Consultante** Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración (2007)

**Fecha** 27/06/2011

**Extracto de doctrina**

En materia de responsabilidad patrimonial ha de partirse de la regla de que corresponde a los reclamantes probar la realidad de los hechos que alegan, la certeza de las lesiones que aducen y la relación de causalidad entre el evento lesivo y el actuar de la Administración (arts. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6 RRP) y a la Administración la de los hechos que la desvirtúen (art. 217.3 de la referida LEC), sin perjuicio del deber de colaboración para el esclarecimiento de los hechos que pesa sobre la Administración.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 10 de febrero de 2010 tiene entrada en el registro del Instituto Murciano de Acción Social (IMAS) escrito de x, en el que expone que *“con fecha 11/12/08 tuve una caída en el Centro de Personas Mayores Murcia II, por la que sufrí sendas lesiones en el codo y en el brazo izquierdo, siendo trasladado de urgencia en ambulancia al Hospital Universitario Morales Meseguer, donde fue intervenido quirúrgicamente. El motivo de la caída se debió al mal estado en que se encontraban las escaleras del Centro de Personas Mayores, si bien el sistema antideslizante de los escalones se encontraba varios milímetros por encima de los mismos, no cumpliendo con los requisitos legales exigidos por la normativa en vigor, en cuanto a las medidas de seguridad en lugares públicos”*.

También autoriza a la letrada x para que retire copia del expediente administrativo incoado con motivo de la caída sufrida, a que hacen referencia los hechos descritos.

**SEGUNDO.-** Entre los antecedentes que figuran en el expediente, cabe reseñar:

1. La hoja de registro de incidencias del Centro del Día de Personas Mayores Murcia II en la que se describe lo sucedido: *“bajando por las escaleras desde la 1ª planta a la parte baja del salón, con el grupo del taller de la experiencia, el socio sostenía en sus manos una cesta mediana, al poner el pie en uno de los escalones del último trozo dió un mal paso en el escalón, perdió el equilibrio y cayó hasta el suelo”*.

2. La comunicación de 12 de diciembre de 2008 del Director del Centro del Día de Personas Mayores a la Dirección General competente, en la que expresa que *“la caída se produjo bajando las escaleras (portaba una gran cesta de frutas con la que iba a obsequiar a una trabajadora social tras su maternidad) y, según refiere, se le enganchó el tacón del zapato en una de las escuadras situada en cada escalón con la finalidad de evitar hacerlos resbaladizos. Dicha escuadra levanta del escalón unos 4 milímetros. Aún desconociendo si dichas escuadras fueron el motivo de la caída o se trató de un tropezón accidental, en los próximos días procederé a sustituir dichas escuadras por otro sistema más seguro”*.

3. Un telefax de 19 de diciembre de 2008, remitido por el Director del Centro del Día de Personas Mayores a la correduría de seguros --, poniendo en su conocimiento el accidente ocurrido el 11 anterior, señalando que antes de terminar el año se procederá a sustituir los protectores de escalones por cintas antideslizantes adhesivas, por si precisan realizar antes una inspección ocular.

**TERCERO.-** Con fecha 8 de octubre de 2010, x formula reclamación de responsabilidad patrimonial frente al IMAS, por los daños sufridos como consecuencia de la caída que aconteció cuando bajaba las escaleras del Centro de Día de Personas Mayores Murcia II en Santa María de Gracia, cuya cuantía no concreta en ese momento.

Imputa la caída sufrida al incorrecto sistema antideslizante de los escalones del Centro, tropezando con la banda metálica instalada en los mismos, que lejos de evitar caídas de los usuarios las provoca, como es su caso, al tropezar con dicha banda porque sobresalía varios centímetros por encima del escalón. También que con posterioridad fueron sustituidos por otros de banda de goma antideslizante.

Señala que fueron testigos de la caída otros socios, así como los agentes de la Policía Local del Ayuntamiento de Murcia, que se personaron en el lugar sólo unos minutos después del accidente, al igual que una ambulancia que le desplazó al Hospital Universitario Morales Meseguer, donde fue intervenido quirúrgicamente.

En relación con las lesiones sufridas, que han sido graves según expone, aporta un informe de 15 de abril de 2010 del Dr. x, del que resume los siguientes aspectos:

- Fue diagnosticado de fractura conminuta supra-inter-condilea de húmero izquierdo en el Hospital Morales Meseguer. Desde entonces ha sufrido tres operaciones, y ha recibido tratamiento

rehabilitador, siendo dado de alta con carácter definitivo el 21 de octubre de 2009, de forma que ha precisado 303 días de asistencia médica, de los que 38 han sido de hospitalización, 208 con impedimento para sus ocupaciones y 57 sin impedimento.

- Las secuelas definitivas son concretadas en las siguientes:
  - Codo izquierdo limitado y doloroso...6 puntos.
  - Extirpación de la cabeza del radio...3 puntos.
  - Axonotmesis parcial severa cubital izquierdo...8 puntos.
  - Material de osteosíntesis...1 punto.
  - Perjuicio estético moderado...6 puntos.

**CUARTO.-** Admitida a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, mediante Orden del Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración de 28 de octubre de 2010, se notifica al reclamante, al mismo tiempo que se le requiere para que concrete la cuantía indemnizatoria reclamada, presentando escrito el 26 de noviembre siguiente en el que se cuantifica el daño en 34.196,98 euros.

Asimismo consta que se ha notificado a la compañía de seguros del ente público, a través de la correduría de seguros.

**QUINTO.-** Recabado el informe del Director del Centro donde se produjo el accidente, fue evacuado el 25 de noviembre de 2010 con el siguiente contenido:

*“El pasado 11 de diciembre de 2008, mientras x bajaba las escaleras del centro desde la primera planta (sin cogerse al pasamanos pues portaba una cesta de frutas en las manos) y a pocos escalones de llegar al piso bajo, sufrió una caída con fractura de codo izquierdo.*

*Ante tal circunstancia, el personal de servicio avisó al 112. Tras la llamada, se personó la policía local (unos agentes de barrio que frecuentan nuestro centro) y a continuación el personal médico con la ambulancia. El x fue trasladado al servicio de urgencias del hospital Morales Meseguer.*

*Analizando el motivo originario de la caída, el x refiere que “el pie se le enganchó en el escalón”. Lo cierto es que los escalones contaban con unas bandas metálicas antideslizantes que en algunos puntos de los escalones levantaban unos milímetros (ver documentos fotográficos).*

*Sin poder determinar si el origen de la caída fue fortuito u ocasionado por una de las bandas metálicas, remitió comunicación del siniestro a la Dirección General de Personas Mayores del IMAS y a la compañía aseguradora, indicando a ésta última que iba a proceder a sustituir los protectores antideslizantes por otro sistema que evitara futuros tropiezos, en los siguientes términos: “En las próximas fechas y antes de terminar el año procederá a sustituir los protectores de los escalones por cintas antideslizantes adhesivas. Si precisan realizar alguna inspección ocular previa les ruego que lo hagan antes de llevar a cabo la modificación”.*

*Dichas bandas fueron sustituidas 2 meses y medio más tarde, tras realizar el reportaje fotográfico.*

*Con fecha 30 de marzo remití nuevo informe al Servicio Jurídico del IMAS adjuntando:*

- Parte de incidencias realizado por el personal de turno que presencia la caída.*
- Comunicación de la incidencia a la Dirección General de Personas Mayores del IMAS.*
- Comunicación de la incidencia a la compañía aseguradora.*
- Carta que el afectado entrega a esta dirección reclamando a la aseguradora los daños y perjuicios sufridos.*

*Acompaño al presente informe documentos fotográficos en color de los escalones y las bandas metálicas”.*

**SEXTO.-** El 2 de diciembre de 2010, el arquitecto de la Oficina Técnica del IMAS emite informe en el que expresa lo siguiente:

*“1) La escalera del Centro del Día estaba formada por peldañado de piedra artificial o terrazo moldeado pulido, en consonancia con el resto del pavimento, con un mamperlán antideslizante de aluminio en el borde de cada peldaño, con sistema de colocación solapado, por lo que quedaba ligeramente sobreelevado del plano de huella del peldaño.*

*2) Este sistema antideslizante era habitual en la época de la construcción de la escalera, encontrándose colocado en numerosos centros para personas mayores, incluso en la actualidad.*

3) *Dado que el técnico que suscribe no comprobó el estado de la escalera tras la caída del usuario, no se tiene constancia de que la pieza de aluminio existente se encontrara en mal estado, levantado o despegado de su ubicación.*

4) *Con posterioridad a la construcción de la escalera de este centro y/o de la banda antideslizante de aluminio, ha venido apareciendo diversa normativa de aplicación sobre las escaleras para uso de personas con discapacidad, en la que se prescribe que la banda antideslizante en borde de escalones se encuentra enrasada con el plano de la huella en los peldaños. Entre la normativa se encuentra la Orden de 15 de octubre de 1991 de la CARM y la Ley 5/1995, de 7 de abril, de condiciones de habitabilidad, así como el Código Técnico de la Edificación.*

5) *En ningún caso, la normativa citada tiene carácter retroactivo ni habilita plazo para adecuación de las escaleras existentes a la nueva legislación, que es de aplicación para obras nuevas o de rehabilitación integral.*

**SÉPTIMO.-** Del centro tramitador de siniestros de la aseguradora -- se remite un escrito, en el que se expresa que no han quedado suficientemente demostradas las circunstancias alegadas, ni se ha probado que el funcionamiento normal o anormal de la Administración Pública haya sido la causa eficiente y adecuada del daño reclamado, ya que según se desprende del informe técnico:

*“Realizada visita al Centro de Día de Personas Mayores Murcia II, se puede observar la existencia de una escalera de acceso a la 1ª planta del edificio y que ésta posee la huella y la contrahuella de terrazo pulido (...).*

*El Director del Centro nos comunica que en la fecha de producirse el accidente existía una franja de señalización antideslizante (fotografía nº. 1) con la misma funcionalidad pero con características diferentes a la actual, y que se comunicó a la compañía de seguros el cambio que se iba a realizar.*

*Entendemos que dichas bandas, que sobresalen sólo unos milímetros, son para que los usuarios no resbalen cuando el suelo o su calzado esté mojado. Indicar también que son perfectamente visibles.*

*Vista la documentación aportada, entendemos que la responsabilidad no corresponde a nuestro asegurado dado que los daños que se reclaman no tienen su origen en una mala actuación de la Administración, siendo los mismos de carácter fortuito.*

*Entendemos que a toda persona que realiza actividades en espacios municipales, también se le ha de exigir un mínimo de diligencia a la hora de realizar cualquier actividad, porque de lo contrario estaríamos convirtiendo a la Administración Pública en aseguradora universal de cualquier evento que sucediese en la misma”.*

**OCTAVO.-** La propuesta de resolución, de 20 de febrero de 2011, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, concretamente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño sufrido por la parte reclamante.

**NOVENO.-** Con fecha 10 de marzo de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

#### **SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.**

1. En lo que respecta al plazo, el artículo 4.2 RRP dispone que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En el caso de daños a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. El accidente sobre el que versa el presente procedimiento ocurrió el 11 de diciembre de 2008, pero el alta médica se recibe por el interesado el 9 de octubre de 2009, según el informe pericial de parte, formalizando la reclamación ante la Administración regional el 8 de octubre de 2010, en el límite pero dentro del plazo del año reglamentariamente previsto para ello.

2. El reclamante, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa, consistente en un inadecuado mantenimiento de las instalaciones en que se presta el servicio público, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del IMAS, en el que se integra el Centro de Personas Mayores Murcia II donde se produjo la caída.

3. El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP.

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

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

a) que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica.

b) que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla.

c) que la lesión sea imputable a la administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

d) que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor.

En el presente supuesto no se imputa el daño a la actuación de los servicios sociales, sino a sus elementos materiales (Centro de Mayores), en donde se presta dicho servicio, por lo que conviene recordar que cuando el elemento real presuntamente causante del daño está dedicado o afecto a un servicio público, no cabe considerar dicho elemento ajeno al servicio. Pues como

recuerda la Sentencia anteriormente citada *"...lo que distingue la actividad administrativa en el sentido de los servicios públicos a los que se refiere la ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no es que sus elementos instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la Administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (satisfacción de los intereses generales), el carácter con que lo hace (de modo continuo o regular), los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico) y las prerrogativas inherentes a la específica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del derecho público. Los elementos personales o reales que se integran en la actividad administrativa no deben ser diferentes de los necesarios para el desarrollo de cualquier actividad humana útil o productiva, pues su característica radica en la afección teleológica o instrumental al servicio..."*. Desde este punto de vista no ofrece duda que la zona donde se produjo la caída se integra instrumentalmente en el servicio público.

Ahora bien, el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa no supone que se responda de forma automática, tras constatar la realidad de la lesión. La Sentencia del TS de 13 de Septiembre de 2002 unifica criterios en torno al alcance de la responsabilidad objetiva de la Administración respecto al funcionamiento de sus servicios públicos, recordando: *"reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo que tiene declarado, en Sentencia de 5 junio de 1998 (recurso 1662/94), que 'la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico'. Y en la sentencia de 13 de noviembre de 1997 (recurso 4451/1993) también afirmamos que aún cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Sala como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla"*.

En materia de responsabilidad patrimonial ha de partirse de la regla de que corresponde a los reclamantes probar la realidad de los hechos que alegan, la certeza de las lesiones que aducen y la relación de causalidad entre el evento lesivo y el actuar de la Administración (arts. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6 RRP) y a la Administración la de los hechos que la desvirtúen (art.

217.3 de la referida LEC), sin perjuicio del deber de colaboración para el esclarecimiento de los hechos que pesa sobre la Administración.

En el supuesto que nos ocupa, este Órgano Consultivo considera que el reclamante no ha acreditado que la caída se produjera por el estado de las escaleras del Centro de Personas Mayores Murcia II y, por tanto, la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

Seguidamente se analizan cada una de estas afirmaciones y las pruebas que, al respecto, se han desplegado:

1ª) Se ha acreditado en el presente procedimiento que el reclamante sufrió una caída el 11 de diciembre de 2008 en el Centro indicado, mientras bajaba las escaleras desde el primer piso a la planta baja. Como consecuencia de dicha caída, sufrió una fractura a nivel del codo izquierdo, siendo sometido a tres intervenciones.

2ª) Sin embargo, no se ha acreditado que la caída se debiera a un riesgo generado por la Administración, en atención a las siguientes circunstancias.

- Según la descripción que se contiene en la hoja de registro de incidencias, que se cumplimentó el mismo día de los hechos, la caída se produjo cuando el usuario bajaba las escaleras, sin agarrarse al pasamanos, porque portaba una cesta de frutas para obsequiar a una trabajadora social, dando un mal paso en uno de los últimos escalones, perdiendo el equilibrio. Por lo tanto, de los hechos descritos se infiere que su actuación tuvo una intervención determinante en la caída.

- *A sensu contrario*, el reclamante no ha acreditado que la caída tuviera su origen en el sistema antideslizante de los escalones del Centro, a diferencia de la Administración que sí ha probado, a través del informe del arquitecto de la Oficina Técnica del IMAS, que en la fecha de producción del accidente existía una franja de señalización antideslizante, conforme al sistema habitual adoptado en la época de construcción de las escaleras, encontrándose el mismo en numerosos Centros para Personas Mayores, incluso en la actualidad. Con posterioridad, se modificó la normativa aplicable, que prescribe que la banda antideslizante en borde de escalones se encuentre enrasada con el plano de la huella de los peldaños, sin que se estableciera su aplicación con efecto retroactivo. No obstante, debido al trasiego de personas, y tras el incidente producido, la Administración acordó la colocación de franjas antideslizantes señalizadoras de cambio de nivel en el borde de cada uno de los peldaños. El hecho de que se modificara el sistema

antideslizante derivado de la construcción, no implica que la Administración reconozca que la caída concreta del reclamante tuviera su origen en el implantado, sino que lo hizo para incrementar la protección de los usuarios de estos Centros.

- Teniendo en cuenta que la ocupación estimada de la primera planta es de 100 personas, si el sistema antideslizante instalado no hubiera sido el apropiado se habrían producido otros accidentes anteriores, a los que el reclamante no hace referencia, ni tampoco la Dirección del Centro de Día de Personas Mayores.

Por ello, este Órgano Consultivo considera que no se acreditan defectos en la escalera con infracción de los estándares de normalidad, que provocasen la caída del reclamante, por lo que no resulta probada la existencia de nexo causal. En igual sentido, la Sentencia de 13 de noviembre de 2009, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

Es más, en el presente caso, como se ha indicado, la conducta del propio perjudicado pudo ser determinante del daño producido, al descender las escaleras sin agarrarse del pasamanos, sosteniendo una cesta entre sus manos (STS, Sala 3ª, de 24 de junio de 2009).

En suma, en ausencia de otra prueba por parte del reclamante, este Órgano Consultivo no puede dar por probado el nexo causal, a la vista de que los informes coinciden en que este elemento constructivo cumplía la normativa aplicable a la construcción; tampoco se ha acreditado la antijuricidad del daño, para poder dictaminar la estimación de la reclamación.

Por último, este Consejo ha dictaminado en igual sentido al presente en los Dictámenes 10/2003 y 149/2010.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Procede dictaminar favorablemente la propuesta de resolución, al no haberse acreditado los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 142-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	27/06/2011

**Extracto de doctrina**

Durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias, corresponde a los docentes el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia. La indeterminación de este concepto, en tanto que alude a un estándar de comportamiento, exige acudir a las circunstancias concurrentes en cada caso para intentar concretar si dicha diligencia existió o no.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 31 de marzo de 2010, tiene entrada en el Registro de la Consejería consultante un escrito del Director del Instituto de Educación Secundaria (IES) “José Planes”, de Espinardo (Murcia), por el que remite la siguiente documentación:

1. Solicitud de reclamación de daños y perjuicios formulada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad x, alumno de 2º de ESO. Relata la reclamante que a su hijo le rompieron las gafas, que dejó encima de su pupitre, en la hora del recreo. Afirma, además, que ello le ha ocasionado visión borrosa y dolor de cabeza durante las dos semanas que ha permanecido sin los anteojos, en perjuicio de sus estudios.

Solicita ser indemnizada en la cantidad de 104 euros.

Se adjunta a la reclamación copia de los siguientes documentos: a) factura de establecimiento de óptica por idéntica cantidad que la pretendida, en concepto de montura de gafas; b) Libro de Familia; y c) DNI del menor.

2. Informe de accidente escolar emitido por el Director del IES, según el cual los hechos ocurren el 12 de marzo de 2010 en el interior del aula. Relata que “*el alumno sube del recreo y se encuentra las gafas rotas. El aula ha estado cerrada en dicho período y se abrió cuando entraron los alumnos*”.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, se designa instructora que procede a comunicar a la reclamante la información prescrita por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y a recabar el preceptivo informe de la Dirección del centro educativo.

**TERCERO.-** El 19 de mayo de 2010 se emite el indicado informe. En él se detalla el horario de clases del día de los hechos, con indicación de las personas que procedieron a cerrar el aula, al salir los alumnos antes del recreo, y a abrirla tras el mismo.

Se manifiesta, asimismo que el alumno dejó las gafas encima de su pupitre y marchó a la biblioteca donde recibía clases de refuerzo, llegando allí sin las gafas y sin que subiera a por ellas tras la clase para salir al recreo. En el aula donde el alumno había dejado las gafas, mientras tanto, se impartía clase de francés. Indica el informe que una compañera *“se sienta en el pupitre de éste (x), para estar más cerca de la profesora de Francés y manifiesta que cuando lo hace, al apartar las gafas para no romperlas, se da cuenta que una patilla de las mismas ya está rota”*.

Se adjunta al informe una copia del reglamento de régimen interior del centro.

**CUARTO.-** Por la instructora se procede a recabar informe de la profesora de francés que cerró el aula antes del recreo, señalando ésta que no percibió ningún comportamiento anormal entre los alumnos y que no supo en ningún momento que las gafas estaban rotas, sin que la alumna que se había percatado de ello se lo comunicara.

**QUINTO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante, no hace uso del mismo, al no presentar alegaciones ni justificaciones adicionales.

**SEXTO.-** Con fecha 6 de abril de 2011, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos y el daño alegado.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 14 de abril de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

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

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

La reclamación fue presentada dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC, establece para la prescripción del derecho a reclamar.

En lo que se refiere a la legitimación activa, la reclamación fue formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal del menor de edad, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Consejería de Educación, Formación y Empleo es competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación, en el que se integra el centro docente donde ocurrió el accidente.

Por último, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial y sin perjuicio del excesivo tiempo invertido en su instrucción, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse la conformidad de este Órgano Consultivo con la propuesta de resolución que las concluye. Tal como razona, no se advierte que concurran en los hechos examinados todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada a causa de los mismos.

En efecto, según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente (por todos, Dictamen 170/2009), ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal (Dictámenes 433/1996 y 811/1996). Y es que, mantener sin más que cualquier objeto deteriorado, perdido o sustraído en los locales públicos en general y en los centros escolares en particular, pueda desplegar los efectos indemnizatorios de la responsabilidad patrimonial, constituiría una interpretación desmesurada de este instituto jurídico.

La reclamante, por su parte, no efectúa alegación alguna que permita identificar cuál es el factor que, dentro del funcionamiento del servicio público educativo, permite establecer una conexión causal entre la actividad administrativa y el daño, pues se limita a describir las circunstancias en que éste se produce (en el aula y durante el recreo). No obstante, atendido el relato de los hechos, el único factor que tácitamente parece imputar a la Administración es una eventual ausencia del deber de cuidado que incumbía al personal docente del Centro.

Al respecto, el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que al profesorado le corresponde, durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias, el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia. La indeterminación de este concepto, en tanto que alude a un estándar de comportamiento, exige acudir a las circunstancias concurrentes en cada caso para intentar concretar si dicha diligencia existió o no. En el supuesto estudiado cabe concluir que no existió negligencia alguna por parte del personal del Centro, dado que la instrucción no ha logrado descubrir o desvelar la existencia de factores específicos de riesgo, por lo que no resultaban exigibles mayores medidas de cuidado. Y es que no existe en el expediente elemento alguno que permita establecer el pretendido nexo causal con el funcionamiento del servicio público. En primer lugar, nada indica que el grado de diligencia que correspondía al personal docente del centro exigiera mayores medidas de precaución, teniendo en cuenta que el incidente se produjo, según relata la reclamante, durante el recreo y en el aula. Un aula que había permanecido cerrada durante tal período.

De hecho, según expresa el Director del Centro en su informe, una alumna advirtió que la patilla de las gafas ya estaba rota antes del recreo, como observó al sentarse en el pupitre del hijo de la reclamante en una clase anterior al indicado período de descanso. En consecuencia, el expediente, además de no arrojar luz alguna acerca del mecanismo de producción del daño, que permitiera efectuar una imputación del mismo a la actuación administrativa, permite incluso desvirtuar la versión de los hechos ofrecida por la reclamante, pues las gafas ya estarían rotas antes del recreo.

La no acreditación de circunstancias que permitan imputar el daño a la actuación administrativa redonda en perjuicio de la reclamante, a quien el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, atribuye la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a su pretensión, no siendo suficiente, para considerar probado el relato fáctico del alumno, la mera afirmación de parte que supone el escrito de reclamación.

Es cierto que la regla sobre el *onus probandi* ha sido modulada primero por la jurisprudencia y luego por la misma LEC (art. 217.6), en atención al criterio de la “disponibilidad o facilidad probatoria”, en cuya virtud la carga de la prueba puede desplazarse hacia aquella parte a la que resulte menos difícil o gravoso probar la realidad de los hechos discutidos. Y a ello se ha dirigido la actuación instructora que, además de solicitar el preceptivo informe del Director del centro, a través del correspondiente interrogatorio, ha intentado desvelar tanto la secuencia de hechos, como las circunstancias que concurrieron a producir el daño, recabando la declaración de la profesora que

cerró el aula donde a la postre aparecieron rotas las gafas. El resultado de tal indagación no aporta elementos de juicio adicionales que permitan imputar a la Administración educativa la causa del daño.

Así pues, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño existe y se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo, impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciar nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos y la rotura de las gafas del alumno, ni el carácter antijurídico de dicho daño, requisitos ambos exigidos por el ordenamiento para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 143-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 27/06/2011

**Extracto de doctrina**

La presencia incontrolada de animales en las carreteras no genera la obligación de indemnizar, habida cuenta que no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 30 de noviembre de 2005 x, letrado de la entidad --, interpuso ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transporte una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, solicitando una indemnización por importe de 230 euros para resarcir los daños sufridos por el vehículo propiedad de su asegurado, x, marca Alfa Romeo, matrícula --, cuando, según expresa en su escrito, dicho vehículo circulaba el 24 de junio de 2005 por la autovía del noroeste C-415 a 50 metros de la salida de Campos del Río e impactó con un perro, por lo que se ocasionaron los desperfectos aludidos, justificados mediante presupuesto de un taller, que acompaña; aporta la fotocopia de la declaración de accidente realizada a la aseguradora el 5 de julio de 2005. Mediante comparecencia de 3 de julio de 2006, a requerimiento del órgano instructor, justifica el letrado la representación con la que comparece. Requerido nuevamente para presentar, junto a otros documentos, el permiso de circulación del vehículo (9 de octubre de 2006), no consta que aportara lo solicitado.

**SEGUNDO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, lo emitió la concesionaria de la explotación y conservación de la autovía con el visto bueno del Director de Explotación de la Concesión (29 de febrero de 2008), según el cual se tiene constancia de la existencia de un zorro muerto en el punto kilométrico 10,600 de la citada carretera, lugar indicado en la reclamación, retirado por el servicio de vigilancia de la autovía el día 25 de junio de 2005, sin que se encontrara el vehículo afectado por la colisión. Considera que no debe imputarse responsabilidad ni a la Administración ni a la empresa concesionaria, ya que en autovías o carreteras convencionales se hace prácticamente imposible controlar la existencia de animales en

la calzada, ya que éstos pueden irrumpir en la misma traspasando el vallado o a través de los nudos de entrada y salida de vehículos, existiendo uno a 50 metros del lugar del accidente.

**TERCERO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante, reitera, mediante escrito presentado el 27 de diciembre de 2010, las alegaciones y peticiones ya formuladas en su escrito inicial. La propuesta de resolución (2 de febrero de 2011), concluye en la procedencia de desestimar la reclamación ya que, según se dice, no hay nexo causal entre la actuación u omisión administrativa y las consecuencias dañosas.

**CUARTO.-** Tras ello, confeccionados el extracto de secretaría y la copia del expediente, fue éste remitido al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada el día 10 de febrero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

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

1) La reclamante acredita la titularidad del vehículo siniestrado, gozando por tanto de la condición de interesada a efectos de ejercer la presente acción que, a tenor de la fecha del accidente (3 de octubre de 2007), ha sido ejercitada dentro del plazo de un año (artículo 4.2 del RD 429/1993, de 29 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración (RRP)).

2) Si bien se ha procurado respetar las previsiones del RRP y se ha conseguido tal objetivo en términos generales, es necesario destacar que, cuando se requiere a la interesada para la subsanación y mejora de la solicitud con la advertencia de archivo de la instancia, no se distingue qué omisiones son las que producen ese efecto y cuáles no, siendo ello exigible a la Administración para que el ciudadano conozca las consecuencias de sus actos. También llama la atención la desproporcionada duración del procedimiento en relación con la instrucción realizada y los aspectos sustantivos del mismo.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto en relación con el servicio público viario.**

El reclamante ni ha justificado ser titular del vehículo ni ha probado haber satisfecho importe alguno relativo a la reparación, ya que presenta el mero presupuesto de un taller.

Además de ello, sobre los daños causados por la presencia incontrolada de animales en carreteras y autovías, el Consejo Jurídico ha manifestado en numerosas ocasiones (Dictámenes 40 y 121 de 2005; 8/2006; 68, 77,93 y 125 del 2007, etc.) que no pueden imputarse a la Administración regional, y que comparte el criterio del Consejo de Estado, expresado, entre otros, en el dictamen de 30 de octubre de 2003 (expediente 3.184/2003) cuya doctrina es aplicable al asunto aquí consultado:

*"En el caso examinado, no cabe duda de que la lesión se ha producido a consecuencia de la utilización por el reclamante de un servicio público. La Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada. Excede, sin embargo, ese límite un caso como el sometido a consulta. Y es que el Consejo de Estado ha señalado ya en numerosas ocasiones que la presencia incontrolada de animales en las carreteras no genera la obligación de indemnizar, habida cuenta que no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, si se tiene presente que su acceso a las vías públicas puede resultar inevitable. Tal doctrina, generalmente aplicada con relación a colisiones con animales ocurridas en autopistas, resulta con mayor motivo de aplicación al caso de que ahora se trata, en que no tratándose de autopista, sino de autovía, no es obligada la privación, sino la mera limitación, de accesos a las propiedades colindantes".*

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

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Procede desestimar la reclamación objeto de consulta, al no ser el daño imputable a la Administración regional.



**DICTAMEN 144-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x y otro, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 04/07/2011

**Extracto de doctrina**

De acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la “lex artis” como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 7 de octubre de 2008, x, en representación de x, y, presentó un escrito, dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS), de reclamación de responsabilidad patrimonial. En síntesis, expresa que x, madre de sus representados, tras sufrir una caída accidental, ingresó la noche del 3 de junio de 2008 en el Servicio de Urgencias del hospital “*Morales Meseguer*”, de Murcia, donde se le diagnosticó fractura de cadera derecha y golpe en costado derecho y cabeza, se le administró analgesia intravenosa y se la trasladó a planta, donde permaneció ingresada. Si bien en un principio se programó la intervención quirúrgica de cadera para el 6 de junio siguiente, hubo de posponerse hasta el 10 de dicho mes porque no había hueco en el plan de quirófano y ser el 9 festivo, según alega que les indicaron los sanitarios del hospital. Consideran que éste fue el motivo del retraso en la intervención, aunque el mismo día 6 el anestesista manifestara que previamente a la intervención debía realizarse a la paciente un ecocardiograma, dados sus antecedentes cardíacos. El día 8 de junio hubo de ingresar en la UCI por dolor en el pecho y, tras comprobar que no existía dolencia cardíaca, se la trasladó de nuevo a planta el siguiente día 9. La noche del 9 al 10 de junio se le administró morfina, ya que sufría fuertes dolores. El día 10 el traumatólogo programó la intervención quirúrgica para el día siguiente, 11 de junio, pero cuando este día las enfermeras fueron a prepararla para la intervención, observaron que la paciente estaba dormida y que no orinaba, por lo que llamaron al Médico Internista, que valoró que la enferma había sufrido una sobredosis de morfina, pero que al ponerle un antídoto mejoraría. Sin embargo no ocurrió así, y su función renal comenzó a empeorar. El día 13 de junio, el Médico Intensivista

informó a los familiares que la enferma tenía una infección irreversible, falleciendo en la madrugada del 14 de junio.

Señalan asimismo los reclamantes que el informe de autopsia que se le realizó refería *"edemas distributivos en extremidades secundarios a hiperhidratación terapéutica, corazón aumentado de tamaño de aspecto patológico reblandecido, hipertrofia cardiaca izquierda, estenosis aórtica, infiltrado graso, edema de pulmón, aumento de líquido seroso en la cavidad intraabdominal y el tórax"*, indicando como causa del fallecimiento un *"fallo multiorgánico secundario a insuficiencia cardiaca aguda por descompensación de patología previa"*. Finalmente, se describían lesiones traumáticas compatibles, al estar localizadas en el mismo plano con las causadas por una caída.

A juicio de los reclamantes en este primer escrito, el fallecimiento de su madre se debió a una defectuosa asistencia sanitaria, que concretaban en lo siguiente:

Que el día 8 de junio se descartara en las pruebas practicadas que padecía una patología cardiaca, cuando se comprobó en la autopsia que existía y que era compatible con la caída.

Que se retrasara de forma sucesiva la intervención quirúrgica de cadera, cuando los protocolos médicos aplicables aconsejaban intervenir cuanto antes.

Que no se administrase la morfina en las dosis adecuadas, produciéndose una sobredosis. Además, no se informó al paciente o a los familiares de los efectos secundarios del tratamiento o, al menos, no firmaron documento de consentimiento informado. Desconocían que la morfina poseía graves efectos secundarios, que podrían haber causado la muerte a la paciente, pues algunos de sus fallos orgánicos eran contraindicaciones típicas de este opiáceo.

Que en los últimos días de vida la paciente contrajera una gran infección, de carácter nosocomial, que coincidió y trajo su causa de su estancia hospitalaria.

Por todo ello, solicitan una indemnización de 60.000 euros para cada hijo, es decir, un total de 120.000 euros, más su actualización legal.

Con el escrito de reclamación se adjuntó el informe de alta por éxitus de la paciente, emitido por la UCI del citado hospital, de fecha 14 de junio de 2008, e informe forense de autopsia, de ese mismo día, emitido para el Juzgado de Instrucción nº 2 de Murcia (no constan más antecedentes de índole penal).

**SEGUNDO.-** El 22 de octubre de 2008 el Director Gerente del SMS dictó resolución de admisión a trámite, que fue notificada a las partes interesadas.

Asimismo se solicitó al referido hospital copia de la historia clínica de la paciente e informes de los facultativos que la atendieron. También se solicitó la historia clínica a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia, por haber sido atendida la paciente inicialmente en el SUAP de Molina de Segura.

**TERCERO.-** Mediante oficio de 5 de noviembre de 2008 la Gerencia de Atención Primaria de Murcia remitió copia de la historia clínica de la reclamante.

**CUARTO.-** Mediante oficio de 12 de enero de 2009, el Director Gerente del citado hospital remitió copia de la historia clínica de la paciente, así como informe de 18 de diciembre de 2008, del Servicio de UCI, que expresaba lo siguiente:

*“Procedemos a informar de las dos ocasiones que x estuvo ingresada en nuestra Unidad de Cuidados Intensivos durante su ingreso hospitalario.*

*Su primer ingreso, del día 8 al 9 de junio, fue motivado por dolor torácico para descartar patología coronaria aguda, no patología cardíaca "en general" como refiere la parte demandante, que fue despistada por curva enzimática miocárdica negativa y ausencia de cambios dinámicos en el electrocardiograma, atribuyendo los dolores en la zona torácica al traumatismo sufrido. La paciente tenía bien documentada y diagnosticada una estenosis aórtica degenerativa que, de ser ligera en el año 2000, pasó en la revisión de diciembre del 2002 a ser etiquetada por el cardiólogo de moderada/severa (ver folios 5 y 12). Por informe de la Ecocardiografía realizada en nuestro hospital el día 10 de junio ya se constata claramente una estenosis aórtica severa con un ventrículo izquierdo hipertrófico secundario a la patología valvular aórtica con buena función ventricular que puede explicar los dolores torácicos previos de la paciente, que también apoya el informe necrópsico, ya que no refiere que en las arterias coronarias exista patología significativa. Por todo ello reitero que lo que se descartó en su primer ingreso fue la patología coronaria aguda, como hemos documentado, que la estenosis aórtica severa genera en pacientes de esta edad mayor riesgo del habitual para cualquier patología intercurrente y que el tratamiento médico prescrito era el correcto para esta patología. Desconocemos por qué la paciente dejó de venir a las revisiones por parte del Servicio de Cardiología desde diciembre del 2002, es posible a su vez que su familia no fuera consciente de esta patología valvular severa y de sus riesgos.*

*Su segundo ingreso (el 11 de junio siguiente) fue por una situación de disfunción multiorgánica: coma, insuficiencia renal y hemodinámica. Es cierto que previamente en planta refieren que la paciente precisó de analgesia intravenosa importante y con dosis de rescate, pero pensamos que el deterioro neurológico, aunque algo influido por las dosis de cloruro mórfico (pero esto es uno de sus efectos farmacológicos deseables, una mínima sedación) fundamentalmente era secundario a la hipotensión y al cuadro séptico que presentó la paciente. A su reingreso en UCI la paciente presentaba un cuadro clínico compatible con Shock mixto de origen séptico y participación cardíaca debido a su estenosis severa valvular aórtica. El origen séptico fue apoyado por los hemocultivos (3 de 3, folio 243), que fueron positivos para Staphylococcus aureus (que es flora habitual de la piel). A pesar que el tratamiento antibiótico empírico iniciado, con levofloxacin y amikacina, era eficaz, la paciente desarrolló un cuadro de shock refractario a tratamiento a dosis máximas de noradrenalina, dobutamina, ventilación mecánica y hemodiafiltración venovenosa continua, por lo que falleció en situación de fracaso multiorgánico. Es indudable, como ya hemos destacado previamente, que su estenosis aórtica severa era un factor de riesgo de peor pronóstico, pero la causa más probable del deterioro del músculo cardíaco fue secundario a los mediadores generados por el cuadro séptico no, como sugiere el Médico forense, que fue una causa primaria cardíaca, probablemente porque él desconocía la existencia de los hemocultivos positivos el día de su informe.*

*Por todo lo anterior nos reiteramos en nuestros juicios clínicos;*

- 1. Shock séptico por stafilococcus aureus en paciente con fractura de cadera derecha pendiente de cirugía.*
- 2. Fracaso hemodinámico de origen séptico en paciente portadora de estenosis aórtica severa.*
- 3. Fracaso renal anúrico.*
- 4. Exitus”.*

Posteriormente, y a requerimiento de la instrucción, también emitió informe el Servicio de Traumatología, el 6 de marzo de 2009, en el que expresó lo siguiente:

*“- El paciente ingresó por urgencias el día 3 de junio de 2008 a las 23:45 horas según consta en el ordenador.*

*-Se programó para intervención el día 6 de junio de 2008, siendo suspendida por contraindicación de anestesia.*

*-Se vuelve a programar para el día 11 de junio de 2008, volviendo a suspender por contraindicación de anestesia.*

*- La paciente falleció el día 14 de junio en UCI, tras estar ingresada en dicho Servicio desde el día 8 de junio de 2008”.*

**QUINTO.-** Obra en el expediente un dictamen médico, de 4 de junio de 2009, presentado por la aseguradora del SMS, elaborado por un especialista en medicina intensiva, en el que, tras analizar los antecedentes del caso y efectuar las oportunas consideraciones técnicas, concluye lo siguiente:

*“1. La asistencia sanitaria de x fue en todo momento correcta y de acuerdo a la lex artis.*

*2. Se diagnosticó el alcance de la cardiopatía antes de proceder a una cirugía, que es lo preceptivo. En la demanda se critica por una parte el retraso y por otra se dice que había que diagnosticar la cardiopatía. Es muy poco serio.*

*3. La morfina a juicio de este perito juega muy poco papel en los hechos.*

*4. Habría que profundizar algo más en documentación; que es mala y escasa; para perfilar mejor el papel de los factores metabólicos.”*

**SEXTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 23 de julio de 2010, en el que, tras analizar los antecedentes del caso y efectuar las oportunas consideraciones técnicas, formuló, entre otras, las siguientes conclusiones:

*“1.- La artroplastia total de cadera es una intervención quirúrgica mayor y electiva asociada con un número significativo de complicaciones y una tasa de mortalidad del 2 - 5,7% dependiendo del tipo de fracturas, la edad, enfermedades de base, infecciones o la aparición de tromboembolismo.*

*2.- Cuando la cirugía se retarda, la mortalidad aumenta de forma significativa. En las fracturas de cadera la mortalidad se encuentra entre el 5% y el 10% después de transcurrido un mes de la fractura y alcanza el 30% transcurrido 1 año.*

*3.- La paciente sufre cardiopatía grave que no había revisado desde el año 2002 al no acudir a las citas de Cardiología (Folio 168).*

4.- *La intervención de la paciente se retrasa en primer lugar para solicitar un Ecocardiograma (Anestesiista) que estudie su cardiopatía de base y valorar así indicación o no de cirugía. En segundo lugar, para retirada de tratamiento crónico con aspirina (se suele suspender 7-10 días antes de la intervención). En tercer lugar por el dolor precordial que aparece al 4º día del ingreso, que requiere ingreso en UCI, y por último por bacteriemia, que produce shock mixto séptico y cardiogénico con fallo multiorgánico irreversible.*

5.- *Según datos publicados, solamente 1/3 de las muertes son directamente atribuibles a la fractura de cadera, aunque los familiares piensan a menudo que la fractura ha jugado un papel crucial en la muerte del paciente.*

6.- *La cantidad de morfina administrada probablemente no tenga especial relevancia en los hechos, dado que no se prescribieron dosis tóxicas y su administración coincide con el inicio del shock séptico.*

7.- *El personal facultativo actuó en todo momento de acuerdo a los protocolos universalmente reconocidos y con la prudencia debida y acorde a las complicaciones que presentó la paciente derivadas de su cardiopatía de base y de una bacteriemia por Staphylococcus aureus sensible a la oxacilina que se sospecha al 8º día del ingreso y se confirma con hemocultivos positivos días después de la muerte.*

8.- *Dos tercios de las bacteriemias extrahospitalarias están producidas por Staphylococcus aureus sensible a la oxacilina (~7% a 20%).*

9.- *El tipo de microorganismo aislado (estafilococo sensible a oxacilina), la aparición temprana de la infección y los informes de Medicina Preventiva hacen pensar en una posible infección primaria endógena de la paciente más que una infección procedente del medio hospitalario por incumplimiento de medidas de asepsia, antisepsia, prevención y vigilancia hospitalaria.*

10.- *La existencia de factores intrínsecos al paciente y la medicina intervencionista hace que parte de las infecciones por definición nosocomiales sean difícilmente evitables”.*

**SÉPTIMO.-** Mediante oficio de 29 de septiembre de 2010 se otorga a los interesados un trámite de audiencia y vista del expediente, presentando alegaciones los reclamantes el 15 de octubre siguiente.

En el mismo, y en síntesis, insisten en que existió un retraso injustificado en la intervención de cadera, lo que dio lugar a que, en tanto no se la intervino, sufriera una sobredosis de morfina, una grave infección y un deterioro de su salud, por lo que acabó falleciendo. En lo que se refiere específicamente al retraso de dicha intervención, precisan que aunque el 4 de junio de 2008 ésta se programó para el 6 de ese mes, el 5 ya constaba que no estaba en el plan de quirófano para tal día, sino para el siguiente 10, debido a que el 9 era festivo, por lo cual no puede decirse que se retrasara debido a que el mismo día 6 el anestesista decidiera suspender la intervención para realizarle pruebas cardíacas. Añaden que el día 10 la paciente ya estaba desorientada y somnolienta debido a una intoxicación por morfina, pero que ese día se realizó el ecocardiograma y no consta que la intervención se suspendiera entonces a la vista del mismo, con lo que la afección cardíaca no era impedimento de la intervención.

**OCTAVO.-** El 18 de octubre se formula propuesta desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que no existe relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y el daño por el que se reclama, al no haberse acreditado mala praxis en la atención sanitaria dispensada a la paciente, conforme con lo expresado en los informes médicos emitidos en el procedimiento.

**NOVENO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas (RRP).

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a los reclamantes, por ser quienes sufren los daños morales derivados del fallecimiento de su madre, por los que se reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.**  
**Consideraciones generales.**

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.
  
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación de éste ha de regirse por la denominada *“lex artis ad hoc”*, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *“lex artis”* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *“lex artis”*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en*

*que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.*

En este sentido, sólo si se produce una infracción de la “*lex artis*” responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la “*lex artis*”, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños a considerar. Inexistencia.**

De las alegaciones presentadas se desprende que los reclamantes imputan el fallecimiento de su madre a lo que consideran que fue una defectuosa atención sanitaria dispensada a la misma durante en su estancia en el hospital “*Morales Meseguer*” entre los días 3 a 14 de junio de 2008, y que concretan en el indebido retraso en la intervención quirúrgica para reducción de la fractura de cadera por la que fue ingresada, retraso que prolongó más de lo debido su estancia en dicho hospital, dando lugar a una sobredosis de morfina (que se le administró para mitigar los dolores que padecía) y a una infección allí adquirida, lo que, junto a sus dolencias cardíacas, dio lugar a una insuficiencia renal y un posterior fallo multiorgánico que desembocó en el fallecimiento, sin poder llegar a practicarse la referida intervención. El retraso de ésta lo consideran indebido porque, estimando que las fracturas de cadera deben ser intervenidas lo antes posible, según se indica en la literatura médica que citan, en este caso dicha intervención, programada para el 6 de junio de 2008, se pospuso para el siguiente 10 sin que hubiera una causa médica que lo justificara.

Sin embargo, los reclamantes no aportan informe médico alguno en el que basar sus afirmaciones, mientras que los informes médicos emitidos rebaten éstas y concluyen que la atención sanitaria fue ajustada a la “*lex artis ad hoc*”. En este sentido, el informe de la Inspección Médica señala lo siguiente:

*“La presencia de comorbilidades de los pacientes es un factor de confusión, ya que obliga en ocasiones a retrasar la cirugía para una estabilización previa del paciente; estos pacientes son los que mayor probabilidad tienen de fallecer (2).*

*En este caso, las complicaciones se sucedieron teniendo como origen una cardiopatía de base severa en tratamiento con aspirina, que requería estudio previo para poder someterse a una cirugía mayor electiva. Al 4º día de ingreso presenta dolor precordial que requirió ingreso en UCI para descartar cardiopatía aguda. Esto retrasa la intervención buscando equilibrar la relación riesgo-beneficio. Cuando se programa de nuevo la cirugía, la paciente entra en shock séptico con fracaso renal asociado, debido probablemente a encamamiento, hematoma en zona de fractura y comorbilidades de la enferma (cardiopatía severa hipertrófica e isquémica y afectación de dos válvulas, HTA, insuficiencia renal, úlcera gástrica sangrante), que se trata sin éxito.*

*El tipo de microorganismo aislado sensible a oxacilina y la aparición temprana de la infección, más los informes de Medicina Preventiva del hospital, apuntan a una probable infección*

*primaria endógena de la paciente más que a una infección procedente del medio hospitalario por incumplimiento de medidas de asepsia o antisepsia, prevención y vigilancia hospitalaria.”*

Por otra parte, debe destacarse que las alegaciones de los reclamantes sobre el indebido retraso de la intervención (por su no realización el 6 de junio, como se programó inicialmente) no pueden ser aceptadas al margen de que fuera o no atendible el motivo por el que el 5 anterior ya no figurase la paciente en el plan quirúrgico del 6 (no consta con certeza el motivo), pues lo cierto es que el mismo día 6 el anestesista decide que la intervención no ha de practicarse hasta realizar a la paciente pruebas cardíacas (ecocardiograma), dada su importante patología de base, lo que es plenamente correcto, pues la de cadera no es una cirugía de urgencia (lo que se omite en la reclamación). El día 8 la paciente padece dolor precordial, por lo que es ingresada en la UCI, donde se descarta patología coronaria aguda (es decir, al margen de su severa patología crónica), pero dicho dolor e ingreso en UCI también justifica que no se hubiera realizado la intervención de cadera tan rápidamente como propugnan los reclamantes pues, como dice el informe de la aseguradora del SMS, de haberse practicado aquélla sin realizar las referidas pruebas, y si se hubieran materializado entonces los riesgos derivados de la patología cardíaca de la paciente, el resultado dañoso habría sido entonces imputado a una indebida y precipitada actuación de los servicios sanitarios. Que entre el 9 y 11 se le administrase morfina para sus dolores y que hubiese una cierta sobredosis no influye en las complicaciones posteriores, según indica el informe de la aseguradora del SMS, que señala que, con las dosis administradas, *“es prácticamente imposible pensar en intoxicación moderada o grave por este fármaco”*; el Informe de la Inspección Médica coincide asimismo en que *“las dosis administradas no sobrepasaron las dosis tóxicas”*.

En cuanto a la infección advertida en la paciente el 12 siguiente, que, según señala el informe de la UCI reseñado en el Antecedente Cuarto, causó el shock séptico que fue el determinante de la insuficiencia y el posterior fracaso renal y hemodinámico de la paciente, y que llevaron al fallo multiorgánico y el subsiguiente desenlace fatal (a pesar de la corrección de los tratamientos empleados para intentar revertir el proceso), se trata de una cuestión analizada pormenorizadamente en los apartados del informe de la Inspección Médica sobre la posible infección hospitalaria y el shock séptico, a los que nos remitimos, concluyendo allí dicho informe, sin contradicción técnica alguna por los reclamantes, en que la mayor probabilidad es que *“el tipo de microorganismo aislado (estafilococo sensible a oxacifina), la aparición temprana de la infección y los informes de Medicina Preventiva hacen pensar en una posible infección primaria endógena de la paciente más que una infección procedente del medio hospitalario por incumplimiento de medidas de asepsia, antisepsia, prevención y vigilancia hospitalaria”*

Por todo lo anterior, no puede considerarse acreditado que existiese un anormal funcionamiento del servicio público sanitario, pues el retraso de la intervención de cadera fue justificado, resultando que la aparición de las complicaciones posteriores de la paciente no pueden ser imputadas a la asistencia sanitaria dispensada. En consecuencia, y de acuerdo con lo expresado en la Consideración precedente, no procede declarar la responsabilidad patrimonial pretendida.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No existe la relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización, que es jurídicamente adecuada y necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 145-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

**Fecha** 04/07/2011

**Extracto de doctrina**

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con los daños producidos en el desarrollo de clases de educación física, propugnando la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone este tipo de actividades, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado o por mal estado de las instalaciones (Dictamen 3760/2000), tesis mantenida también por este Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes (por todos 44/2003), y en la Memoria correspondiente al año 2003.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 18 de enero de 2010 se presentó en el registro del Instituto de Educación Secundaria “Luis Manzanares”, de Torre Pacheco, una solicitud de reclamación de daños y perjuicios formulada por x por el accidente sufrido en dicho centro educativo el 11 de diciembre de 2009 por su hijo x, expresando en dicho escrito que *“en la hora de Educación Física, al hacer prácticas con el balón de voleibol, recibió un balón fuerte en la cara, lo que le provocó la rotura de gafas”*, por lo que solicita una indemnización de 359 euros. A dicha reclamación se acompaña una fotocopia del Libro de Familia y una factura de 1 de febrero de 2010 de la óptica “--”, por el referido importe.

**SEGUNDO.-** Obra en el expediente un escrito de comunicación de accidente escolar, emitido por la Directora del centro, fechado el 11 de diciembre, en el que se narra así el referido accidente:

*“Lugar: Pabellón. Actividad: Juego de voleibol durante la clase de E. Física. Personas presentes: todos los compañeros de clase. Daños sufridos: Se le han partido las gafas que precisa llevar permanentemente. Relato de los hechos: El balón de voleibol golpeó su cara y le partió las gafas”.*

**TERCERO.-** Con fecha 24 de febrero de 2010, el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente, lo que se notifica a la interesada.

**CUARTO.-** Solicitado informe al Director del Centro sobre el acaecimiento de los hechos, fue emitido el 12 de abril de 2010, en el que se manifiesta lo siguiente:

*“...el alumno al que se le rompieron las gafas, x, estaba realizando una actividad programada por la profesora de educación física, esto es, jugaba “al voleibol por parejas” con el alumno que, al pasarle el balón, le golpeó en las gafas (parece ser que x no vio venir el balón a tiempo). La profesora, x, informa de que las gafas cayeron al suelo rotas, que se rompieron por el golpe del balón. (...)”.*

**QUINTO.-** Acordado trámite de audiencia y vista del expediente con fecha 25 de junio de 2010, no consta la comparecencia del interesado ni la presentación de alegaciones.

**SEXTO.-** El 27 de octubre de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que los hechos se produjeron de forma accidental, no atribuible directa o indirectamente a la actuación del profesorado, por lo que no concurre la relación de causalidad adecuada para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

**SÉPTIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a la interesada, por haber afrontado el coste de los daños materiales que imputa a la Administración educativa. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria y ser de su competencia la prestación del servicio público educativo con ocasión del cual ocurrió el hecho por el que se reclama.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ha de considerarse formulada en plazo, a la vista de la fecha de los hechos y la de la presentación de la reclamación.

III. En cuanto al procedimiento, cabe señalar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 de la Constitución: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Como ha señalado este Consejo Jurídico en numerosos casos análogos al presente, la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia sobre reclamaciones por daños acaecidos en centros escolares destaca que debe partirse del hecho de que la Administración no tiene el deber de responder sin más de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en Centros Escolares de su titularidad, sino que para que proceda la responsabilidad patrimonial deberán darse los requisitos que la caracterizan recogidos en el artículo antes citado. Así, en su dictamen nº 1747/1997, de 24 de abril de 1997, el Consejo de Estado manifiesta que *"cualquier efecto dañoso que se produzca en los centros escolares (o como consecuencia de actividades extraescolares) no genera automáticamente una conexión causa-efecto con la prestación del servicio educativo que permita declarar la responsabilidad de la Administración, sin que, por lo demás, sea viable interpretar el referido deber de vigilancia de una manera tan extensa que convierta de hecho el servicio público educativo en una especie de actividad absolutamente controlada en cualquiera de sus manifestaciones, lo que llevaría, de admitirse, a convertir (lo cual es improcedente, según se ha señalado) el instituto de la responsabilidad patrimonial en una especie de seguro a todo riesgo, con la desnaturalización que ello comportaría."*

Así, como se manifiesta en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de junio de 1998: *"La prestación por la Administración de un determinado servicio público no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a estas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico"*.

En este orden de cosas, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con los daños producidos en el desarrollo de clases de educación física, propugnando la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone este tipo de actividades, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado o por mal estado de las instalaciones (Dictamen 3760/2000), tesis mantenida también por este Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes (por todos 44/2003), y en la Memoria correspondiente al año 2003, de la que sintetizamos el siguiente párrafo:

*"Los daños físicos constituyen un riesgo inherente a la práctica deportiva debiendo ser soportado por quienes los sufren, siempre que la actividad no se apartase de las reglas ordinarias de su práctica, o se tratara de ejercicios inapropiados a la edad de los alumnos, o concurren*

*circunstancias determinantes de riesgo, peligro, o mal estado de las instalaciones que hubieran podido causar efectivamente lesiones derivadas de la práctica de ejercicio, y siempre que el profesorado adopte las medidas de precaución habituales, ajustadas a la pauta de diligencia exigible a un padre de familia”.*

II. En el presente supuesto, la reclamante no formula ninguna alegación en apoyo de su pretensión, en el sentido de que exista una relación de causalidad jurídicamente adecuada, a estos efectos indemnizatorios, entre los daños producidos y la prestación del servicio público educativo, por lo que entendemos que considera responsable a la Administración sólo por producirse el daño con ocasión de la prestación del servicio educativo, en el centro del que era alumno su hijo, circunstancia que, conforme con lo antes razonado, no es causa suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Además, de los informes emitidos se desprende que el riesgo que finalmente se materializó cabe considerarlo inherente a la práctica deportiva escolar y, en consecuencia, dentro de los riesgos normales o generales de la vida en este ámbito, sin concurrir circunstancia alguna que determine la responsabilidad administrativa, por lo que tales daños no resultan jurídicamente imputables a la actuación de la Administración educativa.

Por todo ello, al no concurrir los requisitos que legalmente determinan la responsabilidad patrimonial administrativa, no procede declararla, debiendo desestimarse la pretensión indemnizatoria de referencia.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** No existe la relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios educativos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, que es jurídicamente adecuada y necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 146-2011**

**Asunto** Consulta facultativa para que se determine si en los procedimientos de responsabilidad patrimonial que se formulen ante la Administración Municipal, es preceptivo recabar el dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**Consultante** Ayuntamiento de Murcia

**Fecha** 04/07/2011

**Extracto doctrina**

El Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia será preceptivo para las Corporaciones Locales de la Comunidad Autónoma en los términos que para todas las Administraciones Públicas señala la legislación común, es decir, el artículo 142.3 LPAC, puesto que respecto a ellas la LCJ no establece previsión alguna, como expresa su artículo 14. Por tanto, será preceptivo tal Dictamen en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de cuantía igual o superior a 50.000 euros tramitadas por el procedimiento general. Ello sin perjuicio de la potestad que el artículo 11 LCJ atribuye a las Corporaciones Locales para formular consultas facultativas.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Por el Alcalde citado se plantea la duda de si en los procedimientos de responsabilidad patrimonial que se formulen ante esta Administración Municipal, es preceptivo recabar el dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia y, en caso afirmativo, en qué supuestos se tendría que solicitar, teniendo en cuenta, especialmente, la modificación introducida en el apartado 3 del artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), por la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES).

Motiva la duda así:

“En relación a la tramitación de las reclamaciones de Responsabilidad Patrimonial interpuestas ante la Administración, el art. 12 del RD 429/1993, de 26 de Marzo, por el que se regula el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, señala que *"concluido el trámite de audiencia, en el plazo de diez días, el órgano instructor propondrá que, se recabe, cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, al dictamen de este órgano consultivo o, en*

*su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma*". La remisión al dictamen debe entenderse hecha al artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, según la cuál su Comisión Permanente debe ser consultada en las reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado. La Ley 3/2004 introdujo una modificación a este precepto estatal al señalar que *"En el ámbito de la Administración del Estado, el Consejo de Estado emite dictamen en reclamaciones superiores a 6.000 € o la cuantía superior fijada legalmente"*.

En el sentido expuesto hay que manifestar que la Ley Estatal no ha impuesto en caso de responsabilidad de las Administraciones Autonómicas, ni de las entidades locales, un dictamen preceptivo del Consejo de Estado o del correspondiente Consejo Jurídico Autonómico, sino que lo deja al arbitrio de cada Comunidad Autónoma. En nuestro caso, la Ley 2/1997, de 19 de mayo que regula el Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en su art. 12, establece que *"El Consejo deberá ser consultado en los siguientes asuntos: 9. Reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulan ante la Administración Regional"*.

En su consecuencia, ni en la LOCE, ni en el R.D. 429/1993, ni en la normativa autonómica, se consagra un dictamen preceptivo del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma para los supuestos de responsabilidad patrimonial de la *Administración local*.

Sin embargo, con la actual modificación introducida en el apartado 3 del art. 142 LPAC, (con aplicación a todas las Administraciones Públicas, según lo dispuesto en el art. 2 de la misma) por la LES, según la cual: *"... En el procedimiento general será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 € o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica"*, el legislador al bosquejar el procedimiento de responsabilidad patrimonial, hace una mención expresa para la Administración Estatal y Autonómica de la preceptividad del dictamen en determinados casos. No obstante, sigue obviando este requisito en el caso de las Administraciones Locales".

**SEGUNDO.-** La modificación normativa que es causa de la consulta afecta, como ha quedado dicho, al artículo 142.3 LPAC, titulado "Procedimientos de responsabilidad patrimonial", e inscrito en el Capítulo I (Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública) del Título X (Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio), que, con anterioridad, decía lo siguiente:

*“Para la determinación de la responsabilidad patrimonial se establecerá reglamentariamente un procedimiento general con inclusión de un procedimiento abreviado para los supuestos en que concurran las condiciones previstas en el artículo 143 de esta Ley”.*

La Disposición final cuadragésima LES ha añadido a ese apartado un nuevo inciso según el cual *“en el procedimiento general será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 € o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica”.*

Señala la LES que la modificación transcrita entrará en vigor *“el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”* (Disposición adicional sexagésima), que se produjo el día 5 de marzo de 2011. De ahí resulta que será aplicable a los procedimientos iniciados a partir del día 6 de marzo de 2011, de acuerdo con el criterio común recogido en la Disposición transitoria segunda, apartado 1, LPAC, de que el momento que determina la ley aplicable a cada procedimiento es el de su iniciación, salvo que las disposiciones transitorias señalaran otra cosa. Confirma esta conclusión que la LES omite el establecimiento de un criterio propio para la transitoriedad.

En paralelo se ha modificado la LOCE para concordar su artículo 22.13 con la nueva redacción de la LPAC; el precepto establecía la preceptividad del Dictamen para los siguientes casos:

*“Reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen a la Administración del Estado a partir de 6.000 euros o de la cuantía superior que establezcan las Leyes.*

La nueva redacción de este precepto, dada por la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la LES, es así:

*“Reclamaciones que, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, se formulen a la Administración General del Estado en los supuestos establecidos por las leyes”.*

**TERCERO.-** A su vez, la competencia recogida en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), establece lo siguiente:

*“El Consejo deberá ser consultado en los siguientes asuntos: Reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración Regional”.*

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, se solicita por la autoridad consultante que se emita un dictamen facultativo, a lo que procede este Consejo Jurídico por considerar que tal es la calificación que conviene.

#### **SEGUNDA.- Compatibilidad de la legislación estatal y autonómica.**

I. Ambas normas, el artículo 142.3 LPAC y 12.9 LCJ, contienen mandatos de preceptividad diferentes en tres aspectos:

a) En cuanto al universo subjetivo de Administraciones sujetas a dicha preceptividad, la LCJ parece limitarse a la Administración regional, mientras que la LPAC acoge a todas las Administraciones públicas, incluidas las locales. Ello es así en función de los diferentes ámbitos subjetivos configurados en los dos cuerpos legales: por un lado, la LCJ indica en el transcrito artículo 12.9 que es sólo aplicable a los procedimientos formulados ante la *“Administración Regional”*, y añade en el artículo 14 que *“la consulta será preceptiva para los Ayuntamientos en todos los casos exigidos por la legislación a la que hayan de sujetarse”*. Si se interpreta que de la LCJ no se infiere de forma expresa esta sujeción para tales Corporaciones (afirmación ahora realizada a reserva de lo que se expondrá después), se advierte la diferencia con la LPAC, que define en su artículo 2.1 qué se entiende a sus efectos por Administraciones Públicas, incluyendo a las Administraciones de las Comunidades Autónomas y a las *“Entidades que integran la Administración Local”*, por lo que éstas, como se ha dicho, quedan evidentemente sujetas al nuevo mandato del artículo 142.3 LPAC.

b) En cuanto a la clase de procedimiento, la LPAC establece que el dictamen será preceptivo *“en el procedimiento general”*, mientras que la LCJ no acota tal preceptividad a un tipo de procedimiento, por lo que será aplicable a dicho procedimiento general y al abreviado, ambos reseñados en el artículo 142.3 LPAC.

c) Respecto a la cuantía, la LPAC señala la preceptividad “*cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 € o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica*”, mientras que la LCJ no establece cantidad alguna, sujetando a Dictamen preceptivo a todos los procedimientos de responsabilidad, con independencia de la cuantía.

II. La pregunta que surge es si, a la vista de las diferencias existentes, es posible la coexistencia de estas normas, su compatibilidad, pregunta que remite al juego de competencias constitucionales que, sintéticamente, se expone a continuación.

1) La LPAC no ha señalado de entre su articulado qué preceptos pertenecen a las bases del régimen jurídico y cuáles al procedimiento administrativo común que, junto con el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, son los títulos competenciales puestos en juego al aplicar el artículo 149.1, 18ª CE. Sin embargo, la Exposición de Motivos de la LPAC destaca con énfasis la necesidad de distinguir ambos títulos competenciales, lo que exige determinar qué instituciones o figuras concretas se encuadran dentro del concepto “régimen jurídico” y cuáles no, cuestión nada fácil de deslindar que obliga a un examen de cada caso basado en la jurisprudencia constitucional.

Considerando ésta es posible sostener que el artículo 142.3 LPAC se inscribiría en la materia procedimiento administrativo común (la voz procedimiento figura en su título), ya que éste incluye las garantías de los administrados en el procedimiento (así lo dicen las SSTC 227/1988 y 50/1999), siendo esa una de las funciones que cumple el Dictamen del Consejo (STC 204/1992). A lo anterior se debe añadir que la propia Constitución en el artículo 149.1.18ª (“sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas”) establece una excepción a la competencia estatal sobre procedimiento administrativo común obligada por el debido respeto a la potestad de autoorganización, y como expresión de la posible convivencia entre el derecho común y el *ius singulare*.

En correspondencia con ello, el artículo 10.Uno.29 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (igual que otros Estatutos) atribuye a ésta competencia sobre el “*procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia*”, expresando a su vez el artículo 31 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en desarrollo del Estatuto citado, que dicha administración pública ajustará su actuación a las prescripciones del procedimiento administrativo común “*y a las que se establezcan en razón de las especialidades derivadas de su propia organización*”.

En el espacio restante de la regla de procedimiento común que impone la preceptividad del Dictamen, la competencia autonómica puede “completar” tal regla con su propia normativa, como refiere el artículo 142.3 en la nueva redacción al remitir a la cantidad “*que se establezca en la correspondiente legislación autonómica*”. Así, por tanto, la determinación por la legislación autonómica de una cantidad diferente a los 50.000 euros -que es la señalada por el procedimiento administrativo común- se convertiría en una regla de derecho singular que se aloja en el ámbito de la excepción regulada por tal regla de procedimiento administrativo común, ejercitando la competencia estatutaria del artículo 10.Uno.29. Con carácter general, el Dictamen del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos Autonómicos cumple una función garantizadora del interés general, de la legalidad objetiva y de los derechos del promotor del procedimiento, razón por la cual es posible que la legislación autonómica amplíe esa garantía hasta extenderla a todos los procedimientos sin que la competencia para la preceptividad del Dictamen se articule a partir de una cuantía.

2) Alternativamente podría también sostenerse que el artículo 142.3 LPAC, a efectos competenciales, forma parte de la materia responsabilidad patrimonial, ya que se ubica en el Título X LPAC, relativo a la “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio”. Doctrinalmente se ha sostenido que el procedimiento es una pieza sustancial de ese sistema de responsabilidad patrimonial (Dictamen del Consejo de Estado de 11 de febrero de 1993, exp. 3/1993). Por tanto, si se tomara el procedimiento para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial como parte del “sistema”, no iba a significar ello la imposibilidad de que las Comunidades Autónomas dicten normas en la materia responsabilidad patrimonial, ya que ésta es una consecuencia del ejercicio de las competencias propias, algo inherente a ellas, y en cuyo desenvolvimiento se produce. No es necesario que esté expresamente reconocida como competencia en el EA para que pueda la Comunidad Autónoma aprobar normativa, dentro de los límites citados.

Esta afirmación puede hacerse tomando como referencia lo expuesto por una doctrina constitucional muy conocida en ámbitos sectoriales pero que viene referida a la responsabilidad patrimonial, doctrina representada por las SSTC 61/1997 y 164/2001, entre otras, de las cuales se obtiene la conclusión de que en forma alguna se deduce del artículo 149.1.18ª que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas haya de ser objeto de regulación uniforme, sin adaptaciones o modulaciones por razón de la materia y que, además de esa normativa común que representa el sistema de responsabilidad para todo el territorio, las Comunidades Autónomas pueden establecer otros supuestos indemnizatorios en concepto de responsabilidad administrativa, siempre que, naturalmente, respeten aquellas normas estatales y

sirvan al desarrollo de una política sectorial determinada. En ese sentido, la eventual regulación de nuevos supuestos indemnizatorios en el ámbito de las competencias exclusivas autonómicas (como era el caso contemplado en la STC 61/1997) constituye una garantía -indemnizatoria- que se superpone a la garantía indemnizatoria general que al Estado compete establecer.

Interesa poner de manifiesto esta condición que ha de cumplir el nuevo supuesto indemnizatorio, que es el de constituir una garantía que se superpone a la garantía indemnizatoria general. Igual ocurriría en el caso del dictamen preceptivo: sería otro supuesto de preceptividad que incrementaría la garantía, al extenderla a otros casos, además de los contemplados en la legislación del "sistema".

También es evidente el paralelismo que guarda esta figura de la responsabilidad patrimonial (art. 106.2 C.E.) con la expropiatoria (art. 33.3 C.E.), ambas recogidas a efectos competenciales en el artículo 149.1.18ª. C.E., y modalidades de un mismo género: la garantía patrimonial del ciudadano. Pues bien, el paralelismo entre expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial sirve también para explicar esta posibilidad de intervención de las Comunidades Autónomas, ya que, a pesar de esa competencia plena estatal sobre la materia expropiatoria, de lo dicho por el TC en la S 37/1987 se desprende que la reserva constitucional en favor del Estado sobre la legislación de expropiación forzosa no excluye que por Ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, otros supuestos indemnizatorios.

En síntesis, tanto si el Estado ha ejercitado su competencia plena sobre el procedimiento administrativo común como si la que ha ejercitado ha sido la que le corresponde sobre el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, la nueva redacción del artículo 142.3 LPAC es compatible con el artículo 12.9 LCJ, que encuentra acomodo en los títulos competenciales ya citados.

### **TERCERA.- Sujeción de las Corporaciones Locales.**

A la luz de esa nueva regulación procedimental común del Dictamen de los Consejos en casos de responsabilidad patrimonial, la interpretación que cabe hacer del artículo 12.9 LCJ en relación con las Corporaciones Locales difiere de las posibles hasta ese momento, ya que el artículo 142.3 LPAC modificado tiene la virtualidad de introducir a dichas Corporaciones Locales de manera expresa en el ámbito de Administraciones para las que el Dictamen es preceptivo en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, si bien con la salvedad de la cuantía.

Con anterioridad, en la legislación estatal del procedimiento administrativo común no había una expresa mención a ello y, sobre la base de la redacción del artículo 54 de la Ley de Bases del Régimen Local, del 22.13 LOCE y del 12.1 del Reglamento de los Procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración (RD 429/1993, de 26 de Marzo), se sostuvieron dos posturas diferenciadas: una que propugnaba que no podía inferirse la preceptividad de tal dictamen (así, por ejemplo, Dictamen Consejo de Estado 3/1993, de 11 de febrero), y otra que, desde una interpretación sistemática en el seno del ordenamiento de los preceptos citados, entendía que sí estaba ordenada tal preceptividad (así, los Consejos Consultivos de Andalucía y Galicia y el Consejo Jurídico de la Región de Murcia).

Sin embargo, al formularse ahora de manera expresa tal sujeción en el artículo 142.3 LPAC, con el juego competencial descrito en la Consideración Segunda II, cabe afirmar que el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia será preceptivo para las Corporaciones Locales de la Comunidad Autónoma en los términos que para todas las Administraciones Públicas señala la legislación común, es decir, el artículo 142.3 LPAC, puesto que respecto a ellas la LCJ no establece previsión alguna, como expresa su artículo 14. Por tanto, será preceptivo tal Dictamen en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de cuantía igual o superior a 50.000 euros tramitadas por el procedimiento general. Ello sin perjuicio de la potestad que el artículo 11 LCJ atribuye a las Corporaciones Locales para formular consultas facultativas.

Desde un punto de vista temporal, tal como antes se expuso, la modificación será aplicable a los procedimientos iniciados a partir del día 6 de marzo de 2011 (Disposición transitoria segunda, apartado 1, LPAC).

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Tras la reforma del artículo 142.3 LPAC realizada por la LES, el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia será preceptivo para las Corporaciones Locales de la Comunidad Autónoma en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de cuantía igual o superior a 50.000 euros, tramitadas por el procedimiento general.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 147-2011**

**Asunto** Resolución de contrato de gestión del servicio de Tanatorio Municipal de Fortuna  
**Consultante** Ayuntamiento de Fortuna  
**Fecha** 12/07/2011

**Extracto doctrina**

La gestión indirecta de los servicios públicos es posible si éstos son susceptibles de explotación económica, como es el caso, y que tal explotación es siempre a riesgo y ventura del contratista, como señala el artículo 198 LCSP, principio profusamente aplicado por la jurisprudencia para rechazar la mayor parte de las pretensiones indemnizatorias de los contratistas fundadas en circunstancias distintas de los supuestos tasados de fuerza mayor (Dictámenes 185 y 186, ambos de 2009), y elevado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a elemento esencial definidor del contrato de concesión de servicio público (Dictamen número 22 de 2009).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 10 de junio de 2009 se suscribió un contrato entre el Ayuntamiento de Fortuna y -- cuyo objeto es la gestión mediante concesión administrativa del Tanatorio Municipal de Fortuna; se estableció como criterio principal de adjudicación el de “mayor canon ofrecido al Ayuntamiento” (Cláusula Sexta del Pliego de Administrativas), a partir del mínimo de 15.000 euros anuales, que habrían de pagarse “antes del 31 de enero del año al que corresponda” e incrementarse en un 5 por ciento cada año sobre la cantidad del anterior (Cláusula decimocuarta); se conceptúa como causa de resolución el impago del canon en los plazos establecidos (Cláusula vigésima); la adjudicataria ofreció un canon de 30.000 euros anuales.

**SEGUNDO.-** Según certifica el Interventor municipal la adjudicataria es deudora del Ayuntamiento por el importe del canon concesional de los años 2010 y 2011, por lo cual, mediante providencia de la Alcaldía de 3 de junio de 2011 se inició el procedimiento para la resolución del contrato por la causa prevista en la letra a) de la Cláusula Vigésima del Pliego de Administrativas, con propuesta de incautación de la garantía definitiva; se dio audiencia a la adjudicataria mediante comunicación notificada a la oficina del Tanatorio Municipal el 3 de junio de 2011, para que por plazo de 10 días naturales presentara alegaciones, lo que hizo mediante escrito que tuvo su entrada en el Ayuntamiento el día 17 de junio de 2011. En síntesis, expresa: a) la irregularidad de la notificación, al no realizarse en el domicilio social; b) la viabilidad económica de la explotación del tanatorio ha sido impedida por el Ayuntamiento al no permitir a la concesionaria la aplicación de la

tarifa de "acondicionamiento del difunto", que habría de ser facturada a los familiares de tales difuntos.

**TERCERO.-** El 13 de junio de 2010 el Secretario General emitió el informe jurídico pertinente. Señala en primer lugar las características del contrato que, al ser de gestión de servicios públicos mediante concesión, implica la explotación del servicio a riesgo y ventura del contratista, tal como destaca la Cláusula primera del Pliego de Administrativas; se refiere después a la irregularidad en la notificación de la audiencia, alegada por la concesionaria, y la niega afirmando, entre otros datos, que se notificó en el domicilio señalado por la contratista en el escrito de proposición de tarifas para el año 2011, dirigido al Ayuntamiento el día 3 de febrero de 2011; en cuanto al fondo del asunto, considera que concurre la causa de resolución propuesta, al estar acreditado el impago, sin que consten circunstancias que permitan sostener que el Ayuntamiento haya impedido a la concesionaria percibir las cantidades que le corresponden en concepto de tarifas. Considera también que, conforme al artículo 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), procede la incautación de la garantía definitiva, sin perjuicio de la tramitación de un procedimiento de liquidación de daños.

**CUARTO.-** Tras ello, el Alcalde formuló la propuesta de resolución del contrato por la causa establecida en el apartado a) de la cláusula vigésima del PCAP, con incautación de la fianza definitiva, propuesta que se somete a Dictamen de este Consejo Jurídico mediante escrito que tuvo entrada en el registro el día 24 de junio de 2011, habiéndose suspendido el plazo máximo para resolver mediante resolución de la Alcaldía de 23 de junio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

En presencia de un procedimiento de resolución de un contrato de concesión de servicio público al que se opone la contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 195.3,a) LCSP, por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

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

El procedimiento ha seguido, en lo esencial, lo establecido por el citado artículo 195 LCSP y por el 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), constando en el expediente el informe del Secretario del Ayuntamiento, la audiencia del contratista y su avalista, así como la propuesta de resolución que se eleva al Pleno de la Corporación. La solicitud del presente Dictamen persigue cumplimentar la preceptiva intervención de este Consejo en el procedimiento.

Suspendido el plazo máximo de tres meses para la resolución del presente procedimiento, desde la fecha del registro de salida del Ayuntamiento de su escrito de solicitud de Dictamen de este Consejo Jurídico (Dictámenes nº 51/2007 y 181/2009), una vez recibido el presente por el Ayuntamiento se reanudará dicho plazo máximo, lo que deberá ser tenido en cuenta a los efectos pertinentes, ello sin perjuicio de las consideraciones generales que en orden a la interpretación de la Ley fueron expresadas por el Consejo Jurídico en el Dictamen 82/2005.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. Los contratos de gestión de tanatorio han de ser calificados como contratos de gestión de servicios públicos, siempre que el Ayuntamiento haya determinado con carácter previo el régimen jurídico básico propio del respectivo servicio y este le venga impuesto con carácter de mínimo o haya sido asumido como tal servicio por el Ayuntamiento, de conformidad con los artículos 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las bases del régimen local.

Vista la fecha de adjudicación del contrato cuya resolución se pretende (10 de junio de 2009), la normativa de aplicación es la LCSP (Disposición transitoria primera de la misma).

II. De conformidad con el artículo 206, letra g) LCSP, es causa de resolución del contrato “*el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*”.

A) Es indiscutida la exigencia legal y jurisprudencial (SSTS, Sala 3ª, de 26/1/01, 14/6/02 y 25/5/04) de que los incumplimientos que habilitan para el ejercicio de la potestad resolutoria se refieran a obligaciones “*esenciales*” del contrato. En su determinación deben ponderarse las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, valorando, conforme a la buena fe y la equidad, el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del contratista (SSTS, Sala 3ª, de 6/4/87 y 14/11/00). A este respecto, y entre otros supuestos posibles, no justifica la resolución contractual el

incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias a lo que constituye propiamente la obligación principal del contrato (STS, Sala 3ª, de 17/5/97).

Conforme a lo establecido en las Cláusulas decimocuarta y vigésima del PCAP, cabe considerar como esencial la obligación del contratista de abonar el canon concesional. En efecto, se establece en la primera un canon anual que ha de ser satisfecho por el concesionario antes del 31 de enero de cada año, determinando la segunda que la falta de pago es causa de resolución del contrato, lo que es muestra de que se trata de un incumplimiento que altera sustancialmente el desenvolvimiento contractual al afectar a la base económica del negocio. Sabido es que la gestión indirecta de los servicios públicos es posible si éstos son susceptibles de explotación económica, como es el caso, y que tal explotación es siempre a riesgo y ventura del contratista, como señala el artículo 198 LCSP, principio profusamente aplicado por la jurisprudencia para rechazar la mayor parte de las pretensiones indemnizatorias de los contratistas fundadas en circunstancias distintas de los supuestos tasados de fuerza mayor (Dictámenes 185 y 186, ambos de 2009), y elevado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a elemento esencial definidor del contrato de concesión de servicio público (Dictamen número 22 de 2009). Si en el supuesto sometido a consulta la falta de abono del canon se encontraba justificada será objeto de análisis ulterior al considerar las alegaciones del concesionario; no obstante, cabe anticipar ya que el Consejo Jurídico coincide con el Ayuntamiento consultante en el carácter injustificado de dicho incumplimiento.

En este mismo sentido, la calificación como esencial de la obligación de abonar el canon concesional, a efectos resolutorios del contrato, ha sido reconocida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en su sentencia 36/2002, de 23 de enero, y por este Consejo Jurídico en el Dictamen 74/2010.

B) El artículo 206, letra g) LCSP añade un inciso a su precedente legislativo inmediato, el artículo 111, letra g) TRLCAP, para exigir ahora que las obligaciones cuyo incumplimiento pueden dar lugar a la resolución del contrato sólo serán las calificadas como esenciales en los pliegos o en el contrato. En este caso, ni el PCAP ni el contrato establecen de manera expresa la calificación de esencial para obligación alguna del contratista, mas, como ya se ha dicho, cabe calificar como esencialísima en el devenir de la relación contractual la obligación de abono del canon, ya que su incumplimiento determina la extinción del contrato, como recoge el PCAP, lo que es una manifestación tácita de tal esencialidad.

III. El representante de la concesionaria en su escrito de oposición a la resolución contractual, parece alegar, implícitamente, la clásica *exceptio non adimpleti contractus*, ex artículo

1124 del Código Civil, al afirmar que el Ayuntamiento no ha cumplido con sus obligaciones contractuales impidiendo la aplicación de la tarifa por acondicionamiento de difunto.

La traslación a la contratación administrativa de esta excusa de cumplimiento contractual, cuyo ámbito natural es el derecho obligacional privado, no puede realizarse sin una cierta adaptación que pondere la especial posición jurídica de preeminencia de que goza la Administración Pública en su actividad contractual, frente a la igualdad de los contratantes propia de las relaciones privadas (STS, Sala Tercera, de 11 de octubre de 1982). Para la doctrina, con carácter general, la referida excepción no es aplicable al cumplimiento de los contratos administrativos, si bien se llega a admitir que no puede exigirse al contratista la ejecución del contrato cuando el incumplimiento de la Administración lo hace imposible. En cualquier caso, lo que ocurre en el supuesto sometido a consulta es que no existe obligación municipal alguna de abono de cantidades a la concesionaria, ni ésta ha probado que la aprobación de las tarifas se realice en contra del PCAP, es decir, en contra de lo pactado.

Por tanto, no se aprecia incumplimiento de obligación contractual alguna por parte del Ayuntamiento, impidiendo así la oponibilidad frente al mismo de la excepción alegada por la contratista.

IV. De conformidad con el artículo 208.4 LCSP, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada (Dictamen 22/2009). No niega la concesionaria en sus alegaciones la falta de pago del canon, que le ha sido exigido por vía de apremio, omisión que se reitera por segundo año consecutivo, constituyendo la culpabilidad necesaria para que se determinen los perjuicios causados.

Se propone también la incautación de la fianza como efecto automático de la resolución. En la actualidad el artículo 208.4 LCSP no parece mantener con un carácter general la función punitiva de la incautación de la garantía, pues tal medida no se prevé expresamente como efecto automático o inherente a la resolución por incumplimiento culpable del contratista, pareciendo que, en apariencia, aquélla queda destinada a la indemnización de los daños y perjuicios causados a la Administración por la extinción anticipada del contrato. Así se desprende del hecho de que el citado artículo establezca que, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, añadiendo a continuación, simplemente, que la indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la

garantía, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de aquella. No obstante, es cierto que, a pesar de la dificultad de encajar en la literalidad de la LCSP el régimen jurídico de la incautación que estaba antes vigente, se han alzado opiniones autorizadas que mantienen el carácter automático de la incautación, dado que, de otro modo, la resolución no tendría efectos económicos directos sobre el contratista, en razón a la evidente dificultad de probar gran parte de los daños que la resolución causa a la Administración (en este caso serían, *a priori*, los costes derivados de tramitar esta resolución y la nueva licitación). No obstante, si existe el hecho objetivo determinante de tales perjuicios, los mismos deben ser resarcidos por quien, con su incumplimiento culpable del contrato y su consiguiente resolución, dio lugar a los mismos.

En consecuencia, siendo de especial dificultad sostener la automaticidad de la incautación de la fianza, ello no impide que pueda decretarse su retención, y ser aplicada a la recaudación de los cánones pendientes de percibir por el Ayuntamiento, y a los daños que puedan fijarse en un procedimiento contradictorio específico.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Que procede resolver el contrato objeto de Dictamen por la causa establecida en el apartado a) de la cláusula vigésima del PCAP en relación con el artículo 206, letra g) LCSP, con retención de la fianza, siendo culpable el incumplimiento de la contratista.

**SEGUNDA.-** Que procede incoar un procedimiento contradictorio para la liquidación del contrato y determinación de los daños, conceptos a los que se aplicaría la garantía retenida.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 148-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 12/07/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o oxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.

- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada al afectado x, según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrado por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dió traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que*

*demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que *“efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 70 años (...)*

*Enfermedad Oncológica: adenocarcinoma de pulmón, moderadamente diferenciado, pT1 NO MO, en septiembre 0-5, tratado quirúrgicamente. Recaída ganglionar mediastínica (hilio derecho, mediastino anterior).*

*Estadio: recurrente.*

*Fecha del diagnóstico de la recaída: 16/3/07.*

*Tratamiento de la neoplasia: tras ser remitido a nuestro Servicio con el diagnóstico de recaída, se decide quimioterapia y radioterapia. El día 27/3/08 se administra el primer ciclo de quimioterapia con esquema cisplatino-vinorelbina concurrente con radioterapia.*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de cisplatino:*

*Situación en el momento de la administración del tratamiento: recaída de la enfermedad subsidiaria de tratamiento sistémico y locorregional. Astenia y anorexia; disnea de esfuerzos, hemoptisis leve.*

*Fecha de administración: 28/3/08.*

*(...)*

*Evolución de la neoplasia: posteriormente se continuó quimiorradioterapia con carboplatino y vinorelbina entre abril y mayo -07, con buena respuesta parcial. En el seguimiento posterior no ha habido progresión de la neoplasia.*

*Toxicidad crónica o residual:*

- *Ototoxicidad: no consta revisión posterior por ORL.*
- *Nefrotoxicidad: no.*
- *Neurotoxicidad: no.*
- *Otras toxicidades: no.*

*(...) Juicio Diagnóstico:*

- *Recaída mediastínica de adenocarcinoma de pulmón, tratada con quimiorradioterapia concurrente, sin evidencia de progresión actual.*
- *Toxicidad residual por cisplatino: no".*

En la nota 2 del informe se hace referencia a que la valoración de la ototoxicidad se ha hecho con los datos disponibles en su Servicio, si bien es posible que existan datos adicionales en el Servicio de Otorrinolaringología.

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cistaplino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal a x por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 24 de noviembre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, de 19 de octubre de 2009, de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presenta el x con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que en este caso no hay seguridad de que se realizara la sobredosis, si bien la fecha de administración del primer ciclo (el 27 de marzo de 2007) coincide con el periodo en que se utilizó la doble concentración. También que los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de este paciente presentó como toxicidad aguda:

- Mielotoxicidad: neutropenia sin infecciones y anemia grado 1.
- Ototoxicidad: hipoacusia grado 2, con hipoacusia perceptiva bilateral, mantenida un mes después (16/04/07).
- Nefrotoxicidad resuelta con hidratación ambulatoria.

Finalmente, expone que no presentó toxicidad residual al Cisplatino.

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde

que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que valoró el daño causado en la cuantía de 3.567,43 euros.

Dicho importe se desglosa valorando un periodo de incapacidad temporal, que asciende a 1.247,41 euros por 7 días impeditivos (a 50,35 euros diarios) y 33 no impeditivos (a 27,12 euros por día), y un periodo de incapacidad permanente, que asciende a 3.268,32 euros por las secuelas de acufenos, valorada en 2 puntos, y pérdida auditiva, valorada en 4 puntos, a razón de 544,72 euros por punto, sin que se tenga en cuenta ningún factor de corrección al no tenerse constancia de que pudiera aplicarse. El importe así obtenido se aminora en un 21%, es decir, en la cuantía de 948,30 euros por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino, con independencia de la dosis que se suministrase.

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cistoplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, el x presenta escrito de alegaciones en las que manifiesta que el medicamento suministrado le causó lesiones irreversibles (ototoxicidad), con agravamiento en los últimos meses de la hipoacusia grave, solicitando la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, que no concreta.

**DUODÉCIMO.-** Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los

pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**DECIMOTERCERO.-** La propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (2.378,29 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (1.189,14 euros), más los intereses legales correspondientes, si bien atribuye la responsabilidad subsidiaria de la Administración respecto a la cuantía a abonar al paciente por el citado Laboratorio.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 11 de abril de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que el paciente x recibió el primer ciclo de quimioterapia con Cisplatino el 28 de marzo de 2007 en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cistaplino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 24 de noviembre de 2009).

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

#### **CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un error de medicación, al suministrar a 25 pacientes afectados de procesos oncológicos una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino.

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica, en su informe de 24 de noviembre de 2009:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso "registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos".

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección, que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí, que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no

se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el precitado informe de 24 de noviembre de 2009 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a pruebas de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede

sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

**QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

I. Relación de causalidad.

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”*.

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”* (informe de 24 de noviembre de 2009). También que la

Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección *“en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%”* (informe de 19 de octubre de 2009). De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el

establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en

concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, sino imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro, que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con

independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento. Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de

2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

### III. Responsabilidad directa de la Administración.

Por último, debe suprimirse de la propuesta de resolución la referencia a la responsabilidad subsidiaria de la Administración respecto al pago de la cuota correspondiente al Laboratorio Farmacéutico, en tanto la responsabilidad directa de la Administración ha sido reconocida por este Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 2/2000, 9, 20, 31 y 32, todos de 2002, y 177/2006, en la interpretación sistemática del artículo 97 TRLCAP, que ha llevado a concluir que, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta debe resolver respondiendo directamente de los daños que le ha causado a ella el concesionario o contratista, sin perjuicio de la acción de regreso que debe ejercitar contra aquéllos a fin de determinar el grado de responsabilidad que les pueda alcanzar por los hechos. A este respecto el Consejo de Estado ha declarado que los particulares no tienen el deber de soportar la incertidumbre jurídica de la última imputación del daño (Dictámenes de 18 de junio de 1970, 21 de julio de 1994 y 28 de enero de 1999). En este mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo al afirmar que la naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad de la Administración impide a ésta desplazar la misma al contratista, sin perjuicio de la acción de repetición de aquélla contra éste (entre otras, Sentencias de la Sala 3ª, de 19 de mayo de 1987 y de 23 de febrero de 1995).

### **SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 3.567,43 euros al afectado, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Por parte del afectado no se ha concretado la cuantía del daño, limitándose a señalar que le sean indemnizados los daños y perjuicios.

Encontrándose justificada la cuantía indemnizatoria fijada por el órgano instructor (aunque debería motivarse el 21 % de coeficiente reductor por toxicidad intrínseca del Cisplatino), este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a lo señalado anteriormente sobre la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente al afectado, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA.-** No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad y la supresión de la mención a la responsabilidad subsidiaria (Consideración Quinta).

**TERCERA.-** La cuantía indemnizatoria se considera motivada, si bien habrá de ser aclarada la cuestión suscitada en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 149-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)
<b>Fecha</b>	12/07/2011

**Extracto de doctrina**

Es claro que el reclamante tiene, en primer lugar, la carga de probar que el accidente en cuestión se produjo a consecuencia del obstáculo que se alega que existía en la calzada, para luego, en caso afirmativo, analizar si, conforme con el estándar exigible de funcionamiento del servicio público, éste funcionó o no de acuerdo con dicho estándar a los efectos de prevenir la existencia y, en su caso, señalar y retirar el obstáculo en cuestión.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 10 de noviembre de 2003, la aseguradora -- presentó escrito, dirigido a la Dirección General de Carreteras de esta Administración regional, mediante el que adjuntaba una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por x. En ésta, dicha persona solicita indemnización por los daños sufridos por su vehículo matrícula -- cuando circulaba el 21 de septiembre de 2003 por la carretera regional C-3211 (Caravaca-Águilas) e impactó con piedras existentes en la calzada, por lo que al día siguiente formuló denuncia ante la Guardia Civil de Tráfico, cuya copia acompaña. En dicha denuncia, el interesado alega que sobre las 6:10 del citado día circulaba por la indicada carretera, sentido Caravaca, cuando, al llegar a un tramo curvo y un cambio de rasante, colisionó con multitud de piedras de un tamaño aproximado de entre 10 y 30 centímetros de diámetro, por lo que su vehículo sufrió determinados daños, que valora en 830 euros. Añade que desconoce quién provocó la presencia de tales piedras, pero que al parecer se debían a un previo accidente. Considera en su reclamación que existió un anormal funcionamiento de los servicios públicos regionales de vigilancia y conservación de carreteras, debido a la presencia de las referidas piedras, que representaban un peligro para la circulación. Indica asimismo en tal escrito que apodera a la aseguradora -- para que le represente en la tramitación de esta reclamación.

A dicho escrito se adjunta copia de la referida denuncia, de un parte de declaración amistosa de accidente firmado por él mismo (no consta ningún otro vehículo implicado) e informe-valoración de los daños, de 26 de septiembre de 2003, de la citada aseguradora, por importe de 1.186 euros.

**SEGUNDO.-** Mediante oficio de 12 de noviembre de 2003 se admite a trámite la reclamación y se requiere a dicha compañía para que la subsane y mejore.

**TERCERO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, fue emitido el 21 de noviembre de 2003, en el que indica que no puede informar al respecto porque en la reclamación no se expresa el tramo y punto kilométrico en el que ocurrió el accidente que se alega, lo que debe indicar el reclamante.

**CUARTO.-** Mediante escrito presentado el 17 de diciembre de 2003, la citada compañía expresa que la cantidad reclamada asciende a 1.186 euros, de los cuales 600 son reclamados en nombre de su representado y asegurado x y 586 en nombre propio, por habérselos abonado a aquél, según documentación que adjunta.

A su escrito, dicha compañía une, entre otra documentación, escrito del x declarando haber percibido de aquélla la cantidad de 586 euros; factura de 31 de octubre de 2003, de un taller de reparación de vehículos, a nombre del anterior y referida al vehículo en cuestión, por importe de 1.186 euros; documentación relativa al vehículo y a la póliza de seguros suscrita entre el mencionado y dicha compañía. Además, se adjunta un escrito de la Dirección General de Carreteras fechado el 10 de noviembre de 2003 en el que, en contestación a una previa solicitud de información de la entidad "--" sobre la titularidad de la carretera C-3211, le informa, *"de acuerdo con el informe técnico emitido"*, lo siguiente:

*1º. La carretera C-3211 (Autovía Lorca-Águilas) corresponde al primer nivel de las carreteras de esta Comunidad Autónoma de Murcia.*

*2º. El accidente que expone en su escrito ocurrió en dicha carretera y en el P.K. 86.100 y en su margen derecha.*

*3º. Las reparaciones de los deterioros ocasionados en esta carretera han sido encomendados a la empresa: "--", con domicilio social en (...)."*

**QUINTO.-** Mediante oficio de 22 de enero de 2004, el instructor solicita nuevo informe de la Dirección General de Carreteras, indicando que, recabados datos del interesado, éste manifiesta que el punto kilométrico donde ocurrieron los hechos es el 86.100, margen derecho, sentido Caravaca, carretera C-3211.

**SEXTO.-** Tras varios escritos presentados por la citada compañía solicitando la resolución del procedimiento, el 5 de julio de 2004 se presenta uno, formulado por un representante de la misma, según poder que adjunta, en el que manifiesta que aquélla actúa en nombre propio y en representación de x, y que solicita la emisión de un certificado de acto presunto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Dicho certificado es expedido el 15 de julio siguiente, en el que se expresa que el sentido del silencio administrativo es de desestimación de la reclamación presentada.

**SÉPTIMO.-** Tras diversos requerimientos del instructor a la Dirección General de Carreteras instándole a la emisión del informe que tenía interesado, es emitido el 31 de marzo de 2006, en el que se expresa, entre otras cuestiones, que no se tuvo conocimiento del evento lesivo hasta la fecha en que se conoció la reclamación de referencia, que se desconoce si el siniestro se puede imputar a la Administración o a otros, que la carretera está señalizada a 100 km./hora en un tramo con buena visibilidad y doble calzada de circulación, y que no han tenido comunicación ni aviso del CECOP ni de la Guardia Civil de Tráfico con motivo del siniestro en cuestión, ni para advertir de la presencia de piedras en la calzada ni para retirarlas, como es lo habitual.

**OCTAVO.-** Mediante oficio de 21 de septiembre de 2006 se otorgó a -- un trámite de audiencia y vista del expediente, sin que conste su comparecencia ni la presentación de alegaciones.

**NOVENO.-** Solicitado en su día al Parque Móvil de la citada Dirección General un informe sobre la valoración de los daños alegados por los interesados, fue emitido el 19 de mayo de 2008, en el que expresa que los daños que se deducen del informe pericial aportado por dicha compañía pueden corresponder perfectamente con los realmente ocasionados a tenor de los hechos alegados en la reclamación, y que la valoración de los daños realizada en dicho informe se considera correcta.

**DÉCIMO.-** Otorgado a la aseguradora un nuevo trámite de audiencia y vista del expediente mediante oficio de 7 de septiembre de 2009, no consta su comparecencia ni la presentación de alegaciones.

**UNDÉCIMO.-** Remitido aquél a este Consejo Jurídico en solicitud de su preceptivo Dictamen, mediante Acuerdo nº 11/2010, de 5 de noviembre, requirió al consultante la preceptiva propuesta de resolución, que no obraba en la documentación remitida. Posteriormente, fue trasladada a este Consejo Jurídico una propuesta de resolución, de 19 de julio de 2010,

desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que no se ha acreditado que los daños por los que se reclama tuvieran su causa en las piedras que se alega que existían en la carretera de referencia, pues sólo se aporta una denuncia del interesado realizada ante la Guardia Civil de Lorca después del presunto accidente, sin comprobación de tales hechos por parte de dicha autoridad. Añade la propuesta que el interesado no presenta ningún testigo de los hechos y que el informe emitido por la Dirección General de Carreteras expresa que no se les avisó de ninguna incidencia al respecto.

**DUODÉCIMO.-** Mediante Acuerdo 7/2011, de 21 de marzo, este Consejo Jurídico requirió al órgano consultante para que completara el expediente remitiendo el escrito de "--" y el informe técnico de la Dirección General de Carreteras al que se refiere el escrito de dicha Dirección de 10 de noviembre de 2003, reseñados en el Antecedente Cuarto. Por escrito registrado el 6 de abril de 2011, la Consejería remitió el presentado por la referida entidad, en el que, en nombre de la aseguradora --, solicitaba a la Dirección General que le informara sobre la titularidad de la carretera C-3211 y la entidad responsable de su mantenimiento en fecha 21 de septiembre de 2003, con motivo de un accidente allí sufrido por un cliente de dicha aseguradora. Además, la Dirección General remitió nuevamente su informe de 31 de marzo de 2006, reseñado en el Antecedente Séptimo.

**DECIMOTERCERO.-** A la vista de que dicho informe de 2006 no podía ser, por razones cronológicas, el informe técnico al que se refería aquélla en su escrito de 10 de noviembre de 2003, mediante Acuerdo 9/2011, de 27 de abril, este Consejo Jurídico volvió a requerir al consultante para que remitiera tal informe técnico. Ello fue cumplimentado por medio de escrito de la Consejería registrado el 12 de mayo de 2011, al que se adjunta un informe de la citada Dirección General de fecha 22 de octubre de 2003 en el que, con referencia a la previa solicitud de información presentada por "--", expresa lo mismo que dicha Dirección General comunicó a esta entidad en el escrito de 10 de noviembre de 2003, cuyo contenido se transcribió en el Antecedente Cuarto.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo

con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo de reclamación y procedimiento.**

I. En cuanto a la legitimación para deducir la pretensión indemnizatoria, de lo expresado en el Antecedente Primero se desprende que el x, directo perjudicado por los daños sufridos a causa del accidente señalado en su escrito de reclamación, confirió su representación, en dicho escrito, a su aseguradora --, que ha seguido la reclamación de aquél y que ha acreditado su subrogación en tal legitimación en lo que atañe a la parte de los daños que resarcó a su asegurado, según lo indicado en el Antecedente Cuarto. De esta manera, y conforme con lo allí expresado, debe considerarse que dicha compañía reclama, a título propio (por subrogación parcial en la posición de su asegurado), la cantidad de 586 euros, y 600 euros en nombre de su asegurado.

En cuanto a la legitimación pasiva, queda acreditado que la carretera C-3211, donde tuvo lugar el accidente, es de titularidad autonómica, según expresan los informes emitidos por la Dirección General de Carreteras.

II. La acción indemnizatoria se ha ejercitado dentro del plazo de un año desde que se produjo el accidente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. El procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería consultante se ha ajustado a lo dispuesto en los artículos 6 y siguientes RRP (Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo), salvo en lo concerniente al plazo para resolver la reclamación, que ha rebasado en exceso los tiempos prudenciales para ello.

Sin perjuicio de lo anterior, dado el tiempo transcurrido desde la presentación de la reclamación, la expedición de la certificación de acto presunto desestimatorio de la misma y la falta de comparecencia de los interesados en los dos trámites de audiencia concedidos, el órgano consultante deberá verificar que, en el momento de proceder a resolver expresamente la reclamación, no se ha dictado sentencia sobre el fondo del asunto, si es que hubiera recurso jurisdiccional sobre aquélla, recabando en tal caso la oportuna información de la Dirección de los Servicios Jurídicos.

**TERCERA.- Requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.**

I. El artículo 139.1 LPAC establece, con carácter general, que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Por tanto, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial administrativa son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 21 de abril y de 20 de mayo de 1998, entre otras muchas), los siguientes: que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación jurídica de soportarla; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, debiendo existir a tal efecto una relación jurídicamente adecuada de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión.

II. Acreditada la existencia de unos daños en el vehículo del reclamante x, según se desprende de los Antecedentes Primero y Noveno, procede analizar si se ha acreditado que los mismos pueden imputarse, en una relación de causa a efecto jurídicamente adecuada, al funcionamiento de los servicios regionales de conservación de carreteras y ser susceptibles de su resarcimiento por la Administración regional. En este sentido, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina consultiva, la mera producción de un daño con ocasión de la utilización de los bienes públicos no determina la responsabilidad patrimonial administrativa, y el hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no exime del imprescindible nexo causal adecuado entre la actuación de la Administración y el daño, como han puesto de manifiesto reiteradamente la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 2582/98, de 16 de julio) y pronunciamientos judiciales, entre ellos, la Sentencia de 13 de junio de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Fundamento Jurídico Tercero).

Por todo ello, en casos como el presente, es necesario acreditar que los daños por los que se reclama indemnización se debieron a un anormal funcionamiento de los servicios públicos regionales de vigilancia y conservación de sus carreteras. Para ello, es claro que el reclamante tiene, en primer lugar, la carga de probar que el accidente en cuestión se produjo a consecuencia del obstáculo que se alega que existía en la calzada, para luego, en caso afirmativo, analizar si, conforme con el estándar exigible de funcionamiento del servicio público, éste funcionó o no de acuerdo con dicho estándar a los efectos de prevenir la existencia y, en su caso, señalar y retirar el obstáculo en cuestión.

III. En el presente caso no puede considerarse acreditado que la causa del accidente fueran las piedras cuya presencia en la calzada se alega que existían en la carretera. La existencia del accidente fue reconocida por el informe de la Dirección General de Carreteras de 22 de octubre de 2003, reseñado en el Antecedente Decimotercero, así como en el posterior escrito de dicho órgano de 10 de noviembre siguiente, transcrito en el Antecedente Cuarto. Ello a pesar de la manifestación, errónea, realizada en el posterior informe de dicha Dirección de 31 de marzo de 2006, en el sentido de no tener noticias previas del suceso (sin que consten antecedentes sobre el modo en que la referida Dirección General conoció su acaecimiento ya en 2003, si bien se presume que pudo ser por medio de la empresa encargada entonces del mantenimiento de la carretera, a la que el reclamante podía haber requerido como testigo de los hechos). Pero de los reseñados documentos, aun puestos en relación con el previo escrito de -- (que se refiere, sin más, a un accidente acaecido en la C-3211 el 21 de septiembre de 2003), no se infieren las concretas circunstancias de tal accidente; es decir, que de aquéllos no se infiere que el accidente se debiera a las piedras que el reclamante alega que existían. Además, no se han aportado otros testigos posibles, ni la autoridad policial comprobó los hechos (no se la avisó en el mismo momento de ocurrir el accidente, para su personación y formulación de un atestado de presencia, sino que el reclamante presentó una denuncia al día siguiente, sin que consten más diligencias al respecto).

En definitiva, en el presente supuesto, si bien se acredita la existencia de un accidente acaecido en una carretera regional, no se ha acreditado la necesaria relación de causalidad, entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y el daño alegado, para declarar la responsabilidad patrimonial administrativa, lo que conduce a desestimar la reclamación, al igual que informamos, para casos análogos, en nuestros Dictámenes núms. 99 y 128 del 2004, 23 y 105 del 2005, y 127 del 2010, entre otros.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**-No se ha acreditado la adecuada relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de conservación de carreteras y el daño por el que se reclama, que es jurídicamente necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, se dictamina favorablemente la propuesta desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 150-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x., en relación con convocatoria concurso público de diversas bolsas de personal docente de sustitución.

**Consultante** Consejero de Universidades, Empresa e Investigación (2008)

**Fecha** 12/07/2011

**Extracto de doctrina**

Se advierte que, tras la instrucción realizada (que no terminó hasta la incorporación al expediente de los documentos reseñados en el Antecedente Quinto, relativos a la condición del reclamante de personal de la UPCT y a las retribuciones que percibió durante el tiempo en que fue contratado el sr. Díaz Madrid ), no se confirió al reclamante el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente previsto en el artículo 84 LPAC, cuya omisión en el presente caso resulta esencial, por cuanto dicho trámite le hubiera posibilitado conocer tales documentos y formular alegaciones al respecto, tratándose de documentos con evidente relevancia para la resolución de la reclamación. Ello implica que la subsanación de la omisión de dicho trámite sea necesaria para evitar en este punto la indefensión del interesado.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 7 de agosto de 2009 se presentó en el registro de la Universidad Politécnica de Cartagena (UPCT) un escrito en el que x formula contra la misma una reclamación de responsabilidad patrimonial. En síntesis, en dicho escrito el interesado manifiesta que por Resolución R-1036/08, de 18 de diciembre, del Rectorado de la UPCT, se convocó concurso público para la generación de diversas Bolsas de personal docente de sustitución, entre las que figuraba la Bolsa 41B/08/DS, correspondiente al Área de conocimiento de Electrónica.

Por Resolución R-179/09, de 24 de febrero, del citado órgano, se aprobaron las listas definitivas de admitidos en dicho concurso público, en la que figuraba el reclamante como admitido en la lista de la referida Bolsa. Con fecha 6 de marzo de 2009 se constituye la Comisión que ha de juzgar el concurso, levantando el Acta correspondiente, en la que figura la propuesta de candidatos, que es publicada desde el día 6 hasta el 18 de marzo de 2009 (para la presentación de alegaciones o reclamaciones, se deduce).

A la vista del expediente, el 18 de marzo de 2009 el x presenta reclamación frente a dicha propuesta, por no estar de acuerdo con la puntuación obtenida por él mismo y con la otorgada al x

(aunque no se dice en el escrito promotor del presente procedimiento, de lo instruido se deduce que tal propuesta otorgaba mayor puntuación al x que al reclamante, pretendiendo la reclamación entonces presentada que se otorgase mayor puntuación al x que al último citado).

Continúa el interesado indicando que la Comisión de Reclamaciones de la Universidad solicitó a la Comisión que juzgó el concurso de la Bolsa 41B/08/DS un informe sobre la valoración de los méritos realizada a ambos candidatos, informe que emitió el 2 de junio de 2009 (sin mayor concreción al respecto), y que el 10 de junio siguiente, reunida la Comisión de Reclamaciones, ésta *“considera justificadas las modificaciones realizadas en el x”* (también sin mayor aclaración).

Sigue diciendo el interesado que por Resolución del Rector R-593/09, de 28 de julio, se estimó parcialmente el *“recurso de alzada”* que interpuso contra *“la propuesta realizada por la Comisión que ha juzgado el concurso público para la generación de la Bolsa de personal docente de sustitución 41B/08/DS”*, resultando de dicha estimación una puntuación para él de 21,432, y para el x, de 21,008.

A partir de tales hechos, el reclamante manifiesta que tiene derecho a indemnización por anormal funcionamiento de la Administración Pública, cifrando aquélla en el salario no recibido, más 3000 euros por daños morales, debidos éstos a que *“la ilusión y el empeño que tenía el solicitante en ejercer de docente por primera vez en su vida en una institución pública fueron coartadas por el anormal funcionamiento de la Administración produciendo una enorme desilusión y desesperanza en el solicitante”*.

**SEGUNDO.-** El 25 de noviembre de 2009 la Jefa de la Asesoría Jurídica de la UPCT acuerda tener por iniciado procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial a instancia del interesado, lo que se le notifica.

En dicho acuerdo de iniciación, además, la instructora reproduce los hechos expresados en la reclamación, ampliándolos sólo en el extremo de especificar que la resolución del Rector por la que estimó parcialmente el recurso de alzada interpuesto por el interesado contra *“la propuesta realizada por la Comisión que ha juzgado el concurso público para la generación de la Bolsa de personal docente de sustitución 41B/08/DS”*, admitió las alegaciones del recurrente *“respecto a los apartados del Bloque III subapartado 5,1 de su propio Currículo, aunque no conlleve modificación numérica (de su puntuación, se deduce) y la modificación de las puntuaciones solicitadas respecto a la baremación dada al x respecto a los Bloques III y IV, pasando las de este último de 23,632 a 21,008 puntos, quedando, a su vez, la de x en 21,432 puntos”*, y que, a resultas de ello, la Comisión de Contratación de la UPCT hizo una nueva *“propuesta de adjudicación”* el 14 de

septiembre de 2009, proponiendo para la contratación en primer lugar a x, con una puntuación de 21,432, y en segundo lugar a x, con una puntuación de 21,008.

**TERCERO.-** Solicitado informe a la Unidad de Recursos Humanos de la Universidad, es emitido el 4 de marzo de 2010, en el que expresa, entre otros aspectos, que el 6 de marzo de 2009 se publicó la propuesta de la Comisión respecto de los candidatos para integrar la bolsa de trabajo 41B/08DS, en la que figuraba en primer lugar el x y en segundo lugar el reclamante, y que con efectos de 24 de marzo al 30 de septiembre de 2009 se contrató al primero como personal docente de sustitución, con una dedicación de 12 horas semanales, habiendo percibido por ello una retribución líquida de 4.022,56 euros. Dicho informe fue notificado al reclamante, otorgándole un plazo de 10 días para la formulación de alegaciones, sin que conste haber comparecido ni presentado escrito alguno.

El 12 de mayo de 2010, la citada Unidad amplía su informe anterior para expresar que la referida bolsa 41B/08DS se convocó para impartir 18 créditos, lo que supone una dedicación de 6 horas de docencia y 6 horas de tutoría semanales (en total, 12 horas semanales). Asimismo se notificó dicho informe al reclamante para la formulación de alegaciones, no constando actuación suya al respecto.

**CUARTO.-** El 12 de septiembre de 2010 la instructora solicita a la referida Unidad que informe si el reclamante es personal de la UPCT y, en caso afirmativo, que remita copia de su hoja de servicios, así como, en su caso, que certifique las retribuciones obtenidas entre el 24 de marzo al 30 de septiembre de 2009.

**QUINTO.-** Obra en el expediente un extracto de la hoja de servicios del reclamante, fechada el 14 de septiembre de 2010, de la que se desprende que lleva contratado en la UPCT desde el 2 de septiembre de 2004; asimismo, obra un certificado de dicha Unidad, de fecha 13 de octubre de 2010, en el que expresa que el reclamante percibió 15.990,75 euros durante el período del 24 de marzo de 2009 al 30 de septiembre del mismo año.

**SEXTO.-** El 14 de octubre de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar, por un lado, que la inclusión en una bolsa de trabajo no supone un derecho a ser contratado, sino una mera expectativa de derecho; por otro, por haberse acreditado que, durante el periodo en que fue contratado el x, por figurar éste entonces el primero en la referida bolsa de trabajo, el reclamante también estaba contratado por la UPCT, habiendo percibido en tal período una retribución muy superior a la recibida por el primero, por lo que, ante la

incompatibilidad en el desempeño de ambos puestos de trabajo, no existe un daño económico resarcible, ni daño moral alguno.

**SÉPTIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente tramitado, sin incluir su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la UPCT, asimilable a estos efectos a la Administración regional (Dictamen de este Consejo 74/2002, entre otros), de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas (RRP).

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde en principio al reclamante, por ser quien habría sufrido el daño económico (salario dejado de percibir) y moral (por no haber sido contratado en su momento por la UPCT), por los que reclama indemnización. La UPCT está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a su actuación en materia de formación de una bolsa de trabajo y la posterior contratación de un docente de sustitución para prestar servicios en dicho centro universitario.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos a considerar (los servicios docentes que devengarían el salario dejado de percibir se prestaron, previa su contratación, desde el 24 de marzo de 2009 al 30 de septiembre del mismo año) y la fecha de la presentación de la reclamación, que fue el 7 de agosto de 2009.

III. En lo que se refiere al procedimiento tramitado, se advierte, en primer lugar, que su completa instrucción hubiera requerido la incorporación al expediente de las actuaciones a las que se hace referencia en la reclamación (es decir, las relativas a la formación de la bolsa de trabajo de referencia, a la reclamación entonces presentada y al recurso interpuesto y luego parcialmente estimado) y en los informes posteriormente emitidos (singularmente, lo relativo a la contratación del x). Ello era especialmente procedente en este caso ante la falta de claridad y concreción de los hechos que se advierte en la reclamación, que no es eliminada completamente en los citados informes.

Además, y con mayor relevancia a estos efectos procedimentales, se advierte que, tras la instrucción realizada (que no terminó hasta la incorporación al expediente de los documentos reseñados en el Antecedente Quinto, relativos a la condición del reclamante de personal de la UPCT y a las retribuciones que percibió durante el tiempo en que fue contratado el x), no se confirió al reclamante el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente previsto en el artículo 84 LPAC, cuya omisión en el presente caso resulta esencial, por cuanto dicho trámite le hubiera posibilitado conocer tales documentos y formular alegaciones al respecto, tratándose de documentos con evidente relevancia para la resolución de la reclamación. Ello implica que la subsanación de la omisión de dicho trámite sea necesaria para evitar en este punto la indefensión del interesado.

En consecuencia, procede retrotraer el procedimiento a la fase anterior a la formulación de la propuesta de resolución, para incorporar al procedimiento los antecedentes reseñados (actuaciones relativas a la formación de la bolsa de trabajo y la contratación del x subsiguiente a la misma), tras lo cual deberá otorgarse al reclamante un trámite de audiencia y vista del expediente, con posterior formulación de una nueva propuesta de resolución, debiendo luego remitir el expediente a este Consejo Jurídico, con inclusión de su índice y extracto reglamentarios (art. 46 Decreto regional 15/1998, de 2 de abril), para la emisión del Dictamen que proceda.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Procede retrotraer el procedimiento a la fase anterior a la formulación de la propuesta de resolución, para incorporar al procedimiento los antecedentes reseñados (actuaciones relativas a la formación de la bolsa de trabajo y la contratación subsiguiente a la misma), tras lo cual deberá otorgarse al reclamante un trámite de audiencia y vista del expediente,

con posterior formulación de una nueva propuesta de resolución, debiendo luego remitir el expediente a este Consejo Jurídico, con inclusión de su índice y extracto reglamentarios, para la emisión del Dictamen que proceda, por las razones expresadas en la Consideración Segunda, III del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto del presente Dictamen, desestimatoria de la reclamación, se informa desfavorablemente, sin perjuicio de lo anteriormente indicado.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 151-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro sanitario.  
**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)  
**Fecha** 12/07/2011

**Extracto de doctrina**

Puede afirmarse que la reclamante hizo un uso indebido de la referida instalación (la calzada), al utilizarla como impropio acceso de peatones, cruzándola por un lugar no habilitado al efecto. La posición jurídica de la reclamante y la Administración reclamada, y la conducta de la primera, juegan aquí un papel relevante a efectos de determinar o no la responsabilidad pretendida, pues la interesada no es un usuario normal o autorizado de tal instalación.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante oficio (“*nota interior*”) de 27 de mayo de 2010, el Director Gerente del hospital “*Morales Meseguer*”, de Murcia, remitió al Servicio Murciano de Salud (SMS) un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial formulado por x, en el que expresa que el día 23/04/10, sobre las 11 horas, cuando cruzaba hacia la acera en la zona de Urgencias de dicho hospital, sufrió una caída al tropezar con un clavo que estaba clavado en el suelo. Añade que fue auxiliada por un guardia de seguridad del hospital, que la acompañó al interior del Servicio de Urgencias, donde fue atendida. Por dicha caída, solicita indemnización de los daños y perjuicios sufridos, sin mayor especificación.

Asimismo, en lo relativo a la producción del accidente, el citado Director Gerente remite la siguiente documentación:

- Parte de trabajo rubricado por x, y, z, empleados de -- (empresa de servicios de vigilancia del hospital), de fecha 23/04/10, que expresa lo siguiente:

*“(...) 11:19 horas. Una señora tropieza con un tornillo sobresaliente de un pivote, al cruzar la calzada, en la cuesta de Urgencias. Entre una joven y yo levantamos a la señora y ésta puede subir sin requerir nuestra ayuda (x, auxiliar de servicios)”.*

- Parte de trabajo emitido por x, vigilante de la misma empresa, de fecha 23/4/10, que refleja lo siguiente: *“(...) 11:19 horas. Me comunica el controlador que una señora tropieza con un tornillo*

*sobresaliente de un pivote, al cruzar la calle de la rampa de urgencias. El controlador x ayuda a la señora a levantarse; la señora se dirige a Urgencias sin más.”*

- Informe de 21/5/10, emitido por x, Ingeniero Técnico Industrial y Jefe de Sección de Mantenimiento del hospital, que expresa lo siguiente:

*“Recibida reclamación de x, con registro de referencia R10/363, donde declara haber chocado con un clavo a ras del suelo al cruzar la rampa de acceso a Urgencias, procedo a aportar los datos obtenidos sobre el accidente acaecido”. A este respecto, acompaña una fotografía del lugar de los hechos (la rampa para el acceso de vehículos a la puerta del Servicio de Urgencias, dentro del recinto hospitalario), sobre la que indica que “el segmento orientado (una flecha) representa el sentido que llevaba la Sra. Y la elipse (un círculo) el punto donde se produjo el choque o traspie”.*

En cuanto a la documentación clínica, el citado Director Gerente remite la siguiente:

- Informe médico de 23/4/10, del Servicio de Urgencias del citado hospital, relativo a la reclamante, en el que se refiere que *“esta mañana sufre caída fortuita con traumatismo en ambas muñecas, codo izquierdo y región costal izquierda”,* con diagnóstico de *“Policontusionado. Artritis traumática de codo”* y prescripción de medicación, reposo relativo y colocación de férula en el codo izquierdo durante 5 días.

- Informe de 6/5/10, de un facultativo de la Gerencia de Atención Primaria de Murcia (GAPM) dirigido al citado Servicio de Urgencias (hoja de interconsulta), para nueva valoración de la paciente, tras consulta de ésta a dicho facultativo por persistir las molestias derivadas de la caída del 23/4/10. En dicho informe se indica, a la vista de las radiografías aportadas, una *“probable fractura impactada de cabeza radial”.*

- Informe médico de 6/05/10 del mencionado Servicio de Urgencias, en el que se diagnostica a la paciente *“fractura cabeza radio no desplazado grado I”,* prescribiendo férula en codo izquierdo a 90º y revisión por traumatólogo de zona.

**SEGUNDO.-** Por el Director Gerente del SMS se dictó, en fecha 23 de agosto de 2010, resolución de admisión a trámite de la reclamación, que fue notificada a los interesados, requiriendo a la reclamante que concretara los medios de prueba de los que pretendiera valerse, así como que especificara la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible.

**TERCERO.-** En fecha 14/9/10 la reclamante presenta escrito proponiendo la práctica de la prueba testifical de x, testigo presencial de los hechos, y de x, empleada de la empresa x. Asimismo, propone la prueba documental aportada junto a su escrito inicial. Por otra parte, expresa que no puede cuantificar en este momento la evaluación económica de las lesiones sufridas por encontrarse en la actualidad en tratamiento médico y período de curación, y que reclama también por los gastos médicos soportados, cuyas facturas aportará en cuanto disponga de ellas.

**CUARTO.-** En fecha 1/10/10, la instrucción notifica a la reclamante la admisión e incorporación al expediente de la prueba documental aportada. Respecto a la prueba testifical propuesta, se le informa que su práctica se estima innecesaria en la medida en que en el expediente obran los partes de trabajo emitidos sobre los hechos por los testigos propuestos.

Adjunta a su escrito diversa documentación sobre la realización de sesiones de rehabilitación por persistencia de incapacidad funcional en codo y carpo izquierdo derivada de la caída en cuestión, según informe de 25/5/10 de un facultativo de la GAPM; otro informe de 24/6/10, del mismo facultativo, en el que se refleja la mejoría en el codo, pero que persiste importante inflamación y dolor en la mano izquierda, derivándola al Servicio de Urgencias del citado hospital, e informe de este último de 25/6/10 descartando fractura, tras radiografía. También aporta informe de la Mutua de Accidentes de Trabajo --, sobre el proceso sanitario seguido, y un parte de baja laboral.

**QUINTO.-** Mediante oficio de 28 de septiembre de 2010 se otorga a los interesados un trámite de audiencia y vista del expediente, compareciendo la reclamante y formulando alegaciones, en las que expresa que mantiene la existencia de responsabilidad del SMS y que realizará la valoración de la indemnización por lesiones y gastos médicos (que no concreta) cuando obtenga el alta médica.

**SEXTO.-** El 29 de octubre de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que la conducta de la accidentada rompe el nexo causal, erigiéndose en la desencadenante objetiva del percance, pues circulaba por la calzada de acceso de vehículos al Servicio de Urgencias, por un lugar no habilitado normativamente para el tránsito de peatones, de forma que si hubiese cruzado por lugar habilitado para el paso de peatones, no se hubiese producido el accidente, existiendo, por ello, culpa exclusiva de la víctima.

**SÉPTIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

I. En cuanto a la legitimación activa, corresponde a la reclamante, por ser quien sufre los daños eventualmente susceptibles de indemnización (sin perjuicio de lo que se dirá posteriormente sobre su falta de concreción por la reclamante). En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, por ser de su competencia el mantenimiento y conservación de la instalación donde se produjo el hecho por el que se reclama, la vía interior de acceso de vehículos al área de Urgencias del hospital de referencia, es decir, ya dentro del recinto hospitalario.

II. La reclamación de responsabilidad se ha formulado dentro del plazo de un año desde que se produjo el accidente, por lo que no hay reparos de temporaneidad que oponer a dicha acción, a la vista de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. El procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería consultante se ha ajustado, en lo esencial, a lo dispuesto en los artículos 6 y siguientes RRP (Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo).

#### **TERCERA.- Requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial administrativa.**

I. El artículo 139.1 LPAC establece, con carácter general, que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Los presupuestos de la responsabilidad patrimonial administrativa son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 21 de abril y de 20 de mayo de 1998, entre otras muchas), los siguientes: que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que sea concreta, efectiva y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación jurídica de soportarla; que la lesión sea imputable a la Administración, consecuencia del funcionamiento normal o anormal, por acción u omisión, de los servicios públicos, debiendo existir en este punto una relación adecuada, en términos jurídicos, de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión; relación de causalidad adecuada para cuya determinación deben tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, la posición jurídica del reclamante en relación con la Administración a la que reclama y la incidencia de la conducta de aquél o de un tercero en la producción de dicha lesión (STS, Sala 3ª, de 19 de enero de 1987 y Dictamen del Consejo de Estado nº 385/2001, de 26 de abril).

II. Por lo que se refiere al primer presupuesto que ha de concurrir, el relativo a la existencia de daños efectivos potencialmente imputables a la actuación administrativa, debe decirse que la reclamante se refiere en sus escritos a lesiones y gastos médicos de una forma genérica, sin concretarlos ni valorarlos económicamente (manifiesta que ello lo hará cuando reciba el alta médica), circunstancia que, obviamente, le perjudica en tanto no acredite la existencia efectiva de tales daños. Ahora bien, ello no obstaría para la adopción de una eventual resolución indemnizatoria si, concurriendo los demás requisitos legales para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, de la documentación obrante en el expediente se pudieran considerar acreditados algunos daños efectivos, como resultaría ser un determinado periodo de incapacidad temporal ya sufrido por la reclamante, lo que no resulta cuestionable a la vista de la documentación clínica aportada.

III. Partiendo de lo anterior, para determinar la existencia o no de una relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento del servicio público y los daños por los que eventualmente podría reconocerse indemnización, en el presente caso debe analizarse de forma esencial si la reclamante hizo un adecuado uso de la instalación de referencia, por cuanto la conducta del perjudicado puede enervar, en determinados casos, la responsabilidad de la Administración.

Así, tratándose la instalación de referencia de una vía interior del recinto hospitalario para el acceso de vehículos a la zona de Urgencias del hospital, y acreditado que la caída se produjo en la calzada de esta vía, debido a un elemento sobresaliente de la misma, este obstáculo no estaba ubicado en un paso de peatones habilitado en dicha calzada, ni se acredita que el acceso peatonal

a la zona de Urgencias sólo fuera posible del modo en que fue realizado por la interesada (en la foto se advierten aceras laterales en la calzada, que permiten el tránsito peatonal). Por todo ello, puede afirmarse que la reclamante hizo un uso indebido de la referida instalación (la calzada), al utilizarla como impropio acceso de peatones, cruzándola por un lugar no habilitado al efecto. La posición jurídica de la reclamante y la Administración reclamada, y la conducta de la primera, juegan aquí un papel relevante a efectos de determinar o no la responsabilidad pretendida, pues la interesada no es un usuario normal o autorizado de tal instalación (que son los conductores de los vehículos que acceden por la misma al área de Urgencias, a cuya protección debe ir esencialmente dirigida la actuación de los servicios de mantenimiento del hospital en este caso) que hubiera sufrido daños derivados de una deficiencia de dicha calzada, concurriendo su conducta culposa en la conducción (caso éste en el que, en principio, procedería un reparto de responsabilidades), sino, como se dice, un particular que hace un uso peatonal indebido de tal instalación, cuya conducta es esencialmente determinante en la producción de los daños, todo lo cual hace recaer en el perjudicado los riesgos de su decisión, por lo que puede decirse que tiene el deber jurídico de soportar el daño materializado.

En este sentido, es plenamente aplicable lo establecido en sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 14 de diciembre de 2007, que expresa que *“al no haber utilizado la actora el paso de peatones, que según la prueba testifical estaba a unos 1,80 metros, incurrió en una conducta cuanto menos imprudente y asumió lo que la doctrina entiende, en lo referente a responsabilidad objetiva, como teoría del riesgo aceptado, “incremento del riesgo, asunción del propio riesgo y de la confianza”, dentro del riesgo general de la vida (STS de 21-10-05). Y en este sentido Sentencias de 26-02-03 y 31-05-03 de esta Sala y Sección, la última nº 987/07, de 14 de noviembre de 2007”*

En análogo sentido, destacando aquí la conducta del perjudicado como determinante de la ruptura del adecuado nexo causal entre el funcionamiento del servicio y los daños reclamados a efectos de declarar la responsabilidad patrimonial administrativa, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía de fecha 24/02/06 destaca que *“existe un elemento que rompe el nexo causal; el propio comportamiento del actor, por cruzar la calzada por lugar no habilitado normativamente para los peatones (...). Siendo incontestada la disgregación del aglomerado de la calzada, sin embargo la caída obedeció a una falta de diligencia en la conducta de la víctima, que andaba por donde no debía. Con o sin disgregaciones del pavimento, si el actor hubiera cumplido la normativa de tráfico, no se hubiera producido el accidente. (...) Ese desperfecto no constituye un peligro para el peatón que circula por donde debe (la acera). Pero además tampoco es un obstáculo insalvable o peligroso por sí mismo para quien, aún cruzando la*

*calzada, lo haga con la atención debida que en estos casos se exige. Por lo que no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada.”*

En consecuencia, no concurriendo el nexo causal jurídicamente adecuado entre la actuación administrativa y los daños producidos, que la reclamante tiene el deber jurídico de soportar, y que es necesario para determinar la responsabilidad patrimonial administrativa, procede desestimar la reclamación de referencia.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** En el caso objeto de consulta, no existe la adecuada relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños producidos, que es jurídicamente necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** En consecuencia, la propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación presentada, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 152-2011**

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto por el que se dictan normas para la desinfección de vehículos destinados al transporte por carretera en el sector ganadero y se regula el registro de centros de desinfección de la Región de Murcia.
<b>Consultante</b>	Consejero de Agricultura y Agua (2004)
<b>Fecha</b>	18/07/2011

**Extracto doctrina**

1. El control administrativo de los cambios de titularidad en los centros objeto de regulación por el proyecto debe instrumentarse mediante las técnicas de comunicación y/o declaración responsable ante la Administración, previstas en el ordenamiento jurídico (...) Dichas figuras de la comunicación y la declaración responsable se regulan con carácter general en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), al que nos remitimos, no sin destacar, como ya hicimos en el Dictamen nº 226/10, de 22 de noviembre, que “la LPAC da primacía a la declaración responsable, lo que supone la consolidación del papel preeminente que la Ley 17/2009 confiere a esta técnica. La declaración responsable permite “acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio”, en tanto que la comunicación previa queda referida “al ejercicio de un derecho o inicio de una actividad”; lo que en principio podría constituir una diferencia entre ambas técnicas no puede afirmarse de modo tajante, a la vista de la previsión del apartado 3 del precepto, que afirma que tanto la comunicación previa como la declaración responsable tienen la virtualidad de permitir, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, lo que origina un solapamiento entre ambas figuras”. De este modo, la correcta elección y aplicación de una u otra figura dependerá esencialmente de las circunstancias del caso concreto.

2. Se defraudaría en la práctica la finalidad del artículo 27.6 de la ley 11/07 si, para hacer operativo su supuesto excepcional y, en consecuencia, habilitar la imposición reglamentaria de una obligación de comunicación electrónica con la Administración, las normas jurídicas sectoriales establecieran de forma indiscriminada la obligación de los interesados de tener que disponer de los correspondientes medios tecnológicos, pues lo que pretende dicho precepto es que tal disponibilidad se derive de una previa capacidad de aquéllos a la vista de alguna de las circunstancias que se expresan en el citado precepto legal, que deberán ser ponderadas en cada caso en que se aborde una regulación sectorial de las comunicaciones electrónicas entre los interesados y la Administración competente.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Las primeras actuaciones que obran en el expediente remitido consisten en diversos oficios de 18 de agosto de 2009, dirigidos a determinadas entidades del sector ganadero

regional (Organizaciones representativas agrarias, Asociaciones de Defensa sanitaria de ovino-caprino, porcino y bovino, la Asociación Nacional de Transportistas de Animales, centros regionales de limpieza y desinfección de vehículos de transporte ganadero y mataderos regionales), mediante los cuales el Director General de Ganadería y Pesca de la Consejería de Agricultura y Agua remitía, para la formulación de alegaciones por dichas entidades, un borrador de Decreto de modificación del Decreto regional 60/1989, de 6 de julio, por el que se dictan normas para la desinfección de vehículos destinados al transporte de ganado y se crea el Registro de los Centros de Desinfección de la Región de Murcia.

**SEGUNDO.-** En atención a esos oficios, en diversas fechas se reciben alegaciones de algunas de dichas entidades, que son analizadas en el informe de 11 de febrero de 2010, del Servicio de Sanidad Animal de la citada Dirección General, estimando o desestimándolas, según el caso, siendo algunas de ellas de posterior comentario en las siguientes Consideraciones.

**TERCERO.-** En la misma fecha, la Asesora Jurídica de dicha Dirección General emite informe en el que estima procedente aprobar la nueva regulación propuesta, a la vista del RD 1559/2005, de 23 de diciembre, sobre condiciones básicas que deben cumplir los centros de limpieza y desinfección de los vehículos dedicados al transporte por carretera en el sector ganadero, modificado por RD 363/2009, de 20 de marzo, pero instrumentando la nueva regulación regional por la vía de la aprobación de un nuevo Decreto, y no de uno de modificación del Decreto 60/89, antes citado, y ello para conseguir una mayor comprensión y clarificación en la materia. Elaborado un nuevo proyecto de Decreto con esta nueva configuración, en informe de 15 de febrero siguiente, dicha Asesora considera innecesario proceder a otorgar un nuevo trámite de audiencia a las entidades interesadas, pues el contenido de éste no difiere, en lo sustancial, del remitido en su día a aquéllas, incluyendo ya el nuevo borrador las variaciones derivadas de la estimación de alguna de las alegaciones presentadas en su día. En la misma fecha emite un informe sobre el impacto por razón de género de la futura disposición.

**CUARTO.-** El 17 de febrero de 2010, el titular de la referida Dirección General emite informe-propuesta, dirigida al Consejero competente, para la aprobación del borrador de referencia, previos los trámites pertinentes, indicando en el mismo que su aprobación no generará ningún compromiso de carácter económico, pues la tramitación de los expedientes en aplicación de la nueva norma será realizada con el personal y los medios actualmente existentes. A dicho informe-propuesta adjunta una denominada "*ficha-proyecto de disposición*", que recoge los aspectos esenciales del mismo.

**QUINTO.-** En informe de 15 de marzo siguiente, el Secretario del Consejo Asesor Regional de las Organizaciones Profesionales Agrarias (CAROPA) expresa que el 9 anterior se reunió dicho órgano para analizar el borrador de proyecto de Decreto en cuestión, formulando una alegación, que posteriormente se analizará.

**SEXTO.-** El 22 de marzo de 2010 el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería emite informe sobre el referido borrador, formulando diversas consideraciones sobre su sistemática y el contenido de algunos de sus preceptos, para la mejora técnica del texto, además de señalar, respecto de la base de datos informática regulada en el mismo, que no consta en el expediente ninguna referencia a su coste económico si hubiera de crearse, o si se dispone ya de la correspondiente aplicación informática.

**SÉPTIMO.-** El 19 de abril de 2010, el Servicio de Sanidad Animal de la Dirección General competente emite informe en el que analiza las observaciones realizadas en el anterior informe, aceptándolas y realizando las oportunas modificaciones en un nuevo borrador, añadiendo que la base de datos informática en cuestión se encuentra ya desarrollada, al formar parte de la base de datos REMO, lo que implica que no vaya a generarse ningún nuevo coste económico por la regulación proyectada en este punto. Asimismo se pronuncia sobre la alegación del CAROPA, en los términos que se analizarán posteriormente.

**OCTAVO.-** El 29 de abril siguiente, el Jefe del Servicio Económico Presupuestario de la Secretaría General de la Consejería consultante emite informe económico sobre el borrador de proyecto, concluyendo que de su aprobación no se derivaría ningún compromiso económico, pues los expedientes derivados de su aplicación serán atendidos por el personal y con los medios existentes.

**NOVENO.-** En la misma fecha, la Vicesecretaria de la Consejería emite informe favorable a la aprobación del borrador.

**DÉCIMO.-** Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, fue emitido el 18 de junio de 2010, en el que, en síntesis, expresa su parecer favorable al proyecto, si bien destaca la irregularidad de su tramitación, al haberse comenzado con la remisión de un primer borrador a las entidades interesadas del sector en vez de con los informes relativos a la legalidad, oportunidad, memoria económica y demás trámites internos sobre la iniciativa reglamentaria en cuestión, que deberían haber sido previos al trámite de audiencia realizado. Además, indica que debe completarse la memoria económica para realizar un análisis económico general de la repercusión de la futura norma, y justificarse el modo elegido respecto de la participación de los

interesados en el procedimiento, así como que debería recabarse el parecer de la Consejería de Sanidad y Consumo. En cuanto al fondo, realiza diversas consideraciones puntuales para la mejora técnica del texto.

**UNDÉCIMO.-** El 4 de octubre de 2010 la Asesora Jurídica de la Dirección General de Ganadería y Pesca emite informe en el que analiza las observaciones contenidas en el informe anterior; en síntesis, respecto del trámite de participación a los interesados, indica que el borrador se envió a las entidades más representativas del sector ganadero afectado, y que no se remitió a la Consejería de Sanidad y Consumo porque el borrador se refiere a ganado vivo, lo que no es competencia de aquélla. En cuanto a las repercusiones de la futura norma en el sector, indica que hay registrados en la Región 41 centros de desinfección y limpieza a los que se refiere el borrador, y que el coste económico de la implantación o adaptación de dichos centros conforme al nuevo Decreto dependerá de las características de cada uno de ellos; y, en cuanto a los transportistas, el coste dependerá del número de desinfecciones que tengan que realizar, por lo que el citado aspecto es difícilmente cuantificable para el sector. En cuanto a las observaciones de fondo, las analiza para determinar las que deben ser estimadas y las que no, procediéndose en consecuencia a la elaboración de un último borrador, que es autorizado como texto final mediante diligencia de 26 de octubre de 2010 del Secretario General de la Consejería (f. 304 a 316 exp.).

**DUODÉCIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de Decreto que desarrolla la normativa básica del Estado que se reseñará en Consideraciones posteriores, por lo que tiene carácter preceptivo, conforme con lo previsto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

A pesar de que, como se indicó en el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, la Consejería consultante no siguió el correcto orden de los trámites que integran el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias establecido en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, al comenzar las actuaciones con el trámite de participación del sector afectado y proceder sólo después a la emisión de las memorias e informes preceptivos, los cuales, según la sistemática del referido precepto, deben preceder al indicado trámite de audiencia (salvo en el caso de los informes de la Vicesecretaría, de la Dirección de los Servicios Jurídicos y de este Consejo Jurídico, que deben ser posteriores al mismo), lo cierto es que, en definitiva, obran en el expediente los trámites esenciales exigidos en este tipo de procedimientos, por lo que cabe analizar el fondo del proyecto sometido a consulta.

### **TERCERA.- Contenido del Proyecto.**

En síntesis, el proyecto dictaminado, por el que se dictan normas para la desinfección de vehículos destinados al transporte por carretera en el sector ganadero y se regula el Registro de Centros de Desinfección de la Región de Murcia, se compone de:

- Exposición de motivos.

- 13 artículos, relativos al objeto y ámbito de aplicación de la norma; definiciones y clasificación de los centros de limpieza y desinfección; autorización de los mismos; creación del Registro Regional de estos centros; inscripción en el mismo; cambio de titularidad del centro; suspensión temporal de su actividad y baja; tramitación y resolución de expedientes; funcionamiento de los centros; justificación de las labores de limpieza y desinfección; base de datos de centros; controles; infracciones y sanciones.

- Tres Disposiciones Transitorias, sobre: validez temporal de los certificados de limpieza y desinfección expedidos de forma manual; solicitudes en tramitación a la entrada en vigor del nuevo Decreto; centros inscritos con anterioridad a la entrada en vigor de éste.

- Una Disposición Derogatoria del Decreto regional 60/1989, de 6 de julio, por el que se dictan normas para la desinfección de vehículos dedicados al transporte de ganado y se regula el Registro de Centros de Desinfección de la Región de Murcia.

-Una Disposición Final, sobre la entrada en vigor del nuevo Decreto.

**CUARTA.- Competencia regional y habilitación normativa. El ajuste del proyecto a la normativa sectorial básica, a las Leyes estatales 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, y 17/2009, de 23 de diciembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Influencia del Decreto regional 286/2010, de 5 de noviembre, de medidas de simplificación documental en los procedimientos administrativos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la región de Murcia, y de sus normas de desarrollo.**

I. La materia a la que se refiere el proyecto dictaminado ha de encuadrarse en el título competencial regional relativo a ganadería, sobre el que nuestra Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva, conforme con lo establecido en el artículo 10.Uno.6 del Estatuto de Autonomía, competencia que debe ejercerse *“de acuerdo con la ordenación general de la economía”* y, de acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional, respetando asimismo otras competencias estatales que puedan concurrir e incidir en la materia, como es, en el caso, la relativa a la sanidad y, más específicamente, la sanidad animal, fruto de la cual el Estado aprobó la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal (LSA), y, en su desarrollo, con carácter básico, el Real Decreto 1559/2005, de 23 de diciembre, sobre condiciones básicas que deben cumplir los centros de limpieza y desinfección dedicados al transporte por carretera en el sector ganadero, modificado por RD 363/2009, de 20 de marzo.

A partir del marco básico sectorial que imponen dichas normas, la Comunidad Autónoma puede establecer su propia regulación en la materia; ello ya se hizo, previamente al dictado de tales normas, mediante el Decreto 60/1989, ya citado, en desarrollo, entonces, de la norma preconstitucional que regulaba estos aspectos, el Reglamento de Epizootias de 4 de febrero de 1955. Posteriormente, el Estado dictó otra norma reglamentaria en la materia, el RD 644/2002, de 5 de julio, también básico, derogado por el vigente y citado RD 1559/05. Puede afirmarse, pues, con carácter general, que, en el marco configurado por dichas normas estatales, existe competencia autonómica para adoptar la regulación pretendida, sin perjuicio de lo que se dirá a continuación sobre su ajuste al marco legal de obligada observancia.

El proyecto de Decreto pretende actualizar la regulación contenida en el Decreto 60/89, para ajustarse al marco normativo que representa en esta materia, de modo directo, el artículo 49 LSA y el último RD citado. Pero también habrá de respetarse, señaladamente, lo establecido en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (en adelante, Ley 11/07) y la Ley 17/2009, de 23 de diciembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, Ley 17/09), en cuanto son normas jurídicas de incidencia general o transversal, aplicables de este modo a la materia que nos ocupa. El proyecto también

deberá guardar coherencia con la normativa regional que ha desarrollado las citadas leyes, como el Decreto regional 286/2010, de 5 de noviembre, de medidas de simplificación documental en los procedimientos administrativos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la región de Murcia.

En general, debe señalarse que el proyecto se ajusta a lo establecido en las referidas normas jurídicas, salvo en los aspectos que se analizarán a continuación, además de realizar también aquí unas observaciones sobre algunas de las determinaciones proyectadas que requieren de una justificación adicional en el expediente para despejar las dudas al respecto.

II. Procede, en primer lugar, abordar lo establecido en el artículo 6, en concordancia con el 8.4 y 5, del proyecto, de los que se desprende que se someten a autorización administrativa (con régimen de silencio administrativo negativo, tras el transcurso de seis meses desde su solicitud), los cambios de titularidad de los centros de limpieza y desinfección a que se refiere la norma. Según se infiere de dicho artículo 6, no se trata de una autorización previa a la realización del correspondiente negocio jurídico privado en el que se instrumente en cada caso el cambio de titularidad, sino de una autorización posterior al mismo, lo que implica que, sin perjuicio de los efectos civiles o mercantiles del negocio jurídico privado, éste no tendrá efectos administrativos en tanto la Administración no autorice dicho cambio de titularidad, por lo que, hasta tal momento, ésta deberá tener por titular del centro, a los efectos de la normativa sectorial correspondiente, al que le conste como último titular autorizado.

Sin embargo, el artículo 49 LSA sólo sujeta a autorización administrativa a los centros de limpieza y desinfección, es decir, a las instalaciones mismas dedicadas a las correspondientes actividades, pues establece que los vehículos o medios de transporte en el sector ganadero, una vez realizada la descarga, deben ser limpiados de residuos sólidos, lavados y desinfectados, con productos autorizados, *“en el centro de limpieza y desinfección más cercano habilitado para tal fin, el cual expedirá un justificante de la labor realizada, que deberá acompañar al transporte”*. Es decir, se prevé una autorización para el funcionamiento de tales centros. En estricto cumplimiento de dicha previsión legal, el RD 1559/05 sólo se refiere, en todo su articulado, a la autorización de tales centros, y no de sus titulares (es una autorización objetiva, no subjetiva): así, vgr., su artículo 2.1 expresa que *“los centros de limpieza y desinfección serán autorizados...”*, y en su apartado 3 señala que *“la autoridad competente asignará un número de autorización a cada centro...”* (es decir, a la instalación, no a la entidad titular que en cada momento sea titular del mismo); y el artículo 3 indica que, *“para poder ser autorizados por la autoridad competente, los centros de limpieza y desinfección deberán reunir, al menos, los siguientes requisitos...”*. Ello no obsta para que, entre tales requisitos, hayan algunos de índole subjetiva, como que exista un responsable del

centro, que debe controlar todo el proceso y expedir el correspondiente certificado de desinfección, y responsable especialmente de la elección y dilución del plaguicida-biocida de uso ganadero, por lo que deberá estar en posesión de la correspondiente acreditación de manipulador de plaguicidas-biocidas (art. 3.3 y Anexo III). Ahora bien, el cambio en la titularidad del centro no implica necesariamente el cambio de este responsable (cuya existencia y acreditación administrativa sí es un requisito de funcionamiento del centro). De ello se concluye que la prevista autorización administrativa previa para los cambios de titularidad en los centros de referencia carecería de previsión legal (exigencia esta última acentuada, si cabe, tras la entrada en vigor de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, en adelante DS).

Además de lo anterior, a la misma conclusión se llega a la vista de lo establecido en la Ley 17/09, de la que, en unión de lo dicho respecto del alcance habilitante del artículo 49 LSA, se desprende que el control administrativo de los cambios de titularidad en los centros objeto de regulación por el proyecto debe instrumentarse mediante las técnicas de comunicación y/o declaración responsable ante la Administración, previstas en el ordenamiento jurídico, como se va a ver.

Así, las normas sectoriales aplicables a la materia que nos ocupa deben interpretarse en concordancia con lo establecido en la referida DS y en la Ley 17/09, de transposición de aquélla al ordenamiento español. El Considerando 43 DS expresa que la sujeción de la prestación de servicios a los que se refiere (entre los que deben incluirse los relativos a la limpieza y desinfección de vehículos dedicados al transporte en el sector ganadero que nos ocupa) a una previa autorización administrativa, debe limitarse a los casos en que ello sea indispensable, de forma que el control *“a priori”* *“sólo es admisible en aquellos casos en que no resultaría eficaz hacer un control a posteriori, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar los defectos de los servicios en cuestión y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control a priori”* (Considerando 54). De ahí que la citada Ley 17/2009 establezca en su artículo 5,c) *“in fine”* que *“en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad”*. Dichas figuras de la comunicación y la declaración responsable se regulan con carácter general en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), al que nos remitimos, no sin destacar, como ya hicimos en el Dictamen nº 226/10, de 22 de noviembre, que *“la LPAC da primacía a la declaración responsable, lo que supone la consolidación del papel*

*preeminente que la Ley 17/2009 confiere a esta técnica. La declaración responsable permite “acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio”, en tanto que la comunicación previa queda referida “al ejercicio de un derecho o inicio de una actividad”; lo que en principio podría constituir una diferencia entre ambas técnicas no puede afirmarse de modo tajante, a la vista de la previsión del apartado 3 del precepto, que afirma que tanto la comunicación previa como la declaración responsable tienen la virtualidad de permitir, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, lo que origina un solapamiento entre ambas figuras”. De este modo, la correcta elección y aplicación de una u otra figura dependerá esencialmente de las circunstancias del caso concreto.*

Además, conviene avanzar ya que la previsión de la técnica de la comunicación o la declaración responsable en lugar de la tradicional de la autorización administrativa, implica adaptaciones en la normativa a aprobar, pues, en la medida en que no se esté ante una solicitud o instancia propiamente dicha, sino ante una comunicación o declaración del interesado, en el nuevo Decreto que se tramita deberá distinguirse entre los supuestos en que procederá dictar una resolución de autorización de funcionamiento (o de modificación, suspensión o revocación de aquella), sin perjuicio en tales casos de la posterior inscripción de su contenido en el Registro administrativo que se crea, y los supuestos en los que sólo procederá realizar actos de inscripción en dicho Registro, como en los supuestos sujetos a comunicaciones o declaraciones de los interesados, cuando así proceda. Ello implicará realizar en el proyecto las adaptaciones oportunas, que se indicarán en la presente y en posteriores Consideraciones.

Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, deben señalarse las determinaciones normativas que procede establecer en el proyecto en relación con la técnica de control consistente en la exigencia de autorización administrativa previa. Así, puede y debe preverse que la realización de los servicios de limpieza y desinfección de vehículos dedicados al transporte ganadero se someta a tal previa autorización, como establece correctamente el proyectado artículo 3. Pero también cabe que se someta a autorización previa el cambio de clasificación de un centro (a la vista de las categorías establecidas en el proyectado artículo 2.2), la modificación de las instalaciones autorizadas cuando ello afecte a la realización de las operaciones de limpieza y desinfección, o el cambio del responsable del centro, pues se trataría en todos estos supuestos de circunstancias que afectarían a su funcionamiento, y constituirían modificaciones sobre el alcance y condiciones de la inicial autorización, de forma que se estaría asimismo dentro del ámbito del artículo 49 LSA; en el proyecto no queda claro si estos supuestos se sujetan también a previa autorización, de modo que, si así se pretendiera, sería conveniente explicitarlo (por ejemplo, en un nuevo número del artículo 5, en el que se expresara que en tales casos deberá solicitarse la correspondiente modificación de la autorización, debiendo acompañarse los documentos

correspondientes al supuesto de que se trate, pudiendo establecerse un modelo para estos casos, en vez de utilizarse el de solicitud de autorización previsto en el Anexo I).

Asimismo, puede preverse para tal autorización de funcionamiento (o para sus indicadas modificaciones) el sentido negativo del silencio administrativo, como asimismo correctamente establece el proyectado artículo 3 en concordancia con el 8.5, pues se está en presencia de una actividad inserta en la materia de *“sanidad animal”*, configurada en el artículo 3.11 de la Ley 17/09 como una de las que incluyen *“razones imperiosas de interés general”* que amparan la previsión legal del sentido desestimatorio del silencio administrativo; previsión legal materializada en nuestro ordenamiento regional en el Anexo II de la Ley 1/2002, de 20 de marzo, de Adecuación de Procedimientos a la LPAC. Otra cosa es que el plazo del silencio negativo deba o no ser el mismo en el supuesto de solicitud de una autorización de funcionamiento que en los de solicitudes de modificación de ésta, en los casos apuntados anteriormente (quizá debería ser inferior en algunos de estos últimos), lo que ha de ser ponderado por la Consejería proponente.

Cuestión muy distinta es, como se ha dicho, que se sujete a autorización (incluso aunque se previera un régimen de silencio positivo) un hecho que no se refiere a la actividad propiamente dicha en la materia que nos ocupa (que es a lo que se refiere el ya citado artículo 49 LSA), sino al cambio de la persona, física o jurídica, titular del centro en el que se realiza tal actividad, supuesto para el que se debe establecer reglamentariamente una obligación del interesado de comunicación de tal hecho, y prever asimismo que tal obligación de comunicación se deba cumplir en un breve plazo, con la documentación adjunta pertinente. Debe recordarse aquí que la falta de presentación de la debida comunicación, o su retraso, supondrá una infracción sancionable, en los términos establecidos en el artículo 83.2 LSA. Y todo ello, claro está, sin perjuicio de las medidas que la Administración puede acordar sobre la modificación, suspensión o revocación de la autorización en los casos previstos en los artículos 2.2 RD 1559/05 y 7 del proyecto, considerando que el nuevo titular se subroga a todos los efectos en lo que se refiere al alcance de la autorización concedida en su día, sin perjuicio de que posteriormente pueda solicitar su modificación, cuando así proceda. Así, por ejemplo, en el caso de que el cambio de titular llevase aparejado el cambio del responsable administrativo del centro, deberá comunicarse meramente el cambio de titular, y éste deberá, además, solicitar la modificación de la autorización de funcionamiento en lo que se refiere al nuevo responsable; y ello aunque coincidieran ambas condiciones -titular y responsable del centro- en la misma persona, pues cada cambio requiere aquí de una muy diferente forma de control administrativo: comunicación o autorización).

De este modo, otorgada al centro la autorización de funcionamiento prevista en las citadas normas sectoriales, los cambios en la titularidad de aquél no deben sujetarse en el proyecto

dictaminado a una previa autorización, sino a la obligación de su comunicación a la Administración competente (junto al documento que instrumente dicho cambio de titularidad), debiendo modificarse en este sentido el proyectado artículo 6 e incluirse el oportuno modelo (donde podría advertirse que su presentación no exime de la obligación de solicitar autorización en caso de cambio de responsable del centro, según lo antes dicho). Ello hace ver, además, la procedencia de modificar la proyectada Disposición Transitoria segunda, en lo que se refiere a las solicitudes de cambio de titularidad en fase de tramitación a la entrada en vigor del nuevo Decreto, pues parece lógico establecer allí que dichas solicitudes se considerarán como comunicaciones de cambio de titularidad, sin perjuicio de que siga rigiendo el régimen autorizador en los casos de cambio de responsable del centro.

III. Por análogas razones a las expresadas en el epígrafe precedente, tampoco resulta adecuado a los principios que inspiran la normativa legal de referencia el artículo 7.2, a) del proyecto, sobre la solicitud de baja de la inscripción del centro en el Registro sectorial previsto en su artículo 4. Del tenor de aquél se deduce que este supuesto de baja se refiere al caso de cese voluntario y definitivo en la actividad por parte del interesado (es decir, es una baja distinta de la de los casos en que procede acordarla por una revocación de oficio de la Administración de la autorización de funcionamiento del centro); en el precepto comentado, la baja se anuda a una previa solicitud del propietario (en rigor, del titular) del centro, con tramitación del correspondiente expediente (se expresa que la baja procederá *“previa tramitación del correspondiente expediente”, “cuando lo solicite el propietario”*), lo que parece remitir al procedimiento autorizador previsto en el proyectado artículo 8. Sin embargo, en estos casos debería bastar con prever (en el artículo que se dedique a los supuestos sujetos a comunicación, como en el ya indicado de cambio de titularidad) que el cese voluntario y definitivo en la actividad del centro deberá ser comunicado por su titular al órgano competente (en un determinado plazo desde tal cese y con un modelo *“ad hoc”*, si así se estimase).

IV. Finalmente, y en relación con el o los preceptos relativos a los supuestos de obligación de comunicación (o declaración) de datos y hechos de los interesados que procediera establecer en el proyecto, como en los casos ya analizados, y siguiendo el razonamiento expuesto, en tales preceptos, una vez establecida la indicada obligación y su plazo de presentación, debería expresarse que el órgano competente inscribirá de oficio en el Registro de Centros los datos comunicados, y lo notificará al interesado, salvo que se inicie un procedimiento para requerirle la subsanación de las deficiencias que se hubieran advertido en tales comunicaciones o declaraciones, en cuyo caso se resolverá lo procedente.

Por otra parte, y desde una perspectiva sistemática, parece lógico que tales preceptos se ubiquen a continuación de los hoy previstos artículos 5 y 7, relativos a la autorización de funcionamiento de los centros y a su suspensión temporal y baja.

V. Procede asimismo abordar la cuestión relativa a la eventual documentación a presentar por los interesados, especialmente junto con la solicitud de autorización de funcionamiento del centro (o con la solicitud de su modificación, en los supuestos indicados en su momento). Y ello porque esta cuestión debe regirse, en primer lugar, por lo establecido con carácter general en el artículo 6.2,b) de la Ley 11/07, relativo a la obligación de aportación de documentos ante las Administraciones Públicas, así como en el Decreto regional 286/2010, de 5 de noviembre, de medidas de simplificación documental en los procedimientos administrativos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y en sus normas de desarrollo (como la Orden de 28 de abril de 2011, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la que se establecen las condiciones de acceso a la Plataforma de Interoperabilidad de la Administración Pública de la Región de Murcia).

Y ello tanto en lo relativo a la exigencia o no de presentar documentación de carácter general (vgr. el DNI, cuya aportación, prevista en el proyectado artículo 5.2, a) y c), debe suprimirse, conforme a lo previsto en el artículo 7 de dicho Decreto), como a la documentación especial (vgr., la acreditativa de la habilitación para realizar las operaciones de manipulación de plaguicidas de que se trata -regulada hoy por los RRDD 1054/2002, de 11 de octubre, y 830/2010, de 25 de junio-, exigida también en el proyectado artículo 5.2,c). En lo atinente específicamente al carné de manipulador de plaguicidas-biocidas, debe señalarse que, a la vista de lo establecido en la Ley 11/07 y en dicho Decreto (especialmente su artículo 4) y Orden regionales, sólo procedería exigir en el proyecto que el interesado indicara, en su solicitud de autorización, la correspondiente referencia administrativa de dicho carnet, u otro modo válido para su identificación, así como la indicación de la Administración autonómica que lo expidió, debiendo luego la autoridad competente incorporar al expediente el oportuno documento, por vía telemática, en su caso. Igualmente debería procederse en el caso de certificados o diplomas a los que se refiere el proyectado artículo 5.3, en el supuesto de que hubieran sido expedidos por una Administración Pública a la que se tuviera acceso telemático. Todo ello, claro está, sin perjuicio de indicar en el proyecto la posibilidad de la aportación facultativa de estos documentos por parte del interesado.

Igualmente, debe adaptarse el proyecto en lo atinente a la previsión del consentimiento del interesado para recabar, incluso telemáticamente, sus datos de carácter personal, caso de ser procedente, debiendo tener en cuenta a estos efectos el artículo 4.2 y 6 de la Orden citada.

VI. Otra cuestión de legalidad atinente al proyecto dictaminado se refiere a la obligación, establecida en los proyectados artículos 10.2 y 11.3 y 4, de que los responsables de los centros de que se trata deban emitir los certificados de desinfección mediante acceso telemático a la base de datos informática que crea dicho artículo 11 en su apartado 1. En concreto, el artículo 11.3 prevé que *“los Centros, una vez realizadas las labores de limpieza y desinfección, accederán vía telemática a la base de datos a fin de emitir los certificados de desinfección de los vehículos”*, añadiendo el apartado 4 que *“sólo excepcionalmente podrá emitirse dicho certificado de forma manual (caída de red informática o telefónica); en estos casos, los certificados se ajustarán al modelo del Anexo II...”*. Y el número 5 del precepto establece que *“los certificados emitidos de forma manual constarán de un original y dos copias”*, añadiendo quién se quedará con el original y las copias y su plazo de conservación, especificando que una de las copias *“la remitirá el Centro en el plazo de 5 días a la autoridad competente en materia de ganadería”*.

De dichas prescripciones se infiere que la obligación de emitir los certificados de desinfección mediante el acceso telemático de los responsables de los centros a la referida base de datos tiene como objetivo, entre otros posibles, que, en el mismo momento de su emisión, la autoridad competente pueda tener conocimiento o notificación de dicha circunstancia; se entiende así porque, en caso de no poderse utilizar el sistema telemático por causas técnicas, el centro deberá remitir a dicha autoridad el certificado manualmente expedido, en el plazo antes referido, y no tendría lógica que dicha autoridad tuviera que conocer la existencia del certificado manual y no el expedido telemáticamente. Según se indica en el informe del Servicio de Sanidad Animal reseñado en el Antecedente Séptimo (punto 12), el acceso telemático se realizará accediendo los centros a la correspondiente aplicación informática (base de datos REMO) incluida en la página web de la Consejería de Agricultura y Agua, tal y como vienen haciendo otras entidades para otros formularios de dicha base de datos. Ello hace conveniente, para la mejor comprensión del sistema, explicitar en el proyectado artículo 11.3 que tal acceso telemático se hará accediendo a la correspondiente aplicación informática incluida en la página web de la Consejería competente.

Además, la proyectada Disposición Transitoria Primera establece que *“los certificados expedidos de forma manual y los precintos utilizados hasta la fecha tendrán una validez de 2 meses desde la entrada en vigor del presente Decreto”*. Tal redacción no resulta afortunada, pues pudiera dar a entender que un certificado de desinfección ya emitido o un precinto ya instalado tendrán un plazo de validez de 2 meses, frente al de tres días que se establece en el artículo 3.3 del vigente Decreto regional 60/89, ya citado. Ello no es así, pues se contradeciría con el mismo plazo de tres días de validez de tales certificados y precintos que también se establece con carácter general en el proyectado artículo 10.3 (de posterior comentario a otros efectos). En realidad, lo pretendido con dicha DT, y así debería expresarse, es otorgar un plazo de dos meses

para que, durante el mismo, los centros puedan seguir expidiendo certificados de forma manual y utilizar el modelo de precinto vigente hasta la fecha. A los efectos que ahora interesan, ello implica que, a partir de tal plazo, y por lo que atañe a los certificados de desinfección, los centros deben disponer (si no dispusieran ya) de los instrumentos tecnológicos necesarios para acceder telemáticamente a la correspondiente aplicación informática administrativa. En el fondo, lo que viene a imponer implícitamente tal DT a los centros de referencia es la obligatoriedad de disponer de tales medios tecnológicos a partir de dicho plazo, para así poder cumplir con la obligación de emitir los certificados por la indicada vía telemática.

Partiendo del apuntado presupuesto, es decir, de que con la obligación que se pretende imponer de expedir telemáticamente los certificados de desinfección, se esté imponiendo a los interesados la obligación de comunicar electrónicamente a la Administración la emisión y el contenido de tales documentos, debe tenerse en cuenta el régimen legal establecido en el artículo 27 de la Ley 11/07; en especial, por una parte, sus apartados 1 y 6; por otra, su apartado 3.

Así, por lo que se refiere a los dos primeros apartados citados, en ellos se establece, en primer lugar, una regla general: *“Los ciudadanos podrán elegir en todo momento la manera de comunicarse con las Administraciones Públicas, sea o no por medios electrónicos, excepto en aquellos casos en los que de una norma con rango de Ley se establezca o infiera la utilización de un medio no electrónico. La opción de comunicarse por unos u otros medios no vincula al ciudadano, que podrá, en cualquier momento, optar por un medio distinto del inicialmente elegido.”* Y en su número 6, el artículo 27 establece que *“reglamentariamente, las Administraciones Públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando sólo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos”*.

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de septiembre de 2009 parte del presupuesto de que *“si la regla general es que la elección de la forma de comunicación es una facultad que corresponde al ciudadano, siendo la excepción que la Administración puede establecer por la vía reglamentaria que la comunicación se realice de forma obligatoria por medios electrónicos, tenemos como pauta interpretativa que este supuesto, como excepcional que es, habrá de ser interpretado de forma restrictiva”*.

A partir de ello, expresa que *“no desconoce la Sala que en los tiempos actuales las comunicaciones por vía telemática se están extendiendo cada vez más, lo que ciertamente ha de ponderarse en la labor de interpretación que llevan a cabo los operadores jurídicos, ello conforme a*

lo que dispone el artículo 3.1 del Código Civil ("las normas se interpretarán... según... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas..."); más ello no puede hacernos ignorar la concreta regulación que contienen las normas sectoriales, y en particular ahora la de la reiterada Ley 11/2.007 que, como hemos dicho, configura la posibilidad de establecer la comunicación mediante medios electrónicos como un derecho de los ciudadanos, permitiendo, sí, que la Administración pueda establecerlo de forma obligatoria, pero ello siempre que quede demostrado que concurren determinados presupuestos, lo que aquí y por lo ya dicho no sucede, ya que los razonamientos que aporta la Administración no son suficientes a tales fines. Y es que no puede establecerse como supuesto de hecho indubitado que todas las empresas que intervienen en el sector de la construcción, absolutamente todas, tienen de antemano garantizado el acceso y la disponibilidad de los medios tecnológicos precisos para realizar la comunicación de esta forma, debiendo significarse de nuevo que la posibilidad de establecer de forma obligatoria la comunicación telemática es excepcional, y en consecuencia las dudas interpretativas que puedan suscitarse habrán de ser resueltas en el sentido de otorgar el poder de elección del medio a los interesados, quienes pueden elegir si realizan la comunicación en esa forma o utilizan las vías que prevé el artículo 38 de la Ley 30/1.992. Así, el argumento de la Administración, cuando da por hecho que las empresas constructoras, sólo por ostentar dicha condición, disponen de los medios tecnológicos precisos, está haciendo supuesto de la cuestión, olvidando que también intervienen en el sector autónomos con escasa disponibilidad de medios, y en consecuencia, la pretensión de carácter anulatorio (sobre un precepto reglamentario autonómico que establecía la obligación de comunicación de cierta clase de empresas mediante el acceso a una página web de una Consejería de la correspondiente Administración regional) que se ejercita habrá de ser estimada".

Por su parte, en el Dictamen 1858/2009, de 17 de diciembre de 2009, el Consejo de Estado, en relación con el comentado artículo 27.6, señalaba que "suscita dudas que en el texto legal el inciso "que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos" se refiera exclusivamente a los colectivos de personas físicas y no incluya también a las personas jurídicas. Parece que tal exigencia debiera ser aplicable a ambos supuestos pues, a falta de una redacción clara por la Ley 11/2007, así lo aconsejan el carácter general con que ésta contempla la voluntariedad en la elección del medio para comunicarse con la Administración tributaria y la excepcionalidad del carácter obligatorio de la comunicación a través de medios electrónicos". Añadía el Dictamen que "parece que debiera ser la sede reglamentaria el lugar adecuado para precisar qué puede entenderse por "otros motivos acreditados", a efectos de imponer o no la obligación de comunicación por medios electrónicos". No consta que se haya desarrollado reglamentariamente tal cuestión, al menos con carácter general.

De lo anterior se infiere que se defraudaría en la práctica la finalidad del artículo 27.6 de la ley 11/07 si, para hacer operativo su supuesto excepcional y, en consecuencia, habilitar la imposición reglamentaria de una obligación de comunicación electrónica con la Administración, las normas jurídicas sectoriales establecieran de forma indiscriminada la obligación de los interesados de tener que disponer de los correspondientes medios tecnológicos, pues lo que pretende dicho precepto es que tal disponibilidad se derive de una previa capacidad de aquéllos a la vista de alguna de las circunstancias que se expresan en el citado precepto legal, que deberán ser ponderadas en cada caso en que se aborde una regulación sectorial de las comunicaciones electrónicas entre los interesados y la Administración competente.

Sin perjuicio de que la evolución jurisprudencial y consultiva perfil de un modo consolidado y, en su caso, modere de la forma más adecuada el alcance del citado artículo 27.6, lo cierto es que, aplicando todo lo anterior al caso que nos ocupa, la legalidad de los proyectados artículos 10.2 y 11.3 y 4 dependerá de que en el expediente se acredite que, con carácter general, los titulares de los centros de limpieza y desinfección de que se trata disponen de los instrumentos tecnológicos precisos para cumplir con la obligación de comunicación telemática que allí se les pretende imponer. Y, además, que se pueda garantizar que *“se identifique fidedignamente al remitente”* de la emisión de los certificados de desinfección (en nuestro caso, al responsable al que se refiere el Anexo III del RD 1559/05), pues el apartado 3 del artículo 27 de la Ley 11/07 exige tal requisito para la validez de las comunicaciones electrónicas, lo que, entre otros aspectos, remite a la aplicación de lo establecido en los artículos 13 a 16 de dicha ley sobre la firma electrónica, aspecto que asimismo deberá tener en cuenta el proyecto.

VII. Por último, debe hacerse una observación sobre el proyectado artículo 10. 3, último inciso, sobre el plazo de validez de los certificados de desinfección y precintos de los vehículos, puesto en relación con lo establecido al respecto en el artículo 5.2 del RD 1559/05 y con la necesidad de motivar la determinación normativa que se pretende introducir con dicho inciso.

Este artículo se refiere a la justificación de la realización de las labores de limpieza y desinfección del vehículo, lo que se acreditará mediante la emisión del correspondiente certificado (número 1); certificado en el que, entre otros aspectos, se hará constar que, tras las citadas labores, se han colocado los preceptivos precintos en el vehículo, que deben permanecer en el mismo hasta la próxima carga (número 3); además, el certificado debe acompañar al primer transporte de ganado (o productos ganaderos) que se realice tras su emisión, y hasta la descarga (números 2 y 4). Sin perjuicio de esto último, el artículo establece también en su último inciso que el certificado emitido y los precintos colocados tendrán una validez de tres días desde la emisión de aquél. Esta determinación ha sido objetada por dos empresas alegantes (f. 196 y 200 exp.) y por el

CAROPA (f. 247 exp.). En síntesis, vienen a señalar que, como las operaciones de limpieza y desinfección del vehículo deben hacerse inmediatamente después de cada transporte y consiguiente descarga del ganado, si se establece el referido plazo de validez y el transportista no tiene que realizar otro transporte en el vehículo hasta pasados dichos tres días, tendrá que proceder a una segunda limpieza, sobre un vehículo que, según el CAROPA, *“no supone ningún riesgo a la hora de la transmisión de enfermedades”* (por no haber realizado todavía un nuevo transporte, ser eficaz la primera limpieza y permanecer en el vehículo los precintos entonces colocados, hay que deducir). Esta nueva limpieza que se cuestiona dará lugar a la emisión de un nuevo certificado y a la colocación de nuevos precintos, con el coste correspondiente, lo que se viene a considerar innecesario.

A este respecto, el Servicio de Sanidad Animal de la Dirección General competente contesta que dicho plazo de validez de tres días del certificado de desinfección y de los precintos ya se incluía en el Decreto 60/89, citado en su momento, siendo la experiencia *“satisfactoria, sin que haya existido casuística que haga pensar que en un futuro se presenten problemas en relación con el referido plazo de validez”*. Dicha consideración no se considera suficiente para justificar el mantenimiento de dicho plazo, pues se ha alegado una problemática al respecto que requiere la justificación de dicha medida a la hora de aprobar el nuevo Decreto, o en su defecto, suprimirse tal determinación, por las razones que siguen.

En primer lugar, resulta indiscutido que la limpieza y desinfección de los vehículos de que se trata debe realizarse con la mayor inmediatez posible tras la descarga del ganado; así se desprende del artículo 49 LSA, al establecer que la limpieza se deberá hacer en el centro habilitado más cercano al lugar de descarga, e incluso añade que, en el caso de mataderos, el vehículo deberá salir del mismo necesariamente limpio, vacío y desinfectado, a cuyo efecto aquéllos deberán disponer de las correspondientes instalaciones. Dicha inmediatez también se desprende de algunos preceptos del RD 1559/05, como el artículo 5.2, 2º párrafo, e incluso así se dispone expresamente en otras normas sectoriales, como en el RD 1716/2000, de 13 de octubre, sobre normas sanitarias para el intercambio intracomunitario de animales de las especies bovina y porcina (art. 14.1, a), 2º). A partir de ello, el artículo 5 RD 1559/05 establece que tras la limpieza y desinfección se colocarán en el vehículo (vacío) los correspondientes precintos, lo que se hará constar en el certificado justificativo de tales operaciones, que *“tendrá validez desde el precintado del vehículo hasta la finalización del primer traslado de ganado posterior a la rotura del precinto”* (es decir, que vale desde la limpieza y desinfección hecha inmediatamente después del primer transporte y hasta la finalización del siguiente), si bien *“por la autoridad competente (aquí, las CCAA) se podrá poner un plazo máximo de validez del precinto”* (art. 5.2). Aunque este inciso sólo se refiere al precinto, parece que también se extiende al mismo certificado, pues la colocación de

un nuevo precinto en sustitución del caducado por el transcurso del plazo de validez establecido por las CCAA requeriría la emisión de un nuevo certificado de limpieza y desinfección, según se desprende de dicho RD y el proyecto dictaminado y así lo apuntan las alegaciones presentadas.

Sin perjuicio de que el citado RD confiera habilitación normativa para el establecimiento autonómico de un plazo de tres días como el que ahora se analiza, los referidos alegantes cuestionan su justificación y conveniencia, a la vista de la problemática que exponen. En este sentido, una de las empresas señala concretamente que existen casos en que se transporta ganado con una periodicidad superior a tres días desde el último transporte, de forma que, realizada la limpieza y desinfección inmediatamente después de la descarga del primer transporte, emitido en tal momento el correspondiente certificado de desinfección y colocados los precintos, ello deja de tener validez a los tres días que fija la norma regional, resultando que, cuando el nuevo transporte se tiene que realizar pasado ese plazo, se ha de proceder a una nueva limpieza y desinfección (aunque en ese ínterin el vehículo no haya realizado transporte ni se hayan roto los precintos colocados tras la primera limpieza, se entiende), y ello para así obtener un nuevo certificado que esté vigente durante tal nuevo transporte (exigencia ésta que se infiere del artículo 5.2 RD 1559/05 y del proyectado artículo 10.2 y 4).

En este sentido, si la fijación del referido plazo provoca la necesidad de realizar más de una limpieza, desinfección y precintado del vehículo entre la finalización de un transporte y la realización del siguiente, deberá justificarse en el expediente cuál es la razón de dicho plazo, frente a la regla general sobre el periodo de validez de los certificados y precintos establecida en el transcrito artículo 5.2 RD 1559/05 y frente a las alegaciones antes expuestas, sobre lo que, se insiste, nada se dice en el expediente (no se justifica el plazo de tres días por una eventual pérdida de eficacia de la limpieza, ni por haber constatado manipulaciones en los precintos, etc). A estos efectos, el hecho de que tal plazo se estableciera en un Decreto anterior no enerva la necesidad de justificar ahora el mantenimiento del mismo a la hora de aprobar el nuevo Decreto, por la exigencia de una motivación suficiente y adecuada de la actuación (también la normativa) de la Administración, dada la interdicción de su arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución), intensificándose si cabe tal exigencia en los casos de alegaciones presentadas por los interesados, como es el caso, y aquí también por el hecho de que, con el cuestionado plazo, la norma proyectada se aparta de la solución prevista en el RD 1559/05, cuya habilitación al efecto no exige de que la determinación autonómica se justifique adecuadamente.

**QUINTA.- Otras observaciones al proyecto.**

Para la mejora técnica del texto, deben realizarse las siguientes observaciones.

- Artículo 1.

En su apartado 1, debe completarse: “...normativa aplicable a los Centros de limpieza y desinfección de vehículos de transporte por carretera (en adelante Centros), tanto...”.

- Artículos 3 y 5.

En el número 2 del artículo 3 debe eliminarse el inciso “al menos”, pues en su segundo párrafo se introduce un requisito (sobre los equipos de presión) que es adicional a los básicos, lo que contradice tal inciso.

Por otra parte, los artículos 4 y siguientes del proyecto denotan que, como ya se prevé en el vigente Decreto 60/89, la autorización del centro se instrumenta mediante una resolución de inscripción de aquél en el Registro “ad hoc”. Es decir, que su autorización consiste en la inscripción misma. En otros casos análogos, este Consejo Jurídico ha señalado que, aunque la técnica apuntada tiene cierta tradición en determinados sectores (entre ellos el de agricultura y ganadería), lo más correcto técnicamente es diferenciar, en la norma a aprobar, entre la resolución administrativa de autorización, que es ya “per se” el título administrativo habilitante para la actividad de que se trate (sin perjuicio de las posteriores resoluciones de modificación, suspensión o revocación, en su caso, de la primera) y el acto de inscripción de su contenido en el correspondiente Registro sectorial (así se desprende, vgr., de una norma sectorial análoga a las aquí comentadas, como es el RD 751/2006, de 16 de junio, sobre autorización y registro de transportistas y medios de transporte de animales, vid. sus arts. 6 y 7). Esta diferenciación entre los actos administrativos de autorización y de inscripción resulta hoy aún más conveniente a la vista de la necesidad de eliminar en algunos casos los supuestos tradicionalmente sujetos a autorización administrativa previa, debiendo preverse para ellos otras técnicas, como la comunicación o declaración responsable del interesado, sin perjuicio en estos casos de que también haya de procederse a la posterior inscripción en el Registro sectorial de los hechos o circunstancias a que aquéllas se refieren, según se indicó en la Consideración precedente.

Aplicado lo anterior al proyecto dictaminado, resulta procedente añadir un nuevo apartado en el artículo 3 en el que se especifique que la autorización de los Centros, así como su modificación o revocación, o la suspensión temporal de su actividad, cuando en cada caso proceda, se instrumentará mediante la adopción de la correspondiente resolución administrativa, que acordará, además, la inscripción de su contenido en el Registro de Centros. Asimismo, por tal motivo resulta más adecuado que el proyectado artículo 5 se refiera a la “solicitud de autorización”

de los Centros de que se trata, sin perjuicio de la posterior inscripción en el citado Registro de los datos pertinentes.

En el artículo 5.2, b), debería añadirse una referencia a la indicación de la clase de centro para el que se solicita autorización, conforme con las categorías establecidas en el proyectado artículo 2.2.

En el número 3 de dicho artículo 5, carece de sentido la referencia a los puntos “1, 2, 3f, 3g y 3h de este artículo”, pues no existen, por lo que aquélla debe sustituirse por una correcta remisión a los apartados de tal artículo que procedan.

- Artículo 7.

A) Título.

Por las razones antes indicadas en el sentido de diferenciar entre la resolución autorizatoria propiamente dicha (o las resoluciones de modificación, suspensión o revocación de la primera) y los posteriores actos de inscripción en el Registro de los datos resultantes de alguna de aquéllas, incluyendo, en su caso, la inscripción de la baja del centro, resulta conveniente que el artículo se titule “*suspensión temporal de la actividad y revocación de la autorización*”.

B) Número 1.

Lo previsto en el último inciso del número 1, a) de este artículo (“*Transcurrido dicho plazo...*”) se refiere a la baja del centro, siendo, por tanto, su ubicación adecuada el número 2 del artículo, en los términos que se indicarán después.

Respecto de la letra b) de este número 1, de su tenor parece deducirse que, tras la mención al plazo de seis meses allí indicado, debe añadirse un inciso análogo al existente en la letra a) cuando en ésta se señala el plazo de tres meses. Es decir, en la letra b) se debería añadir: “*...podrán dar lugar a una suspensión temporal de la actividad mientras no se acredite el correcto desarrollo de las referidas operaciones o la correcta expedición de los certificados, con un plazo máximo de suspensión de seis meses.*”, o expresión análoga. Y, al igual que en el caso de dicha letra a), transcurrido dicho plazo sin acreditar tales extremos, se entiende que procederá la revocación de la autorización y la baja del centro a que luego se refiere el número 2 del artículo, determinación ésta que procederá incluir precisamente en dicho número, en los términos que seguidamente se indican.

## B) Número 2.

En relación con el número 2 del artículo, dedicado a la baja de los centros en el Registro, en su comienzo debería precisarse, en línea con lo ya razonado: *“La revocación de la autorización de funcionamiento y la inscripción de la baja del Centro en el correspondiente Registro se producirá...”*.

Debe recordarse aquí lo dicho en la Consideración anterior sobre la procedencia de eliminar la letra a) de dicho número, pues el supuesto que recoge debe ser sometido a mera comunicación del interesado.

En cuanto a la actual letra c) de este número 2, deben hacerse las siguientes observaciones, tendentes a clarificar los supuestos a que se refiere.

En primer, debe decirse que de las actuales letras a) y b) del número 1 antes comentado se desprende que procederá acordar la revocación de la autorización e inscribir la baja del centro en el Registro *“ad hoc”* cuando, constatada alguna de las deficiencias o incumplimientos a que respectivamente se refieren tales letras, y requerida al interesado su subsanación o corrección, con suspensión temporal de la actividad, transcurran los plazos máximos allí expresados (tres y seis meses, respectivamente) y se compruebe que persisten tales deficiencias e incumplimientos. Así debería expresarse en la letra c) de este número 2, frente a su actual redacción, que no recoge el supuesto del transcurso del plazo establecido en la letra a) del número 1.

Aparte de lo anterior, la redacción de dicha letra c) suscita la duda de si se pretende establecer que también procederá la baja del centro cuando, aunque los incumplimientos e incorrecciones advertidos se subsanen en un plazo inferior a los indicados como máximos en las letras a) y b) mencionadas, aquéllos sean *“reiterados”*. Ello no queda claro con la actual redacción, pues se mezcla la referencia al transcurso del plazo de seis meses previsto en la letra b) del número 1 con la mención al incumplimiento *“reiterado”* de las operaciones de limpieza y desinfección. En el caso de que se pretenda establecer un supuesto de revocación diferente a los que se han apuntado en el párrafo anterior, debería especificarse en el proyecto de modo claro y separado respecto de los anteriores supuestos, debiendo tener en cuenta en tal caso que deberían establecerse parámetros concretos que delimiten lo que deba entenderse por reiteración a estos efectos revocatorios, por razones de seguridad jurídica, dada la trascendencia de la consecuencia jurídica prevista.

En cuanto a lo previsto en la actual letra d), se trata, en rigor, de un supuesto de caducidad de la autorización de funcionamiento, por advertirse la inactividad del centro durante un período superior a un año, salvo que el interesado solicite una “*autorización de inactividad*” por un periodo adicional, no superior a un año.

A este respecto deben realizarse dos observaciones: por un lado, dada su especificidad, el precepto debería ubicarse en un número distinto (un nuevo número 3), y debe aclararse su redacción para recoger con mayor claridad que lo aquí pretendido, como parece, es extinguir de oficio dicha autorización (y proceder a inscribir la consiguiente baja del centro en el Registro en cuestión) cuando la inactividad del centro supere en total dos años. Por ello, resulta más conveniente que se exprese que se declarará de oficio la caducidad de la autorización de funcionamiento cuando se detecte inactividad en el centro por un período superior a 1 año, salvo que, en el seno del procedimiento incoado al efecto, o previamente al mismo, el titular del centro, por causas justificadas, solicite la ampliación del período de inactividad, a cuyo efecto se tendrá en cuenta que el período total de inactividad no podrá superar los dos años, a contar desde que ésta comenzara. Además, sería lógico no considerar periodo de inactividad el tiempo en que se hubiera acordado la suspensión temporal de la actividad por advertirse deficiencias o incumplimientos en el centro (pues, en principio, se estarían acometiendo actuaciones de subsanación de aquéllas) y que en estos casos el periodo de inactividad a efectos de caducidad de la autorización se reanuda cuando se hubiera dejado sin efecto tal suspensión.

- Artículo 8.

Este artículo, denominado “*tramitación y resolución*”, debe considerarse referido exclusivamente a la tramitación y resolución de las solicitudes de autorización de los centros (así lo denota la referencia, en su número 5, a la presentación de “*las solicitudes*” y al plazo de silencio desestimatorio de “*la solicitud*”), que están reguladas en el proyectado artículo 5. Por ello, la ubicación más adecuada de este artículo 8 sería tras el 5 (en sustitución del actual 6, sobre solicitud de cambios de titularidad, del que en la Consideración anterior se indicó que debía suprimirse como tal, en los términos allí expuestos). Tendrá así entonces pleno sentido la mención que hace el número 1 de este artículo 8 al “*artículo anterior*”.

Además, en el número 4, en coherencia con lo anterior y con lo expresado en el Dictamen sobre la distinción entre la resolución de autorización y el posterior acto de inscripción en el Registro, debería modificarse la actual redacción, debiendo expresar que el Director General competente “*...resolverá concediendo o denegando la autorización e inscripción del centro en el Registro Regional...*”.

Interesa destacar, además, que no procede hacer referencia en este artículo 8.4 a la suspensión temporal o la baja en el Registro, pues, como se ha dicho, el artículo se refiere sólo a los supuestos de instancias y solicitudes de los interesados. Y del proyectado artículo 7.1 se desprende que los supuestos en que procede acordar la suspensión temporal de la actividad requieren un previo procedimiento incoado de oficio. En cuanto a la baja del centro, ya se ha dicho que, si es por cese voluntario, debe someterse a mera comunicación (vid. el comentario al actual art. 7.2, a), con lo que no hay que dictar autorización alguna, sino sólo pronunciarse, de oficio, sobre la inscripción del dato comunicado; y si la baja del centro es por revocación de la autorización de funcionamiento, se trataría también de un procedimiento iniciado de oficio, fuera del ámbito de este artículo 8.

Por tal motivo, así como anteriormente se ha indicado que el actual artículo 8 debe ubicarse (con las modificaciones indicadas) en el lugar del actual artículo 6, debe recomendarse ahora que, en el lugar de tal artículo 8, se incluya un nuevo artículo específicamente regulador de dichos procedimientos de control de oficio, es decir, de los que se incoen para declarar la suspensión temporal de la actividad del centro, revocar la autorización de funcionamiento o de sus modificaciones, o para declarar la caducidad de aquélla, en aplicación en cada caso del correspondiente supuesto recogido en el proyectado artículo 7 (en la redacción propuesta del mismo). Y ello porque, a diferencia de los supuestos a los que debe referirse el actual artículo 8, se trataría en todos estos casos de procedimientos de intervención o gravamen, sujetos a plazo de caducidad, ex artículo 44.2 LPAC, debiendo tener aquí especialmente presente lo establecido en su artículo 42. 2 y 3 sobre el plazo aplicable (tres meses, salvo que se estableciera reglamentariamente otro, de hasta seis meses).

- Disposición Transitoria tercera.

Este precepto establece que los centros de desinfección inscritos con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo decreto y que cumplan los requisitos establecidos en el RD 1559/05, modificado por el RD 363/09, se inscribirán de oficio en el Registro de centros de desinfección de la Región de Murcia.

En su comienzo, debería precisarse que se refiere a los centros inscritos en el Registro establecido en el Decreto 60/89, ya citado; y, en su inciso final, y en línea con lo expresado a lo largo del Dictamen, en vez de la referencia a que *“los centros... se inscribirán de oficio...”*, debería expresarse que dichos centros se considerarán autorizados conforme a lo establecido en dichas normas jurídicas estatales, y la información sobre los mismos existente en dicho Registro (el del

Decreto citado) se inscribirá de oficio en el nuevo Registro de centros creado por el presente Decreto, lo que se notificará al interesado.

Además, el precepto debería completarse estableciendo el modo de actuar del órgano competente cuando, en aplicación de esta Disposición, considere que no procede la inscripción de oficio. En este sentido, parece que debería establecerse que la Dirección General competente, cuando advierta que los centros inscritos en el Registro establecido en el Decreto 60/89 no cumplen con lo establecido en la citada normativa estatal, iniciará el correspondiente procedimiento para requerir motivadamente a sus titulares la adecuación a lo establecido en la misma (resolviendo luego lo que proceda), y ello por analogía con lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda del RD 1559/05.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación legal para aprobar el proyecto de Decreto objeto de Dictamen, sin perjuicio de lo expresado en su Consideración Cuarta sobre los artículos 5.2, a) y c); 6; 7.2, a); 10.2 y 3; 11.3 y 4 y la Disposición Transitoria segunda. Las observaciones realizadas al respecto tienen carácter esencial.

**SEGUNDA.-** Para la mejora técnica del proyecto, deben tenerse en cuenta las observaciones realizadas en la Consideración Quinta del Dictamen sobre los artículos 1; 3; 5; 7 y 8 y la Disposición Transitoria tercera.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 153-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 18/07/2011

**Extracto de doctrina**

La obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no garantizar en todo caso la curación del enfermo.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 12 de abril de 2006, x presenta ante el Registro del Servicio Murciano de Salud (SMS) reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de su madre, x, que imputa al funcionamiento del servicio público sanitario por entender que concurrió negligencia en la asistencia sanitaria prestada. Según la interesada los hechos ocurrieron del siguiente modo:

*“Con fecha 28 de febrero de 2005, mi madre (sic) x, es atendida en el citado Hospital (General Universitario Morales Meseguer), y al encontrarse en un estado general muy deteriorado, debilidad y fatiga extrema, deciden ingresarla en planta. Los médicos de guardia le prescriben una neumonía grave o edema muy severo, por lo que deciden ingresarla en la UCI. Después de seis semanas x fallece el día 5 de abril de 2005, por fracaso multiorgánico al no realizarle un diagnóstico adecuado y no percatarse el servicio médico o el doctor que la atendió que la fallecida era una enferma crónica por padecer una importante patología cardíaca descompensada y también por ser diabética siendo este un importante factor de riesgo. Así pues, el fallecimiento se produjo única y exclusivamente debido a la actividad negligente del doctor que la atendió al no realizarle el diagnóstico adecuado”.*

La reclamante no cuantifica la indemnización solicitada ni propone medio de prueba alguno.

**SEGUNDO.-** Con fecha 2 de mayo de 2006 se dicta Resolución del Director Gerente del SMS por la que se admite a trámite la reclamación y se encomienda la instrucción del expediente al Servicio Jurídico del citado ente.

Seguidamente la instructora se dirige a x al objeto de que, en el plazo de 10 días, proceda a proponer la práctica de la prueba que considere oportuna a fin de acreditar la realidad de los hechos en los que funda su pretensión. Tras dos intentos fallidos de notificación en el domicilio señalado en la reclamación, se procede a notificar a través de edicto publicado en el BORM y expuesto en el Tablón de Anuncios del Ayuntamiento de Murcia, sin que la interesada procediese a su cumplimentación.

**TERCERO.-** A continuación, por el órgano instructor se solicita al Director Gerente del Hospital General Universitario Morales Meseguer (HGUMM) la historia clínica de la paciente e informes de los profesionales que le atendieron en relación a los hechos descritos en la reclamación. Asimismo, comunica la reclamación a la Correduría de Seguros y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

**CUARTO.-** El Director Gerente del citado Hospital cumplimenta el requerimiento remitiendo la historia clínica de la x, así como informe del Dr. x, del Servicio de Medicina Intensiva, del siguiente tenor:

*“La paciente x presentaba una patología crónica perfectamente identificada con motivo de un ingreso dos años antes del ingreso que desembocó en su fallecimiento. Es decir, presentaba un cuadro de insuficiencia cardíaca izquierda (fracción de eyección 40%) y situación de disnea a mínimos-moderados esfuerzos, incluyendo su tratamiento habitual un total de 8 medicaciones. Cuando ingresa de nuevo en Cuidados Intensivos el día 1 de Marzo de 2.005, se constata toda la situación referida y se interpreta que el cuadro clínico corresponde a una descompensación de su insuficiencia cardíaca. Pese a tratamiento con ventilación no invasiva y diurética fundamentalmente, la enferma desarrolla un cuadro de fracaso multiorgánico. Por ese motivo, se trata con ventilación mecánica invasiva, hemodiálisis continua y múltiples medicaciones estandarizadas, pero a pesar de ello la paciente fallece con el diagnóstico principal de Fracaso Multiorgánico cuya mortalidad referida en la literatura médica oscila entre el 80 y el 90% aproximadamente.*

*En consecuencia, entiendo que la reclamación carece de justificación alguna a la vista de lo expuesto, la Historia Clínica de la propia paciente y el Informe de Éxito emitido con fecha de 5 de Abril de 2.005”.*

**QUINTO.-** Trasladado el expediente a la Compañía de Seguros ésta comparece aportando dictamen médico realizado por el Dr. x, especialista en medicina intensiva, en el que, tras resumir

los hechos y efectuar las consideraciones médicas que estima oportunas, concluye del siguiente modo:

*“1. x no fallece de error diagnóstico, negligencia ni falta de coordinación de los sistemas sanitarios. Fallece de la gravedad de su proceso patológico.*

*2.-Todas las actuaciones médicas han estado dentro de la lex artis.*

*3- No ha existido negligencia, estando las actuaciones ajustadas al pronóstico.*

*4. No se observan fallos en los servicios sanitarios”.*

**SEXTO.-** Solicitado, mediante escrito fechado el 19 de septiembre de 2009, informe a la Inspección Médica, se evacua el 12 de abril de 2010 en el que, tras resumir los datos contenidos en la historia clínica y efectuar las consideraciones médicas que estima pertinentes, formula las siguientes conclusiones:

*“- Paciente de 72 años diagnosticada de HTA, DM tipo II, con retinopatía, cardiopatía isquémica con afectación de dos vasos portadora de tres stens, disfunción sistólica y valvulopatía mitral, insuficiencia renal leve. Ingresos por empeoramiento de su disnea e infección respiratoria con fiebre de 39º precisando ingreso en UCI. La evolución es mala con insuficiencia cardiaca refractaria al tratamiento, persistencia de leucocitosis a pesar de cobertura antibiótica de amplio espectro y precisando hemodialfiltración por fracaso renal anurico, siendo éxitus a los 35 días de su ingreso.*

*- No hubo errores ni de diagnóstico ni de tratamiento. En todo momento se conocen y tienen en cuenta los antecedentes previos de la paciente, tal como se refleja en la Historia Clínica, que incluye los ingresos y consultas anteriores. En el presente ingreso se recogen todas estas patologías previas, tanto en el apartado de "Antecedentes personales" como en el de "Juicios diagnósticos". Igualmente, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos realizados (controles de glucemia, ecocardiografía, coronariografía, etc.) y el tratamiento tanto farmacológico como dietético pautado, muestran que se conocían.*

*- La asistencia sanitaria recibida por la paciente, fue impecable, completamente ajustada a la práctica médica habitual para las patologías que presentaba y exhaustiva, ya que incluyó prácticamente todos los medios de que dispone hoy la ciencia médica”.*

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia a las partes, reclamante y aseguradora, ninguna

de ellas hace uso del mismo al no comparecer ni formular alegación alguna.

**OCTAVO.-** Mediante escrito fechado el 31 de agosto de 2010 la instructora requiere a la reclamante para que acredite la legitimación con la que dice actuar, aportando copia compulsada del libro de familia por el que se acredite el parentesco que le unía con la paciente, así como certificado de fallecimiento de esta última. No consta que el requerimiento fuese atendido.

Seguidamente el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no queda acreditado en el expediente la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el fallecimiento de la madre de la reclamante.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 12 de noviembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución formulada en un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo, pues, el supuesto establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

La reclamante fundamenta la legitimación en su condición de hija de la fallecida, aspecto que, a pesar del requerimiento efectuado por la instructora a tal fin, no ha quedado debidamente acreditado en el expediente. Lo que, ante una eventual estimación de la reclamación, exigiría que la x acreditara su condición de interesada, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

En cuanto a la legitimación pasiva no suscita duda que la actuación a la que la reclamante imputa el daño que dice haber sufrido, acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional.

En lo que se refiere al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP.

**TERCERA.- Requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración. Inexistencia.**

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

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

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

La reclamante inicialmente imputa a la Administración pública una actuación negligente que habría tenido como consecuencia el fallecimiento de su madre. No señala, sin embargo, qué concretos actos médicos serían aquéllos que, vulnerando los principios y reglas de la *lex artis*, habrían ocasionado el óbito de la x.

Analizaremos a continuación cada uno de los requisitos descritos anteriormente aplicados al concreto caso que nos ocupa:

1. Sobre la realidad del daño y su cuantificación.

Se acredita en el expediente el fallecimiento de la paciente, consecuencia del cual la interesada reclama una indemnización, pero sin determinar su cuantía y sin concretar los daños que afirma haber sufrido, incumpliendo así el mandato contenido en el artículo 6 RRP.

2. Que la lesión sea imputable a la administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Presupone la determinación de si el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa (es decir, al tratamiento o a la falta del mismo) o a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos. Y el criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso administrativa, para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial, es el de la *lex artis*, y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo de 25 de septiembre de 2002). La existencia de este criterio se basa en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no garantizar en todo caso la curación del enfermo (Dictámenes del Consejo de Estado núm. 1349/2000, de 11 de mayo, y 78/2002, de 14 de febrero). Por lo tanto, como recoge la SAN, Sección 4ª, de 19 de septiembre de 2001 “*el criterio de la Lex artis es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida*”.

Para determinar si la actuación sanitaria ha sido conforme a la *lex artis*, conviene concretar los hechos probados en relación con la prestación sanitaria de la Administración, previa al fallecimiento de la paciente, aunque sea imposible contrastarlos con las imputaciones de la reclamante, porque ésta se limita a afirmar una genérica negligencia en la asistencia prestada a su

madre, pero sin concretar, ni mucho menos probar, qué actos sanitarios habrían resultado incorrectos o negligentes.

Pues bien, de la historia clínica, de los informes de los facultativos que atendieron a la paciente y de la únicas pruebas periciales que obran en el expediente, es decir, los informes de los peritos de la aseguradora y el de la inspectora médica, se desprende que x falleció a causa de las enfermedades que padecía y no de una inadecuada asistencia sanitaria. En dichos informes queda claro que la muerte de la madre de la reclamante no fue consecuencia del funcionamiento del centro hospitalario ni de los facultativos en él integrados, sino de un fallo multiorgánico: respiratorio, renal, hemodinámica y coagulación (40.000 plaquetas). El óbito, pues, no se produce por error en el diagnóstico ni por negligencia o descoordinación de los servicios sanitarios, la paciente fallece debido a la gravedad de su proceso patológico.

Efectivamente consta que la paciente, de 72 años de edad, estaba diagnosticada de diabetes mellitus tipo II de larga evolución, tratada con antidiabéticos orales; de retinopatía diabética tratada con fotocoagulación; hipertensión arterial, hipercolestecrolemia, insuficiencia renal leve y síndrome depresivo. Asimismo había sido intervenida de cataratas y se le habían efectuado dos legrados uterinos. En el año 2003 había tenido un ingreso en el HUMM por insuficiencia cardiaca donde se le diagnostica de cardiopatía isquémica con coronariografía que objetivó lesión severa en arteria descendente anterior (DA) proximal y en tercio medio de circunfleja colocándole un sten en DA y dos en circunfleja, presentando a su alta una ecocardio con ventrículo izquierdo y aurícula izquierda dilatados, insuficiencia mitral moderada, alteración de la distensibilidad con fracción de eyección de 40%.

Con estos antecedentes, la x es atendida a mediados del mes de febrero de 2005 en consultas externas del HUMM donde le diagnostica una infección respiratoria, pautándole tratamiento, pero, al no mejorar, se le realiza una radiografía de tórax en la que se observan infiltrados bilaterales por lo que se le prescriben diuréticos a dosis altas y se añade levofloxacino. Como tampoco así mejoró ingresa el día 28 de febrero en el citado hospital, recogiendo en la anamnesis de ingreso todos los antecedentes reseñados, lo que permite afirmar que los facultativos que la trataron eran conocedores de todas sus patologías, pues las mismas aparecían debidamente documentadas en su historia clínica. A partir de su ingreso, tal como indica la Inspectora Médica en su informe, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos realizados (controles de glucemia, ecocardiografía, coronariografía, etc.) y el tratamiento tanto farmacológico como dietético pautado, fueron los adecuados y muestran que los facultativos que los prescribieron conocían y tuvieron en cuenta las patologías de la paciente. A juicio de la inspectora actuante y del perito de la aseguradora la asistencia sanitaria dispensada a la madre de la reclamante *“fue*

*impecable, completamente ajustada a la práctica médica habitual para las patologías que presentaba y exhaustiva, ya que incluyó prácticamente todos los medios de que dispone hoy la ciencia médica”.*

Frente al juicio técnico contenido en los referidos informes, la mera manifestación vertida por la reclamante de que hubo negligencia en la actuación de los facultativos que atendieron a la paciente, no deja de ser una afirmación de parte realizada por quien carece de la cualificación científica necesaria para enjuiciar cualquier proceso médico. Correspondiendo a los interesados la carga de la prueba, según la distribución que de ella hace la LEC (artículo 217), y no habiendo logrado probar a través de la aportación de los medios adecuados la existencia de una omisión del tratamiento exigido por la ciencia médica, o la aplicación de uno inadecuado, no cabe entender acreditados ni la existencia de nexo causal entre el fallecimiento de la madre de la reclamante y el funcionamiento del servicio sanitario público, ni la antijuridicidad del daño, procediendo, en consecuencia, confirmar la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 154-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo fallecido, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 18/07/2011

**Extracto de doctrina**

El análisis de la corrección de la asistencia médica debe realizarse a la vista de los síntomas y antecedentes que en cada caso tiene el paciente, no siendo aceptable reprochar a los facultativos una conducta negligente o descuidada a partir de los daños que acaecen posteriormente a su actuación.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 13 de julio de 2007, x presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida al Servicio Murciano de Salud (SMS) en el que, en síntesis, expresa que el día 8-5-05, sobre las 12.00 horas, llevó a su hijo de 4 años al hospital “Reina Sofía”, como consecuencia de la alta fiebre que tenía todo el día. En ese centro se le informó que no existía Servicio de Pediatría, por lo que debía trasladar al niño al hospital “Virgen de la Arrixaca”. Una vez en su Servicio de Urgencias, aquél fue examinado por la Dra. x que emitió un informe de alta en el que fijaba que el niño seguía con 37'5° de temperatura, así como que no había signos de meningitis, siendo el juicio diagnóstico de síndrome febril de corta evolución, pautando determinado tratamiento farmacológico antifebril si pasaba de 38° de fiebre, líquidos abundantes, observación domiciliaria y control por su pediatra.

Continúa señalando que, una vez en su domicilio, sobre las 20.15 horas de ese día, al comprobar que la fiebre no remitía y que el estado general de su hijo empezaba a ser crítico, decidió trasladarlo de nuevo al hospital “Virgen de la Arrixaca” pero, al intuir el grave estado de su hijo, acudió al “Reina Sofía”, si bien cuando llegó a este último sólo se pudo certificar la muerte del niño. En el dictamen médico de defunción realizado ese día por el médico forense del Registro Civil Exclusivo de Murcia se fijó como causa fundamental de la muerte “sepsis meningocócica”

Por estos hechos interpuso denuncia por negligencia contra la Dra. x, tramitada en el Juzgado de instrucción nº 5 de Murcia en las Diligencias Previas 4840/05-BP, que concluyeron con

Auto de 13-7-2006 en el que se decretaba el sobreseimiento libre y archivo de la causa, lo que le fue notificado el 5-9-2006.

Considera que la citada facultativa no diagnosticó correctamente la enfermedad del niño, por error en la interpretación de los signos propios de la meningitis y por no haber practicado todas las pruebas necesarias para diagnosticar dicha enfermedad, como la punción lumbar, ni mantenerlo en observación, y a cambio le diagnosticó un síndrome febril de corta duración sin determinar su causa y le dio el alta. Añade que el hecho de que el citado Auto excluya la existencia de mala praxis médica a efectos de excluir la responsabilidad penal de la referida facultativa no impide la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues el criterio es distinto a estos efectos, ya que esta responsabilidad es objetiva o por resultado, siendo indiferente que la actuación administrativa sea normal o anormal, según sentencias que cita.

Por todo ello, y de acuerdo con los criterios establecidos en la normativa sobre valoración de daños en materia de accidentes de circulación en caso de muerte de hijo con convivencia con los padres, solicita una indemnización de 85.403,03 euros.

Adjunta con su escrito copia de informe de alta en el Servicio de Urgencias del hospital "Virgen de la Arrixaca" de 8/5/05, dictamen médico de defunción, denuncia al Juzgado de Instrucción nº 5 de Murcia y Auto de éste de 13/7/06, ya reseñados anteriormente.

**SEGUNDO.-** Con fecha 2/8/07 el Director Gerente del SMS dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, la cual fue notificada a los interesados.

Asimismo en tal fecha se solicitó a los hospitales "Reina Sofía" y "Virgen de la Arrixaca" copia de la historia clínica e informe de los facultativos que atendieron al menor. Igualmente se solicitó copia testimoniada de las Diligencias Previas nº 4840/05-BP al Juzgado de Instrucción nº 5 de Murcia.

**TERCERO.-** Mediante oficio de 5 de septiembre de 2007 el Director Médico del hospital "Reina Sofía" remitió la documentación solicitada, entre la que consta un informe de 20 de agosto de 2007 de la Dra. X, médico adjunto del Servicio de Urgencias, en el que expresa lo siguiente:

*"En relación con la solicitud del informe sobre la asistencia al paciente X el día 8 de mayo del año 2005, decir que se trata de un menor de 4 años de edad, que acude acompañado por su madre el día antes mencionado, sobre las 12 h. 30 min.; siendo el motivo de consulta dolor en el brazo derecho, traumatismo frontal y mucosidad nasal, con un poco de tos.*

*A su llegada está consciente, algo somnoliento, y con Tª de 39° C; se le explora, se practica una Rx de codo y antebrazo (descartándose lesión ósea), y se le administran antitérmicos y medidas de soporte (paños fríos). Posteriormente se remite con la presunción diagnóstica de Sd. Febril, Infección Respiratoria, TCE leve, contusión en brazo derecho, y Síndrome de Down, en ambulancia y con Personal de Enfermería, al Hospital CSVA, para valoración por el Servicio de Pediatría de Guardia, al carecer en nuestro Hospital".*

También se remite informe de la Dra. x, del mismo Servicio de Urgencia, de fecha 4 de septiembre de 2007, sobre la asistencia prestada en la segunda visita a dicho Servicio, expresando lo siguiente:

*"En relación a la solicitud de informe sobre la asistencia al paciente x, el día 8 de mayo del año 2005 a las 21.05 horas, decir que se trata de un niño de 4 años que es traído al Servicio de Urgencias en situación de parada cardio-respiratoria, siendo atendido directamente en la Sala de Hemodinámica.*

*Se realiza valoración del paciente, constatando que se encuentra, en situación de parada cardio-respiratoria, con signos de muerte, petequias generalizadas, cianosis central y periférica, pupilas no reactivas.*

*Se inician maniobras de reanimación cardio-pulmonar que no son efectivas".*

**CUARTO.-** Mediante oficio de 24 de septiembre de 2007, el Director Gerente del SMS remitió copia de la historia clínica e informe del 5 anterior de la Dra. x, en el que se remite a la declaración prestada por ella en su día ante el Juzgado de Instrucción nº5 en las Diligencias Previas antes reseñadas.

**QUINTO.-** Obra en el expediente copia de las referidas Diligencias Previas nº 4840/05, remitidas por la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma. De ellas se destaca lo siguiente:

- Declaración de la denunciada x, de 22/12/05, que expresó lo siguiente:

*" ... que el paciente a que se refiere la denuncia fue un niño al que la declarante trató en día de 8 de Mayo de 2005 sobre las 16:00 horas; que ese día la declarante se encontraba como pediatra de guardia en la puerta de urgencias; que al niño se le había derivado desde el Hospital*

*Reina Sofía, al que había acudido sobre las 12.00 de la mañana por un dolor en el brazo; que estando en dicho Hospital sufrió un pico de fiebre y le fueron suministrados antitérmicos; que como en dicho hospital no había pediatra de guardia se le derivó al Hospital Virgen de la Arrixaca; que cuando la declarante lo exploró la fiebre ya había remitido hasta 37,5 grados (y) presentaba un buen estado general. Debido al poco tiempo de evolución de la fiebre y a no haber sido descubierto aún el foco que podía producir la misma, fueron examinados otros signos que pueden ser indicativos de enfermedades graves; no presentaba inflamación de meninges ni petequias, se le diagnosticó síndrome febril de corta evolución y se prescribieron antitérmicos y vigilancia por los padres para (que) si había algún otro síntoma distinto fueran de nuevo al Hospital. Que la declarante no volvió a tratar a ese paciente, si bien tuvo conocimiento de que sobre las 20:00 horas acudió de nuevo al Hospital Reina Sofía y falleció en poco tiempo como consecuencia de una sepsis meningocócica; que dicha enfermedad tiene distintos grados de gravedad, que suele aparecer acompañada de fiebre alta y otros signos externos como petequias; que, en el caso de autos, sólo existía, cuando la declarante lo valoró, un pico de fiebre que ya había remitido y había una ausencia absoluta de petequias; que la sepsis fulminante es de evolución muy rápida, que en ocasiones no da tiempo ni a consultar y no se puede hacer nada por evitar el fallecimiento; que en este acto aporta bibliografía sobre dicha enfermedad; reitera que cuando el niño fue explorado por la declarante no presentaba fiebre alta ni petequias ni mal estado general, no estaba ni decaído ni taquicárdico. Que no había ninguna razón para sospechar que pudiera tener una sepsis meningocócica y es posible que en ese momento todavía no presentara la misma. Que no se le practicó ninguna prueba diagnóstica ni ninguna analítica, ya que ante un cuadro febril de corta evolución sin ninguna otra sintomatología, en el protocolo que habitualmente se utiliza no está indicada la misma; que de hecho en la analítica no siempre puede descubrirse la existencia de dicha sepsis. Que en el momento que se descubre, la esperanza de vida no es muy alta. A preguntas del letrado de la defensa, manifiesta que existe una prueba diagnóstica que puede determinar la existencia de meningitis y que es la punción lumbar, que dicha prueba sólo se practica cuando existen síntomas fundados de que puede existir una meningitis, tales como la rigidez de nuca y los demás que antes ha enunciado y que reitera no presentaba el paciente cuando ella lo trató; que la sepsis no siempre tiene que ir acompañada de meningitis. Que la sepsis puede ser producida por otras bacterias al igual que la meningitis. Que la declarante en un principio exploró al niño junto al otro doctor que estaba de adjunto en la puerta de urgencias, ya que se trataba de un traslado de otro Hospital; que este médico, que fue el doctor x, observó que el niño tenía un buen estado general y ante ello fue la declarante la que continuó la exploración, diagnóstico y alta médica. Que del 17 por ciento de sepsis meningocócica graves diagnosticadas y tratadas en cuidados intensivos existe un alto porcentaje de mortalidad, que oscila entre el 34 al 73 por ciento".*

- Auto del referido Juzgado, de 13 de julio de 2006, acordando el sobreseimiento libre de las actuaciones, del que se destaca lo siguiente:

#### *“FUNDAMENTOS JURÍDICOS*

*PRIMERO: De las pruebas practicadas en la instrucción podemos concluir afirmando que no existe infracción punible, al no poder considerar como tal la actuación de la médico que diagnosticó al menor finalmente fallecido. Sobre las 16.42 horas del día 8 de mayo de 2005, la denunciada atendió a un niño de 4 años (en el Servicio de Urgencias Pediátricas del hospital “Virgen de La Arrixaca”) remitido desde el Hospital Reina Sofía de Murcia, que presentaba fiebre máxima de 39.3 ° con seis horas de evolución, que cedía ante los antitérmicos, que era síndrome Down y que había acudido al hospital con dolor en el brazo derecho tras caída del día anterior, siendo la Rx. practicada al efecto normal. Tras la auscultación propia se le diagnostica Síndrome febril de corta evolución y se le prescribe el tratamiento a seguir, consistente en antitérmicos fundamentalmente. Cuando abandonó el hospital (el “Virgen de La Arrixaca”) a las 17 horas, el menor presentaba 37.5° C. A las 21 horas del indicado día se certifica por la médico forense x la muerte del niño por sepsis meningocócica.*

*Según se desprende del informe forense emitido al respecto, se deduce que la actuación profesional de la pediatra que asistió al menor fallecido en el Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia fue correcta y no puede encuadrarse dentro de la mala praxis. En la exploración practicada no aparecían signos clínicos que sugirieran esa enfermedad, tales como mal estado general, exantemas o púrpura, por lo que la actuación fue correcta. La meningococemia atípica que determinó la muerte es de aparición fulminante y agresiva, evolucionando en pocas horas a la situación de coma y de shock o muerte. (...)*

*Resumiendo la doctrina jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 Feb. 1991 establece que la responsabilidad «médica» o de los técnicos sanitarios procede cuando en el tratamiento efectuado al paciente se incide en conductas descuidadas de las que resulta un proceder irreflexivo, la falta de adopción de cautelas de generalizado uso, o ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para, según el curso del estado del paciente, actuar, aunque entonces el reproche de culpabilidad viene dado, en estos casos, no tanto por el error (si lo hubiera) sino por la dejación, el abandono, la negligencia o el descuido de la atención que aquél requiere (en el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 Nov. 1992).*

*Asimismo la jurisprudencia ha establecido que lo normal es que la parte acusadora debe probar la fundamentación de su pretensión en cuanto a los hechos en que se basa para establecer una imputación objetiva, declarando por su parte el Tribunal Constitucional que los daños deben ser probados en cuanto a consecuencia de la omisión por el agente de la debida diligencia para impedirlos, de una actuación imprudente por su parte (Sentencias 150/1989 y 253/1993)".*

**SEXTO.-** Obra en el expediente un Dictamen Médico, aportado por la compañía aseguradora del SMS, emitido el 19 de agosto de 2009 por tres especialistas en pediatría, en el que, tras analizar los hechos y realizar las oportunas consideraciones médicas sobre la fiebre sin foco y la sepsis meningocócica y su aplicación al caso en cuestión, se concluye lo siguiente:

*"1. El paciente x consultó en el Hospital Reina Sofía por dolor de brazo tras traumatismo. En la exploración se evidenció fiebre de 39°C, por lo que se remitió al Hospital La Arrixaca para valoración pediátrica. En la exploración se comprobó Tª 37.5°C, enrojecimiento de garganta con mucosidad, siendo normal el resto de la exploración, sin signos meníngeos, exantemas ni petequias. Fue adecuadamente valorado, diagnosticado de síndrome febril de corta evolución (inferior a 6 horas) y tratado de forma correcta, según se indica en los protocolos de manejo de niños con fiebre sin foco. Cuatro horas después falleció a consecuencia de un shock séptico fulminante por meningococo.*

*2. Los protocolos de manejo de niños con fiebre sin foco de corta evolución recomiendan que, si el estado general del niño está conservado, no se realice ninguna prueba diagnóstica y se mantenga en observación domiciliaria, con reevaluación a las 24-48 horas. Por tanto, la actuación médica con el paciente fue correcta, acorde a protocolos y ajustada a lex artis.*

*3. El fallecimiento del paciente no se debió a un inadecuado diagnóstico y/o tratamiento, sino a la evolución fulminante de su cuadro clínico. La literatura médica refleja que, en los casos de shock séptico fulminante, la mortalidad es superior al 85%".*

**SÉPTIMO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 5 de julio de 2010, en el que, tras analizar los antecedentes y realizar las oportunas consideraciones médicas sobre la fiebre y la infección meningocócica y su aplicación al caso, concluye lo siguiente:

*"1. En la actuación sanitaria practicada al niño x, en las dos asistencias prestadas anteriores a su fallecimiento, se cumplieron las siguientes guías o protocolos establecidos por la Comunidad Científica y descritos en la literatura especializada:*

- a. *Protocolo de exploración del niño en urgencias.*
- b. *Protocolo de actuaciones en niño con fiebre sin foco de 3 a 36 meses.*
- c. *Protocolo de evaluación niño febril. Escala de Yale.*
- d. *Protocolo de árbol de decisión en niños con fiebre.*
- e. *Evaluación de signos de alarma en la exploración.*

*Se adjuntan a este documento los protocolos de Fiebre sin foco < 48 horas (3-36 meses) y Algoritmo de detección de sepsis grave*

*En la aplicación de todos los protocolos descritos, el niño tenía una fiebre inicialmente alta, que responde al tratamiento antitérmico, de corta evolución, con foco infeccioso (teóricamente viral), con exploración normal salvo infección respiratoria, y por tanto no indicado tratamiento antibiótico ni la realización de exploraciones complementarias, que no ayudan al diagnóstico y que presentan riesgos específicos. Si a este niño se le hubiera practicado dicha prueba, todos los niños se llevarían de 3 a 5 punciones lumbares al año, algo que no respaldaría ninguna sociedad científica del mundo.*

*Posiblemente el niño x sufrió una sepsis fulminante, que se caracteriza por:*

- *No presentar signos meníngeos.*
- *Tener un líquido cefalorraquídeo de aspecto y bioquímica normal.*
- *Ser la variedad clínica mas grave y de mayor mortalidad.*

*Ningún tratamiento hubiera podido evitar una evolución tan fulminante.*

## **CONCLUSIÓN**

*La actuación de los profesionales en la atención al niño x ha sido correcta.”*

**OCTAVO.-** Mediante oficio de 1 de octubre de 2010 se otorga a los interesados un trámite de audiencia y vista del expediente, compareciendo la reclamante y presentando alegaciones el 22 siguiente, en las que se ratifica en su escrito inicial, añadiendo que cuando el niño fue examinado en el hospital “Virgen de La Arrixaca” tenía síntomas de hiperemia faríngea, estado febril sin foco, somnolencia, etc., síntomas indicativos de una posible sepsis meningocócica, que debían haber alertado a la facultativa para profundizar en su exploración y tenerlo al menos en observación, para que la enfermedad hubiera dado la cara, teniendo en cuenta la corta edad del menor, que padecía síndrome de Down, la gravedad de la posible enfermedad, caracterizada por su rápida evolución y

porque los síntomas iniciales no se correspondían con la de una meningitis al uso, estimando finalmente la reclamante que, por no saberse con certeza qué resultado se habría obtenido de advertirse y tratarse entonces dicha enfermedad (niega el que ningún tratamiento hubiera podido evitar el fallecimiento), hubo una pérdida de expectativas de curación, es decir, una pérdida de oportunidad, que, según la jurisprudencia, debe resarcirse económicamente en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera o no producido de actuarse diligentemente.

**NOVENO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios, así como la propuesta de resolución, que concluye en desestimar la reclamación.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas (RRP).

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a la reclamante, por ser quien sufre el daño moral derivado del fallecimiento de su hijo, por el que se reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación, considerando a

este respecto la eficacia interruptiva de tal plazo a virtud de la existencia de las actuaciones judiciales penales reseñadas en los Antecedentes.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.-** Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.  
Consideraciones generales.

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente,

correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación de éste ha de regirse por la denominada *“lex artis ad hoc”*, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *“lex artis”* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *“lex artis”*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

En este sentido, sólo si se produce una infracción de la “*lex artis*” responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la “*lex artis*”, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños a considerar. Inexistencia.**

Aunque en el escrito inicial de reclamación la interesada parece apuntar a una responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria regional por el mero hecho del resultado dañoso producido, con invocación de determinados pronunciamientos jurisprudenciales sobre el alcance del carácter “*objetivo*” de dicho instituto jurídico, en sus alegaciones finales pone el acento en lo que considera una actuación sanitaria pública contraria a la praxis médica en el caso

concreto, es decir, a la *“lex artis ad hoc”*, criterio éste que, efectivamente, y como se razonó en la precedente Consideración, ha de regir en el análisis de la responsabilidad sanitaria, incluso en el ámbito público, descartando así una mera responsabilidad objetiva o por el simple resultado dañoso, inaceptable especialmente en el ámbito de la salud, dadas las evidentes limitaciones de la ciencia médica y la naturaleza de la condición humana.

A partir de lo anterior, la reclamante considera en sus escritos que los síntomas que tenía el niño en el momento de su ingreso en el Servicio de Urgencias del hospital *“Virgen de La Arrixaca”* requerían una actuación terapéutica distinta de la realizada, lo que hubiera permitido advertir la enfermedad y adoptar los medios disponibles para haber intentado evitar el fallecimiento, lo que, al no hacerse, constituyó una infracción a la adecuada praxis médica. Sin embargo, la reclamante no sólo no aporta prueba pericial alguna que avale sus afirmaciones, lo que ya determinaría la desestimación de su pretensión, sino que el detallado informe de la Inspección Médica del SMS analiza los síntomas del paciente (destacando, frente a lo afirmado por la interesada, que el niño no tenía fiebre cuando acudió a dicho Servicio de Urgencias, ni síntomas sugestivos de la enfermedad luego aparecida) y los pone en relación con los protocolos médicos aplicables, para concluir que el proceder del referido Servicio se ajustó plenamente a la praxis médica en niños con los síntomas del paciente, sin que éstos indicasen la procedencia de otro tratamiento que el dispensado, sin perjuicio de que, si la situación variara, se consultase nuevamente, lo que desgraciadamente no pudo ser posible ante la rápida aparición y evolución de la enfermedad – sepsis meningocócica fulminante-, evento éste que no es infrecuente, y ante lo cual la actual ciencia médica no tiene remedios que eviten el fatal desenlace.

En este sentido, es claro que el análisis de la corrección de la asistencia médica debe realizarse a la vista de los síntomas y antecedentes que en cada caso tiene el paciente, no siendo aceptable reprochar a los facultativos una conducta negligente o descuidada a partir de los daños que acaecen posteriormente a su actuación. En este sentido, el referido informe viene a concluir, después de un exhaustivo análisis al respecto, que:

*“En el caso de x (...) ni en la primera visita a urgencias, ni en la segunda existía ninguna sospecha clínica de meningitis aguda, bacteriana o viral (a pesar de buscarse dichos signos al explorar los signos meníngeos, exantemas y petequias)”*.

Por todo ello, al no existir el nexo de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que se reclama indemnización, que es jurídicamente adecuado para determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, por no acreditarse la

existencia de infracción a la “*lex artis ad hoc*”, no concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** No se ha acreditado la concurrencia del adecuado nexo de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que se reclama indemnización, que es jurídicamente necesario para determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, por lo que no concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

**SEGUNDA.-** En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, desestimatoria de la reclamación presentada, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 155-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	18/07/2011

**Extracto de doctrina**

"Todos los alumnos tienen derecho a que se respete su integridad y dignidad personal, así como a la protección contra toda agresión física o moral, derecho que constituye a la institución educativa en garante del mismo, formando así un criterio legal de imputación de responsabilidad a dicha Administración.

La agresión no puede ser considerada un "riesgo general de la vida" -que excluiría la imputación- porque peleas y agresiones voluntarias no son hechos ligados al natural acontecer de la vida diaria de los alumnos, afirmación que puede admitirse con carácter general, pero muy especialmente a la vista del artículo 17 del Decreto 115/2005."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante escrito que tuvo entrada en el registro de la Consejería consultante el 10 de enero de 2011, x, madre de la alumna x de 2º curso de primaria en el CEIP Mediterráneo, de Águilas (Murcia), reclama la cantidad de 159 euros como compensación de los gastos en que ha incurrido al tener que reponer los cristales de las gafas de su hija a consecuencia del hecho sucedido el 20 de diciembre anterior, que describe así:

*"En la fila para entrar a clase después del recreo un compañero le quita las gafas y les da una patada. Las gafas quedan totalmente estropeadas (cristales rallados)".* Aporta la factura que justifica la adquisición de los cristales.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designado instructor por resolución del Secretario General de la Consejería de 25 de enero de 2011, constan las siguientes actuaciones:

- Informe de accidente escolar emitido por el Director del centro el 21 de diciembre de 2010, que describe los hechos con las mismas palabras que el escrito de reclamación.

- Informe ampliatorio del Director del centro, de 14 de febrero de 2011. Según dice, *"al formar las filas después del recreo, un compañero de la niña afectada le quita las gafas, las tira al*

*suelo, las pisa y les da una patada. Las gafas quedan totalmente estropeadas (cristales rallados). El niño que realiza la agresión tiene problemas conductuales en el Centro. Concretamente nos informa la maestra tutora de ambos (que estaba presente ante los hechos) que este niño tenía una rabieta en el momento del incidente”.*

**TERCERO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante no consta que formulara alegaciones. Tras ello se formuló propuesta de resolución el 7 de abril de 2011, que concluye en estimar la reclamación al considerar que existe nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público. Admite que la alumna sufrió una agresión por parte de un compañero que tiene problemas conductuales, lo que supone la relación de causalidad necesaria.

Y en tal estado, cumplimentado el expediente con el reglamentario índice de documentos y con el extracto de secretaría, fue formulada la consulta, que tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 12 de abril de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

La reclamación ha sido formulada por persona legitimada y dentro del plazo de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación, Formación y Empleo competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos daños que se pretenden imputar al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Centro en el que ocurrieron los hechos.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

El carácter objetivo implica que el legislador busca la protección del particular injustamente perjudicado por la actividad de la Administración, independientemente de que la conducta de ésta o sus agentes pueda calificarse como culpable, ya que se trata de una responsabilidad que surge al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente (de ahí la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos STS, de 28 de marzo de 2000, entre otras). Se trata, en términos generales, de apreciar objetivamente la existencia de un daño cierto y real cuya causa pueda atribuirse al funcionamiento del servicio público

Ahora bien, ese carácter objetivo no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999). El Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que *“durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”*, estándar éste que resulta modulable según las circunstancias de cada caso (Dictamen del Consejo Jurídico 58/2006).

Como ha señalado la doctrina, la limitación de ese carácter objetivo hay que buscarla también en el discernimiento de los títulos y modalidades de imputación objetiva que permitan atribuir a la Administración las consecuencias de un hecho dañoso, siendo uno de ellos la antijuridicidad del daño, recogida en el artículo 141. 1 LPAC: *“sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*.

Con ello, en suma, el legislador ha acogido el concepto de antijuricidad tradicional y usualmente admitido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que se expresa señalando que el daño es antijurídico o ilícito en todos los casos en que la Administración carezca de título legítimo que justifique en Derecho la carga impuesta al administrado, es decir, cuando la norma no obliga al perjudicado a soportar dicho daño.

Y tal puede ser el caso de Dictamen, en el que a pesar de la escasa instrucción, se aprecia que la alumna x sufrió daño en sus bienes como consecuencia de la actuación agresiva de un compañero que, según afirma el Director del Centro, es un niño con problemas de conducta y, en el concreto momento “*tenía una rabieta*”. Esta actuación, independientemente de si la vigilancia fue o no la oportuna, hace recordar la inexistencia de norma que obligue al perjudicado a soportar los efectos dañosos, sino que, en sentido contrario, el Decreto 115/2005, de 21 octubre, que establece las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares, señala en su artículo 17 que todos los alumnos tienen derecho a que se respete su integridad y dignidad personal, así como a la protección contra toda agresión física o moral, derecho que constituye a la institución educativa en garante del mismo, formando así un criterio legal de imputación de responsabilidad a dicha Administración. Este criterio se sostuvo por este Consejo Jurídico en los Dictámenes 69/2008 y en el 178/2010, en los que se señalaba que la agresión no puede ser considerada un “riesgo general de la vida” -que excluiría la imputación- porque peleas y agresiones voluntarias no son hechos ligados al natural acontecer de la vida diaria de los alumnos, afirmación que puede admitirse con carácter general, pero muy especialmente a la vista del artículo 17 del Decreto 115/2005, antes citado.

Además de ello, puede advertirse un funcionamiento anormal del servicio público, y las consecuencias que deben extraerse del asunto consultado no deben agotarse con la mera declaración de la responsabilidad, porque el fondo real del problema de convivencia que parece provocar el alumno causante del daño debiera haber dado lugar ya a la reacción consiguiente de los responsables y la adopción de las medidas educativas correspondientes.

El daño se considera suficientemente valorado con la factura aportada por la reclamante.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Procede estimar la reclamación sometida a Dictamen, por lo que se dictamina favorablemente la propuesta de resolución.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 156-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	18/07/2011

**Extracto de doctrina**

La agresión no puede ser considerada un “riesgo general de la vida” -que excluiría la imputación- porque peleas y agresiones voluntarias no son hechos ligados al natural acontecer de la vida diaria de los alumnos, afirmación que puede admitirse con carácter general, pero muy especialmente a la vista del artículo 17 del Decreto 115/2005.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante escrito que tuvo entrada en el registro de la Consejería consultante el 19 de noviembre de 2010, x, madre de la alumna x, de 3º de Primaria del CEIP “Virgen de Guadalupe” (Murcia), reclama la cantidad de 98 euros (justificada con la factura del establecimiento) como compensación del gasto de adquisición de una montura de gafas en el que incurrió a consecuencia del hecho sucedido el 11 de noviembre de dicho año, el cual es descrito así por la Directora del Centro en su informe de 12 de noviembre:

*“Estando en el patio de recreo se dirige el alumno x a la alumna x y le abre las varillas de las gafas rompiéndoles la montura”.*

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designado instructor por resolución del Secretario General de la Consejería de 30 de noviembre de 2010, se practicaron las siguientes actuaciones:

- Se unió al expediente el citado informe de accidente escolar emitido por la Directora del centro.

- También se unió un informe ampliatorio de la Directora del centro, de 2 de diciembre de 2010. Según aclara, el alumno causante del daño (que es x y no el reseñado en el informe anterior) tiene antecedentes de este tipo de conducta y que el centro ha dispuesto, dentro de sus recursos, medidas extraordinarias de personal docente y no docente, aunque lo que cuestiona es la opción

de escolarización del alumno, que puede no ser la adecuada a la vista de los informes médicos posteriores. Adjunta un informe sobre los hechos de los profesores presentes en la zona de recreo.

- Se solicitó informe al Servicio de Atención a la Diversidad (Dirección General de Promoción, Ordenación e Innovación Educativa); fue emitido el 4 de febrero de 2011, señalando que la opción de escolarización para el curso próximo no está decidida, quedando pendiente de un estudio pormenorizado del niño; sobre la integración personal del alumno afirma que es problemática, y en relación a ella la tutora está recibiendo apoyo del Centro de Educación Especial Pérez Urruti.

**TERCERO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante el 16 de febrero de 2011, no consta que formulara alegaciones. Se formuló propuesta de resolución el 30 de marzo de 2011, que concluye en estimar la reclamación (sin razonamiento alguno que apoye tal conclusión).

Y en tal estado, cumplimentado el expediente con el reglamentario índice de documentos y con el extracto de secretaría, fue formulada la consulta, que tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 6 de abril de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

#### **SEGUNDA.- Procedimiento, plazo y legitimación.**

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales.

La reclamación es temporánea pues fue interpuesta dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 LPAC.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. La Consejería consultante es competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro en el que ocurrió el accidente.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

El carácter objetivo implica que el legislador busca la protección del particular injustamente perjudicado por la actividad de la Administración, independientemente de que la conducta de ésta o sus agentes pueda calificarse como culpable, ya que se trata de una responsabilidad que surge al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente (de ahí la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos STS, de 28 de marzo de 2000, entre otras). Se trata, en términos generales, de apreciar objetivamente la existencia de un daño cierto y real cuya causa pueda atribuirse al funcionamiento del servicio público

Ahora bien, este carácter objetivo no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998). Como ha señalado la doctrina, la limitación de ese carácter objetivo hay que buscarla en el discernimiento de los títulos y modalidades de imputación objetiva que permitan atribuir a la Administración las consecuencias de un hecho dañoso, siendo uno de ellos la antijuridicidad del daño, recogida en el artículo 141. 1 LPAC: *"sólo serán indemnizables las lesiones producidas al*

*particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".*

Con ello, en suma, el legislador ha acogido el concepto de antijuricidad tradicional y usualmente admitido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que se expresa señalando que el daño es antijurídico o ilícito en todos los casos en que la Administración carezca de título legítimo que justifique en Derecho la carga impuesta al administrado, es decir, cuando la norma no obliga al perjudicado a soportar dicho daño.

Y tal es el caso de Dictamen, en el que se aprecia que la alumna x sufrió daño en sus bienes como consecuencia de la actuación agresiva de un compañero que, según la Directora del Centro y el informe del Servicio de Atención a la Diversidad, es un niño con necesidades educativas especiales y con dificultades de integración personal. El hecho productor del daño, independientemente de si la vigilancia fue o no la oportuna (que parece que sí lo fue ya que estaban presentes los profesores encargados), no puede hacer olvidar la inexistencia de norma que obligue al perjudicado a soportar los efectos dañosos, sino que, en sentido contrario, el Decreto 115/2005, de 21 octubre, que establece las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares, señala en su artículo 17 que todos los alumnos tienen derecho a que se respete su integridad y dignidad personal, así como a la protección contra toda agresión física o moral, derecho que constituye a la institución educativa en garante del mismo, formando así un criterio legal de imputación de responsabilidad a dicha Administración. Este criterio se sostuvo por este Consejo Jurídico en el Dictamen 69/2008, en el que se señalaba que agresión no puede ser considerada un "riesgo general de la vida" -que excluiría la imputación- porque peleas y agresiones voluntarias no son hechos ligados al natural acontecer de la vida diaria de los alumnos, afirmación que puede admitirse con carácter general, pero muy especialmente a la vista del artículo 17 del Decreto 115/2005, antes citado.

Además, en este caso el incidente fue causado por un alumno con dificultades de integración que cuenta con apoyos, supuesto que se aproxima al de los daños acaecidos en centros de educación especial, en los que, por sus características, la Administración está obligada a extremar su celo en la custodia de los alumnos, según reiterada doctrina (por ejemplo, Dictámenes de este Consejo Jurídico 30/2002, 107/2002, 31/2003 y 5/2004).

El daño se entiende suficientemente valorado con la factura de adquisición de la nueva montura.

Por otra parte, la propuesta de resolución habrá de ser rehecha con la argumentación del presente Dictamen.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Procede estimar la reclamación sometida a Dictamen, por lo que se dictamina favorablemente la propuesta de resolución.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 157-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x. y otra, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	19/07/2011

**Extracto de doctrina**

La asistencia sanitaria prestada al paciente ha de ser considerada en su globalidad desde el ingreso hasta el alta.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 14 de abril de 2007, tiene entrada en el Registro del Servicio Murciano de Salud (SMS) escrito del Letrado x, en nombre y representación de x, y, en solicitud de indemnización por los daños sufridos por su esposo y padre, x, como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida en el Hospital Universitario Santa María del Rosell (HUSMR). Según las reclamantes los hechos ocurrieron del siguiente modo:

- El día 21 de octubre de 2005 el x fue intervenido de una laparotomía media infraumbilical ampliada, siendo dado de alta el 2 de noviembre de 2005.
- En los días posteriores al alta el paciente presentaba malestar general y febrícula, por lo que su médico de cabecera lo envió al Hospital "Los Arcos" y desde este centro hospitalario fue derivado al Hospital General Básico de la Defensa, en el que le fue detectado un cuerpo extraño en el abdomen.
- El 5 de diciembre de 2005 acude a Consultas Externas donde se aprecia inflamación abdominal en el lado izquierdo y aduce imposibilidad para defecar y presencia de fiebre. En este acto aporta el TAC en el que se aprecia cuerpo extraño intraabdominal.
- El siguiente día 8 de diciembre se realiza estudio radiológico en el HUSMR en el que se aprecia estenosis de colostomía, con desprendimiento de la misma y absceso pericostómico; asimismo se detectó presencia de cuerpo extraño.
- Ese mismo día se le practica la siguiente intervención quirúrgica: *"laparotomía media infraumbilical + incisión pericostomía. Hallazgos: Se aprecia cuerpo extraño intra-abdominal (p. quirúrgicas). Colostomía desprendida con necrosis de pared y estenosis franca. Absceso pericostomía que presenta en cavidad abdominal. Extracción de*

*cuerpo extraño. Liberación de colostomía con limpieza de la misma. Se realiza plastia de colostomía y confección de nueva colostomía. Cierre por planos”.*

Durante los meses que siguieron a la intervención quirúrgica el estado del paciente fue empeorando, surgiendo diversas complicaciones en la zona donde le fue detectado el referido material quirúrgico. Cita, para respaldar esta afirmación, los informes del HUSMR de 14 de febrero y 18 de abril de 2006, en los que se hace constar, respectivamente, que el x presentaba “*eventración abdominal, reducible y no dolorosa*” y “*gran eventración abdominal reducible sólo parcialmente y dolorosa*”.

Para las reclamantes la actuación contraria a la *lex artis* por parte del sistema sanitario regional se concreta en lo siguiente:

1.º Olvido del instrumental quirúrgico en el interior del abdomen del paciente.

2.º Retraso en la extracción de las pinzas, pues a pesar de ser descubiertas en el mes de noviembre de 2005, no se produjo la intervención quirúrgica hasta el día 8 de diciembre, lo que, evidentemente, influyó en la mala evolución de las dolencias padecidas por el x lo que, finalmente, desembocó en su fallecimiento.

Solicitan indemnización que alegan que cuantificarán cuando se le dé traslado de la historia clínica.

Se acompaña a la reclamación copia de escritura de poder otorgado por las reclamantes a favor del letrado actuante, así como diversa documentación correspondiente a la asistencia sanitaria recibida por el fallecido.

**SEGUNDO.-** A continuación se envía un escrito por parte de la instrucción y dirigido al letrado de las interesadas requiriéndole para que en el plazo de 10 días procediese a la subsanación de su reclamación, aportando fotocopia compulsada del certificado de defunción del x, con el fin de acreditar la legitimación activa de las reclamantes. Asimismo solicita a los Directores Gerentes del HUSMR y del Hospital Los Arcos las historias clínicas del paciente e informes de los profesionales que le atendieron en relación a los hechos descritos en la reclamación.

**TERCERO.-** El HUSMR da cumplimiento al requerimiento remitiendo la historia clínica del paciente e informe del facultativo Dr. x, del Servicio de Cirugía General de dicho Hospital, en el que indica lo siguiente:

*“El paciente x presentaba un cáncer de recto canal anal que se intervino quirúrgicamente el día 21/10/05 practicándosele una amputación recto-sigma abdominoperineal combinada tipo Milles y colostomía en fosa iliaca izquierda. Informe AP: Adeocea que infiltra todo el grosor parietal y grasa perirrectal con metástasis de los 12 ganglios aislados (estadio pT3c N2 MX:cl Dukes).*

*Durante el postoperatorio presenta desprendimiento de la colostomía y necrosis de los bordes que evolucionan satisfactoriamente, siendo dado de alta el día 2/11/05 para posterior control en consulta externa de cirugía y remitido a oncología para instauración de tratamiento oncológico. El paciente acude a revisión el día 4/11/05 y se le retiran los puntos de la colostomía y de región perineal.*

*El paciente acude nuevamente a consulta remitido desde oncología el día 5/12/05 presentando a la exploración colostomía desprendida con flemón pericostomía y febrícula (aporta TAC realizado en Hospital de los Arcos que informa de cuerpo extraño intraabdominal (pinzas) y nódulos pulmonares bilaterales compatibles con metástasis). Hablado con el paciente e informado del desprendimiento junto con estenosis de la colostomía y del material quirúrgico intraabdominal, explicándole que el mismo dado que es un material inerte no le produciría ninguna lesión puesto que estaba superficial y no afectaba a ningún órgano pero que aprovechando la intervención del desprendimiento se le podría extraer (Firmado en Hoja de Consentimiento). Intervención: 8/12/05: Se aprecia colostomía desprendida con signos de necrosis. Absceso pericostomía. Se realiza liberación de la colostomía y limpieza con plastia de la misma y confección de nueva colostomía. Durante la intervención se extrae material quirúrgico (pinza).*

*El postoperatorio de la segunda intervención transcurre sin incidencias siendo dado de alta el día 14/12/05.*

*Posteriormente es visto en consulta ambulatoria en dos ocasiones la última con fecha 13/1/06 y escrito en hoja de evolución donde presentaba herida de laparotomía normal y colostomía funcionante y con sesiones de quimioterapia en este momento.*

*En cuanto a los hechos remarcados en los puntos cuatro y cinco desconozco la evolución del paciente puesto que no acude a este Hospital ni es visto por mí en la consulta en ninguna ocasión a partir de la última revisión en Enero del 2006.*

*En relación con el capítulo de observaciones y en el apartado del material quirúrgico remarco lo que he dicho anteriormente que como material inerte que es no produce ninguna lesión*

*ni afectaba a ningún órgano vital como es en este caso luego no hubo ningún retraso en la intervención ya que la misma se realizó por presentar el paciente una estenosis con desprendimiento de la colostomía.*

*Por ultimo diré que la causa del fallecimiento del mismo se debe a la enfermedad que padecía, que en este caso era un estadio terminal de un paciente intervenido de cáncer de recto avanzado con metástasis pulmonares bilaterales”.*

**CUARTO.-** Por su parte el Hospital “Los Arcos” también remite la historia clínica del x e informe del Dr. x, del siguiente tenor:

*“El paciente acudió por presentar fiebre y disuria, sin tenesmo ni polaquiuria.*

*Como antecedentes refería intervención quirúrgica por neo de recto y canal anal, no refiriendo dolores abdominales ni torácicos.*

*A la exploración presentaba una auscultación no patológica, abdomen con cicatriz laparotómica en buen estado, sin signos de peritonismo.*

*En la radiografía de tórax se observa imagen en suelta de globos.*

*En la analítica destaca leucocitosis (21'9) siendo el resto normal. La orina presentaba 6-7 hematíes/c y 1-3 leucocitos/c.*

*El diagnóstico fue síndrome febril o filiar (¿síndrome paraneoplásico?)”.*

**QUINTO.-** Mediante escrito de fecha 30 de mayo de 2007 el letrado de las reclamantes, atendiendo el requerimiento que se le había efectuado, aporta fotocopias del certificado de defunción del x, así como del Libro de Familia por el que se acredita el parentesco de las interesadas con el fallecido. Al tiempo indica que la cuantificación de la reclamación se realizará posteriormente, en fase judicial.

**SEXTO.-** El órgano instructor dirige escrito al Juzgado de Instrucción núm. 5 de Cartagena mediante el que solicita copia testimoniada de las Diligencias Previas núm. 613/2006 que, por los hechos objeto de la reclamación, se siguen en dicho Juzgado.

De las citadas Diligencias destaca, a los efectos que aquí nos ocupa, lo siguiente:

1.º Declaración del Dr. x (folios 279 y siguientes):

*“Que el día 21 de octubre de 2005 intervino a x de un tumor en el recto con metástasis. En esta intervención el declarante era el jefe del equipo quirúrgico, interviniendo además 2 cirujanos, llamados Dr. x, y Dr. x, bajo su supervisión, además de la A.T.S. instrumentista x y el anestésista con su ayudante. Que jefe de cirugía del Rosell es el Dr. x, que no intervino en nada en esta operación.*

*Que la operación duró dos horas y media, y tuvieron que abrir dos campos quirúrgicos, abdominal y perineal. Que tras ser dado de alta fue citado en oncología en el Hospital Naval, siendo en el Hospital Los Arcos donde le hicieron un scanner.*

*Que x vuelve el día cuatro de noviembre, para la retirada de los puntos de sutura, no recordando el declarante si este día asistió al mismo. Que el día 5 de diciembre x volvió porque estaba citado con anterioridad, siendo visto en este caso por el declarante, el mismo aprecia inflamación de la zona abdominal izquierda, fiebre e imposibilidad de defecar, siendo estos claros síntomas de obstrucción o colostomía desprendida. Que esta colostomía desprendida estuvo favorecida por presentar el paciente aumento de la grasa abdominal y diabetes.*

*Que ese día el declarante ya tenía en su poder el scanner que le remitió el Hospital Los Arcos donde ya se apreciaba un cuerpo extraño, concretamente unas pinzas quirúrgicas de unos diez centímetros en la zona media abdominal justo debajo de la incisión quirúrgica. Que la existencia de este cuerpo extraño nada tiene que ver con la colostomía desprendida, que como ya he dicho es consecuencia de la intervención, como efecto indeseable de la misma. Que desde el punto de vista de la intervención las pinzas quirúrgicas que encontraron eran para la sujeción de la pared del peritoneo, y conforme se va cosiendo se quitan. Que las pinzas se pueden voltear cuando se tira del peritoneo para cerrar, siendo este el motivo por el que a veces no se encuentran a pesar de su existencia. Que el facultativo encargado de su colocación y posterior retirada fue el declarante, si bien por protocolo la A.T.S instrumentista es la encargada de su recuento, para comprobar que están todas las pinzas de las que se ha hecho uso.*

*Cuando fue el mismo día cinco de diciembre cuando el declarante dijo al paciente que tenía que intervenirle por la colostomía desprendida y eliminar las pinzas quirúrgicas. Que el motivo de la intervención no fue la existencia de este cuerpo extraño sino la colostomía desprendida, ya que esta última puede traer como consecuencia incluso la muerte.*

*Que esta segunda intervención fue por la misma incisión abdominal. Que de no presentar el paciente la colostomía desprendida puede que incluso no se hubiera intervenido para la extracción de las pinzas, que las mismas es un material inerte, y que una persona puede hacer vida normal con la existencia del mismo. Que en esta segunda intervención se le extrajeron las pinzas aprovechando la intervención sobre la colostomía desprendida. Que el paciente es dado de alta por esta segunda intervención el día 14 de diciembre, y el declarante lo vio en consulta el día 16 de diciembre, donde pidió un scanner y lo mandó a oncología. Que la última vez que lo vio fue el día 13 de enero de 2006, que fue por una revisión rutinaria donde comprobó que el problema de la colostomía funcionaba correctamente. A preguntas de su letrada contesta: Que el día 27 de octubre ya tenía signos de desprendimiento de la colostomía, pero que en esa fecha no era recomendable intervenir sino esperar. Que una de las posibles complicaciones que aparecen en el consentimiento informado de la operación es la obstrucción intestinal. Que cuando extrae las pinzas quirúrgicas en la segunda intervención no existen signos inflamatorios ni abscesos en la zona donde se encontraban, que era por debajo del peritoneo en línea media abdominal. Que las pinzas se encontraban justo debajo del peritoneo. Que como ya ha dicho no sería necesaria una operación para extraer las pinzas, aunque en el caso de que se hubiera hecho solo para esto, podría haberse realizado incluso con anestesia local. Que en la segunda intervención encuentran signos de abscesos alrededor de la colostomía, llamados abscesos pericostomal. Que el origen de la fiebre era la colostomía, que en la segunda intervención se hace saber al paciente y así lo firma que es por el problema de la colostomía, constanding además de la existencia de este cuerpo extraño”.*

## 2.º Declaración del Dr. x (folios 344 y siguientes).

El Dr. x declara haber asistido como ayudante del Dr. x en la intervención quirúrgica practicada al x, y tras relatar el proceso en términos similares a como lo hizo el citado médico, indica *“que existe por protocolo la obligación de que la instrumentista cuente todas las pinzas que habría en la cavidad, así como el resto del material quirúrgico. Que en este caso se trataba de una pinza PEAN, que es una pinza de sujeción y no es infrecuente que se voltee o caiga. Que la pinza quedó justamente pegada al peritoneo y justo debajo de la pared abdominal.*

*Que el día 8 de diciembre fue intervenido el paciente tanto por una colostomía desprendida como por la existencia de la pinza quirúrgica. Que la pinza está hecha de un materia altamente biocompatible para que el cuerpo no la rechace al igual que una prótesis o un implante, que una persona puede tenerlo y proceder a su extracción sin urgencia aunque existe la obligación de*

*extraer este material. Que si la pinza está localizada y no se extrae no causa ningún tipo de lesión al paciente por su bio-compatibilidad. Que si solo hubiera hecho falta la extracción de la pinza se hubiera hecho con anestesia local, y podría, haberse marchado a las 24 o 48 horas. A preguntas de la letrada: que si solo hubiera sido necesaria la intervención para extraer las pinzas no se hubiera hecho de urgencia. Que antes de proceder al cierre de la cavidad abdominal se revisa por el cirujano la existencia de posible material quirúrgico y de focos de sangrado. Que cuando existe duda en el recuento del material quirúrgico se hace una radiografía para descartarlo y en este caso al no existir esta duda no se hizo”.*

3.º Declaración de la ATS instrumentista x (folios 346 y siguientes).

*“Que intervino como instrumentista en la intervención de 21 de octubre de 2005. Que por protocolo cuando el cirujano está cosiendo, se hace un recuento conjunto de todo el instrumental y de las compresas aquel por su parte y ella con el material que tiene en su mesa en ese momento, y si coincide con el que al principio había y no hay ningún problema no es necesario un posterior recuento. Que si falta algún elemento, sí se recuenta de nuevo.*

*A preguntas de la letrada: Que cuando viene el material quirúrgico viene en cajas con un nº determinado de pinzas esterilizadas. Que cuando se abre la caja se hace un recuento para asegurar que lleva tantas como debe llevar la caja”.*

4.º Declaración del Dr. x (folios 348 y siguientes).

Este facultativo también afirma haber intervenido en la operación practicada al x el día 21 de octubre de 2005 y, en relación con las pinzas olvidadas en el abdomen de éste, indica que *“dada la metástasis que tenía el paciente, diabético, en el caso de que se hubiera procedido exclusivamente a la extracción de la pinza se le hubiera advertido del alto riesgo debido a sus condiciones particulares, y lo médicamente aconsejable habría sido la no extracción porque donde estaba situada la pinza no corría ningún riesgo”.*

5.º Declaración del Dr. x (folio 361 y siguientes).

Este facultativo indica que participó en la intervención quirúrgica del día 8 de diciembre de 2005 cuyo motivo principal fue la colostomía desprendida que presentaba el paciente, aunque aprovechando las incisiones practicadas se extrajeron también las pinzas, aunque afirma *“que si no hubiera sido por el problema de la colostomía no hubiese sido necesaria su extracción o al menos*

*no de forma urgente*". Añade que la infección que presentaba el paciente se debía a la colostomía y no a la presencia de las pinzas en el abdomen.

6.º Informe de la Médica forense del Juzgado de Instrucción núm. 5, del siguiente tenor:

*"Que tras el estudio de los datos contenidos en los documentos/fotocopias de la historia clínica del Hospital Sta M<sup>a</sup> del Rosell y otros centros sanitarios de x, que obran en autos sobre posible imprudencia médica manifiesta:*

*Que ante la existencia de unas pinzas en el interior de la cavidad abdominal es recomendable su extracción, practicándose dicha intervención de forma programada (no es necesario intervención urgente) y en ocasiones con anestesia local.*

*En caso de no extraerse, la mayoría de los casos no presenta complicaciones siendo un hallazgo casual ante exploraciones realizadas al paciente por otras patologías, por lo que su existencia no daría lugar a lesiones ni secuelas".*

Con fecha 2 de octubre de 2006, notificado el día 5 del mismo mes y año, se dicta Auto de sobreseimiento provisional y archivo de la causa, al considerar el Magistrado que la instruí que *"no resulta en este momento procesal acreditado que se causara ningún tipo de lesión al denunciante, de todas las previstas en el art. 150.1 del Código Penal, con lo que la actuación médica podría dar lugar a algún tipo de responsabilidad civil, pero en ningún caso a responsabilidad penal"*.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 23 de enero 2008 se dicta Resolución del Director Gerente del SMS por la que se admite a trámite la reclamación y se encomienda la instrucción del expediente al Servicio Jurídico de dicho organismo.

A continuación, por el órgano instructor se comunica la reclamación a la Correduría de Seguros y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

**OCTAVO.-** Trasladado el expediente a la Compañía de Seguros ésta comparece aportando dictamen médico realizado colegiadamente por cuatro facultativos especialistas en Cirugía General y Digestiva, en el que, tras resumir los hechos y efectuar las consideraciones médicas que estiman oportunas, concluyen del siguiente modo:

*"1. El paciente fue diagnosticado de una neoplasia avanzada de recto con invasión del canal anal.*

2. Los preoperatorios eran correctos y no descartaban la cirugía.

3. Antes de la misma firmó los documentos de CI para anestesia y específico para la cirugía que se iba a realizar.

4. La técnica quirúrgica realizada, AAP, es la indicada ante este tipo de patologías.

3. Durante la cirugía se dejó olvidada en el interior del abdomen una pinza quirúrgica, sin que hubiera puesto de manifiesto su ausencia en el contaje de instrumental y compresas obligatorio tras toda intervención.

4. El postoperatorio transcurrió con normalidad siendo dado de alta a los pocos días.

5. Es un mes más tarde aproximadamente, cuando a consecuencia de una exploración radiológica por mal estar general y febrícula cuando se descubre la presencia del cuerpo extraño.

6. La cirugía se realiza mas tarde haciéndola coincidir con una recolocación de la colostomía por hundimiento de la misma acompañada de un absceso intraabdominal.

7. Aunque no se hubiera encontrado unas pinzas en el interior del abdomen, la cirugía hubiera sido necesaria por el hundimiento y estenosis de la colostomía y el absceso pericostómico.

8. Los cuerpos extraños metálicos y en el interior del abdomen se toleran perfectamente, al ser material inerte, que no produce ninguna reacción a cuerpo extraño, al contrario de lo que ocurre con los cuerpos extraños textiles: compresas, gasas, etc.

9. El rápido desarrollo de la enfermedad con metástasis a distancia múltiples, no está en relación ni con las pinzas olvidadas en el interior del abdomen, ni con el hundimiento y absceso pericostómico.

10. El tratamiento quimioterápico posterior es correcto y de acuerdo con el estado de la ciencia.

11. El paciente fallece a los 9 meses de la intervención de una carcinomatosis generalizada.

12. *Las posibilidades de supervivencia están en relación con el número de ganglios afectados en la pieza extirpada.*

13. *En este caso todos los ganglios estaban colonizados por la neoplasia, por lo que la supervivencia al año no llega al 5%”.*

**NOVENO.-** Consta en el expediente que las reclamantes han interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación por responsabilidad patrimonial, que se sustancia, como Procedimiento Ordinario número 19/2009, ante el Tribunal Superior de Justicia en la Región de Murcia.

**DÉCIMO.-** El 29 de julio 2010, se emite el correspondiente informe por la Inspección Médica en el que, tras valorar los hechos y la documentación, alcanza las siguientes conclusiones:

*“En el curso de la cirugía de amputación recto-sigma abdominoperineal y colostomía se dejó un cuerpo extraño en el abdomen.*

*El paciente falleció a consecuencia del grave proceso neoplásico que padecía.*

*No apreciamos relación entre ambos hechos”.*

**UNDÉCIMO.-** Conferido trámite de audiencia a las partes (reclamantes y aseguradora), ninguna de ellas hace uso del mismo al no comparecer ni formular alegación alguna.

Seguidamente la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no queda acreditado en el expediente la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño por el que se reclama.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 15 de diciembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

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

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

1. Las reclamantes, en su condición de esposa e hija del fallecido -usuario del servicio público sanitario-, ostentan la condición de interesadas y están legitimadas para ejercitar la presente acción de reclamación, a tenor de lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva tampoco suscita duda que la actuación a la que las reclamantes imputan el daño que dicen haber sufrido, acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional.

2. En lo que respecta a la temporalidad de la reclamación, el artículo 4.2 RRP dispone que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. La actuación médica a la que se imputan los daños habría acaecido el día 21 de octubre de 2005, mientras que la reclamación ante la Administración regional se presenta el 24 de abril de 2007. En dicho período, no obstante, se incoaron, por el Juzgado de Instrucción num. 5 de Cartagena, Diligencias Previas núm. 613/2006, en las que, finalmente, recayó Auto de sobreseimiento que fue notificado a las interesadas con fecha 5 de octubre de 2006.

La tramitación de este procedimiento penal impide considerar prescrito el derecho a reclamar de las interesadas, en atención al consolidado criterio jurisprudencial que otorga al proceso penal eficacia interruptiva del plazo de prescripción para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial.

Atendiendo a dicha doctrina y dado que el auto se notifica, como hemos dicho antes, con fecha 5 de octubre de 2006, resulta evidente que cuando se interpone la reclamación de

responsabilidad patrimonial aún no se había agotado el plazo de un año al que se refiere el artículo 4.2 RRP

3. Por último, si bien es cierto que el artículo 12.2 RRP, señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, también lo es que para un correcto pronunciamiento sobre dichos extremos el Consejo Jurídico ha de valorar el resto de presupuestos que inciden sobre dicho instituto, incluido el examen del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir. Pues bien, aunque la tramitación ha respetado, en términos generales, lo que sobre este tipo de procedimientos se establece tanto en LPAC como en el RPP, se han de efectuar las siguientes observaciones:

1.<sup>a</sup> La resolución de admisión de la reclamación y designación del órgano instructor -trámite que, a tenor de lo prevenido en el artículo 6.2 RRP, se ha de anteponer a cualquier otro acto o trámite- se dicta con posterioridad a la solicitud y recepción de documentación e informes provenientes tanto de las reclamantes como de los centros hospitalarios implicados en la asistencia sanitaria a la que se imputa el daño.

2.<sup>a</sup> Ante la manifestación de letrado de las reclamantes por la que se difiere la cuantificación económica del daño a un futuro procedimiento judicial, el órgano instructor debió de instarle para que la concretara en vía administrativa, dando así cumplimiento a lo que, al respecto, se contiene en el segundo párrafo del artículo 6.1 RRP.

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

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención sanitaria que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultados, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la asistencia del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado de la misma, una obligación de desplegar adecuadamente los medios y recursos disponibles, lo que requiere un juicio valorativo acerca del estándar de disponibilidad de dichos medios y su aplicación a las circunstancias del caso de que se trate.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción del deber de aplicación de medios, considerando a tal efecto el estándar de medios disponibles aplicado a las circunstancias del caso concreto, responderá la Administración de los daños causados, pues, en caso contrario, dichos perjuicios no habrán de imputarse, en términos jurídicos, a la atención sanitaria pública y, por tanto, no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que en tal caso podría declararse en todos los supuestos en los que, con ocasión de cualquier intervención de los servicios sanitarios públicos, no se pudieran evitar los daños a la salud de las personas que se producen por la misma naturaleza de la condición humana; tal resultado, obviamente, no respondería a la configuración constitucional y legal del instituto de la responsabilidad patrimonial de que se trata.

Además de lo anterior, es esencial destacar que la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la producción de unos determinados daños físicos o

psíquicos, cuya existencia se imputa al funcionamiento anormal del servicio sanitario de que se trate, requiere de la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de las consecuencias que, para la salud humana, tiene la actuación sanitaria en cuestión, en el específico contexto que presenta cada caso. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los servicios de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama. Inexistencia.**

Como se indicó en los Antecedentes, las reclamantes no concretan la evaluación económica de la indemnización, aspecto que manifiestan llevarán a cabo en vía judicial. Sin embargo, ello no es jurídicamente posible, pues el artículo 13.2 RRP exige que la resolución de una reclamación de esta clase se pronuncie sobre la valoración del daño causado, en su caso (es decir, de existir éste y ser resarcible), y, en consecuencia, sobre la cuantía de la indemnización. Ahora bien, que las interesadas no hayan cuantificado la evaluación económica del daño eventualmente resarcible no obsta a un pronunciamiento sobre la eventual responsabilidad patrimonial y la indemnización en su caso procedente, siempre que se alegue la existencia de daños imputados al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, como así hacen las interesadas (agravamiento de las dolencias del paciente y su posterior fallecimiento), sin perjuicio de la valoración económica que de ellos pueda hacer la Administración en el caso de que los mismos se consideren resarcibles por concurrir los presupuestos legales del referido instituto jurídico.

Sentado lo anterior, procede examinar ahora si ha quedado acreditada la existencia de la necesaria relación de causalidad entre la actividad sanitaria y el daño, en virtud del cual se reclama, carga que, como se indica en la anterior Consideración del presente Dictamen,

corresponde a las reclamantes en virtud de lo establecido en los artículos 217 LEC y 6 RRP, sin perjuicio de que la Administración deba colaborar con todos los medios a su alcance para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

Para las interesadas las actuaciones sobre las que pivota su reclamación se concretan en las que a continuación se señalan y analizan:

1ª. La constatación del olvido de unas pinzas en el abdomen del paciente es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues desvela, por sí mismo, un anormal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

En este sentido el Consejo, como ya hizo en su Dictamen 125/2004, considera que la asistencia sanitaria prestada al paciente ha de ser considerada en su globalidad desde el ingreso hasta el alta o, como en este caso, el fallecimiento, y en este sentido aquí, como ocurría en el supuesto sobre el que recayó el Dictamen citado, la detección de las pinzas se realiza en un lapso de tiempo muy pequeño, en el que el *continuum* asistencial no se ha visto interrumpido por un alta médica que considerara curado al paciente manteniendo en su interior un cuerpo extraño susceptible de provocar complicaciones en el futuro. De ahí que, el mero olvido de las pinzas sin que ello haya producido daño (cuestión que abordaremos a continuación), resulte irrelevante en términos de causalidad.

2ª. El olvido de las pinzas quirúrgicas y el retraso en extraerlas influyó de manera muy negativa en el empeoramiento del estado de salud del paciente y en su posterior fallecimiento.

a) En lo que se refiere al alegado retraso, todas las declaraciones e informes médicos obrantes en el expediente evidencian que el mismo no se produjo. En efecto, la existencia de las pinzas en el abdomen del paciente se detectó en un TAC que se le realizó en el Hospital Los Arcos y que fue aportado por el paciente al médico que efectuaba el seguimiento de su patología, Dr. x, el día 5 de diciembre de 2005 (folio 247), y el siguiente día 8 del mismo mes y año, aprovechando la intervención quirúrgica efectuada para la liberalización de la colostomía anterior, se extrajeron las pinzas. Resulta evidente que el tiempo transcurrido fue mínimo.

En cualquier caso, también se manifiestan los facultativos en el sentido de que si la operación se hubiese llevado a cabo única y exclusivamente para retirar el material quirúrgico, no se habría hecho de urgencia debido a la inocuidad del mismo para el organismo. Así, el Dr. x dice al folio 279 *“...que de no presentar el paciente la colostomía desprendida puede que incluso no se hubiera intervenido para la extracción de las pinzas, ya que las mismas es un material inerte, y que*

*una persona puede hacer vida normal con la existencia del mismo*". En el mismo sentido el Dr. x al folio 344 indica que si sólo hubiera hecho falta la extracción de las pinzas se hubiera hecho con anestesia local, con un postoperatorio de 24 a 48 horas y nunca mediante un procedimiento de urgencias. Aún va más lejos el Dr. x en su declaración obrante al folio 348 al afirmar que si la intervención quirúrgica hubiese tenido como único fin extraer las pinzas, lo más aconsejable hubiese sido no practicarla a la vista de la metástasis y diabetes que presentaba el paciente que hacían que el riesgo de la intervención fuese mayor que el que se asumía dejando las pinzas en el interior de su organismo. Finalmente la forense también indica *"que ante la existencia de unas pinzas en el interior de la cavidad abdominal es recomendable su extracción, practicándose dicha intervención de forma programada (no es necesario intervención urgente) y en ocasiones con anestesia local"*.

b) Para las reclamantes el olvido de las pinzas en el organismo de su esposo y padre le produjo un agravamiento de sus dolencias que tuvo como desenlace su fallecimiento. Sin embargo de los informes médicos traídos al procedimiento por la Administración se deduce que no existe relación causal entre la permanencia del cuerpo extraño dejado en el organismo del paciente y la tórpida evolución de la enfermedad que éste padecía. En efecto, las molestias y fiebre que presenta el Sr. Toledo tras la primera intervención no tuvieron otra causa que la colostomía desprendida y las posteriores complicaciones que desembocaron en el óbito del paciente se debieron al rápido desarrollo de la enfermedad con metástasis a distancia múltiples, lo que, como dicen los peritos de la aseguradora, *"no está en relación ni con las pinzas olvidadas en el interior del abdomen, ni con el hundimiento y absceso pericolostómico"*, el fallecimiento se produce por una carcinomatosis generalizada. En el mismo sentido se pronuncia la Inspectora Médica que no aprecia relación alguna entre el olvido de las pinzas en el abdomen del paciente y su posterior muerte, pues esta última se produce *"a consecuencia del grave proceso neoplásico que padecía"*.

En este contexto, la actuación médica ha sido considerada en dos informes técnicos (el de la Inspección Médica y el de los peritos de la aseguradora del SMS) como ajustada a la *lex artis*, sin que las interesadas hayan propuesto ni practicado una prueba pericial de contrario para desvirtuar tales conclusiones.

Lo anterior impide considerar que los daños alegados por las reclamantes sean imputables al funcionamiento de la Administración sanitaria regional, al no existir nexo causal entre aquéllos y éste.

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

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, toda vez que no ha quedado acreditada en el expediente la concurrencia de los requisitos generadores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 158-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	19/07/2011

**Extracto de doctrina**

Tanto la Inspección Médica como los peritos de la aseguradora, tras afirmar con rotundidad que todos los profesionales que intervinieron en la asistencia sanitaria prestada al reclamante actuaron con celeridad y de manera correcta, destacan que el riesgo habitual del tipo de intervención que se practicó al paciente se vio incrementado por determinadas circunstancias personales del mismo.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 27 de marzo de 2008, x, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia recibida del sistema sanitario público regional. Según el reclamante los hechos ocurrieron del siguiente modo:

1. Con fecha 3 de noviembre de 2006, tras sufrir un fuerte dolor abdominal, fue ingresado en el Hospital Básico del Ejército, donde se le diagnosticó una pancreatitis y se le aconsejó, para evitar posteriores complicaciones, someterse a una intervención quirúrgica mediante laparoscopia que no entrañaba, le dijeron, riesgo alguno.

2. La intervención se lleva a cabo el día 28 de marzo de 2007 en el Hospital Universitario "Santa María del Rosell" (HSMR), por el cirujano Dr. x. Durante las maniobras de disección el cirujano actuante lesionó la vía biliar principal (VBP) y la arteria hepática, lo que obligó a efectuar una colecistectomía abierta, de modo que una operación que iba a durar 20 minutos se prolongó durante 10 horas.

3. Ante la gravedad de la situación fue trasladado al Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca" (HUVA), donde es intervenido el día 30 de marzo de 2007, practicándosele una intervención por dehiscencia de la anastomosis y realizando coléododo-yesyunostomía en Y de Roux.

4. Durante el postoperatorio presentó débitos hemáticos que exigieron nuevas intervenciones quirúrgicas, a pesar de las cuales la gravedad del paciente no sólo no mejoró sino que empeoró, lo que finalmente hizo necesario que se le efectuara un trasplante orgánico hepático, en cuyo postoperatorio se produjo una insuficiencia renal que precisó diálisis.

5. Aún fueron precisas varias intervenciones quirúrgicas más para hacer frente a las distintas complicaciones que se presentaron, produciéndose la última el día 29 de junio de 2008, en la que se reconstruyó la vía biliar mediante colédoco-coledocotomía terminal-terminal sobre una sonda naso-biliar, siendo, finalmente, dado de alta el día 24 de agosto de 2008.

Para el reclamante la mala praxis de la primera intervención llevada a cabo en el HRMS fue la causa directa de los daños que ha sufrido y que concreta del siguiente modo:

- Un trasplante de hígado

- Una hospitalización de 151 días, de los cuales 60 estuvo sedado, 102 permaneció en la UCI y 25 en planta, a los que cabe añadir otros 10 que tuvo permanecer en el Hospital debido a una intolerancia medicamentosa.

- Necesidad de estar sometido a una fuerte medicación de por vida para mantenerlo inmunodeprimido y evitar así el rechazo del órgano trasplantado, así como la necesidad de revisiones periódicas y la incertidumbre de futuros ingresos hospitalarios ante cualquier tipo de infección que pueda presentarsele.

- El efecto negativo que la medicación que está tomando le produce en otros órganos, que ya se ha materializado en una insuficiencia renal.

- Baja laboral desde hace ya casi un año, y el riesgo de que finalmente la situación pueda derivar en una incapacidad total o absoluta para el desarrollo su profesión habitual o, incluso, para cualquier otra profesión u oficio, lo que resulta especialmente grave si se tiene en cuenta que el paciente cuenta con tan sólo 42 años.

- La imposibilidad de llevar una vida normal, como la que llevaba antes de la operación, circunstancia ésta que alcanza también a su familia (mujer y dos hijos), que han visto seriamente perturbada su vida debido a su estado de salud.

Por todos los conceptos anteriormente descritos, el reclamante solicita una indemnización global de 1.000.000 de euros.

Acompaña a su escrito una serie de documentos relacionados con el proceso sanitario antes descrito.

**SEGUNDO.-** Seguidamente se dicta Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) por la que se admite a trámite la reclamación y se encomienda la instrucción del expediente al Servicio Jurídico del citado ente.

A continuación, por el órgano instructor se solicita al Director Gerente del HSMR, al del HUVA y al Hospital Básico de Defensa, las historias clínicas del paciente e informes de los profesionales que le atendieron en relación a los hechos descritos en la reclamación. Asimismo, comunica la reclamación a la Correduría de Seguros y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

**TERCERO.-** Los requerimientos son cumplimentados del siguiente modo:

1. Mediante escrito de 18 de abril de 2008 el Coronel Médico, Director, del Hospital General Básico de la Defensa de Cartagena, envía el historial clínico del paciente.

2. Del HSMR se remite la historia clínica e informe del Dr. x, Jefe del Servicio de Cirugía de dicho hospital, en el que se indica lo siguiente:

*“x, ingresó en el Servicio de Cirugía el 27-3-07 con el diagnóstico de colelitiasis y antecedentes de pancreatitis aguda, para ser intervenido de colecistectomía laparoscópica. La intervención se llevó a cabo el 28-3-07 (Dres. x, y), encontrándose colecistitis crónica con episodio de agudización y plastrón epiplóico. Tras concluir la colecistectomía se aprecia lesión de vía biliar principal que es extremadamente fina y presenta colangiomas anormales. Se decide reconversión (se incorporan al equipo quirúrgico, Dres. x, y), objetivándose la lesión anteriormente descrita y realizando una hepaticoyeyunostomía tutorizada.*

*A la mañana siguiente el paciente se traslada a la Unidad de Cirugía Hepática del Hospital ‘Virgen de la Arrixaca’, tras evidenciar pérdida de contenido biliar por drenaje.*

*Comentarios: La colecistectomía laparoscópica no es en ningún caso una cirugía menor. La tasa de lesión de vía biliar oscila entre el 0,5 y el 1 % del total de los casos, incrementándose*

cuando existen alteraciones de la normal anatomía del árbol biliar, como desgraciadamente sucedía en este caso.

*El Dr. x es el cirujano del Servicio que mayor número de colecistectomías laparoscópicas había realizado en ese momento, por otra parte en ninguna de ellas se había producido la lesión que aquí nos ocupa. En la intervención fue asistido por el Dr. x, otro cirujano con amplia experiencia en esta patología”.*

3. En contestación a la solicitud efectuada el Director Gerente del HUVA remite la historia clínica del paciente en la que, al folio 140 del expediente, figura la anotación siguiente: *“varón de 41 años que se interviene el día 28-03-07 de colecistectomía de forma programada en el Hospital del Rosell, produciéndose lesión iatrogénica de la vía biliar principal”.* Asimismo al folio 139, en el informe emitido por el Dr. x, Jefe del Servicio de Medicina Intensiva de dicho hospital, se indica:

*“Diagnósticos finales:*

*Postoperatorio de colecistectomía Laparoscópica. Fuga biliar. Peritonitis Biliar 2º a dehiscencia de sutura. Hemoperitoneo por sangrado de Art. Cística y Arteria Hepática. Isquemia Hepática. trasplante ortotópico hepático (Código 0). Insuficiencia renal Aguda. Múltiples Sepsis. Insuficiencia respiratoria aguda por SRDA. Derrame pleural. Fístula Biliar. Peritonitis bacteriana. Fallo Multiorgánico.*

*Procedimientos realizados:*

*Monitorización. ECG.SNG.SV.I OT. VM. Nutrición Parenteral y Enteral. TAC toraco. Abdominal. Endoscopia. TOH. Múltiples intervenciones quirúrgicas (total 11). Hemofiltración arterio-venosa. Traqueotomía”.*

**CUARTO.-** Trasladado el expediente a la Compañía de Seguros ésta comparece aportando dictamen médico realizado colegiadamente por cuatro facultativos especialistas en Cirugía General y Digestivo, en el que, tras resumir los hechos y efectuar las consideraciones médicas que estiman oportunas, concluyen del siguiente modo:

*“1. El paciente fue diagnosticado, estudiado e incluido de forma correcta, como candidato a Colecistectomía Laparoscópica (CL), tras haber presentado un episodio de colecistopancreatitis.*

*2. Los preoperatorios eran correctos y no contraindicaban la intervención.*

3. *El paciente firmó los documentos de CI para anestesia general y específico para colecistectomía laparoscópica, en donde se detallaban alguna de las posibles complicaciones del método entre las que se encontraban las que padeció.*

4. *La cirugía se inicia mediante un abordaje laparoscópico, siendo técnicamente compleja por la existencia de un plastrón vesicular por la patología previa.*

5. *Tras la extirpación de la vesícula se comprueba la existencia de una lesión de la VBP.*

6. *De manera correcta se procedió a reconversión a cirugía abierta y se realiza una derivación bilio-digestiva.*

7. *A las 24 horas se traslada a un Centro especializado en cirugía hepática, en donde es reintervenido a las 48 horas.*

8. *Tras una serie de complicaciones gravísimas se procede a la inclusión del paciente en Alerta 0, para la realización de un TXOH como única terapéutica capaz de salvarle la vida.*

9. *El TXOH se realiza con éxito en el HUVA a las 3 semanas aproximadamente de haber realizado la primera intervención en este Centro.*

10. *La morbilidad de la CL es del 4 al 8%, y la mortalidad del 0.05 al 0.4%. Sin que influya en ella el momento del alta, a las pocas horas de la intervención o al día siguiente.*

11. *La CL es el tratamiento de elección hoy día de la colelitiasis, excepto en casos muy específicos, cirugías de repetición en el abdomen superior, con múltiples adherencias, etc.*

12. *La colecistectomía laparoscópica tiene unas ventajas claras sobre la colecistectomía abierta. Disminuye el dolor, la estancia hospitalaria y el tiempo de recuperación de los pacientes sin aumentar la mortalidad ni la morbilidad global.*

13. *El hecho de que una cirugía de vías biliares se complique y termine con la realización de un TXOH es un hecho extraordinariamente infrecuente, aunque comunicado en todos los Congresos de la especialidad.*

14. *A la vista de la documentación analizada se puede concluir que todos los profesionales que atendieron al paciente lo hicieron de manera correcta, poniendo a disposición del paciente*

*todos los medios hospitalarios disponibles y tratando de solucionar todas aquellas complicaciones que fueron apareciendo en el curso de su enfermedad”.*

**QUINTO.-** Solicitado, mediante escrito fechado el 23 de noviembre de 2009, informe a la Inspección Médica, se evacua el 2 de agosto de 2010 en el que, tras resumir los datos contenidos en la historia clínica y efectuar las consideraciones médicas que estima pertinentes, formula las siguientes conclusiones:

*“1. El paciente refiere varios episodios de colecistitis agudas por colelitiasis, y cuatro meses antes de la cirugía sufre pancreatitis aguda autolimitada que produce un plastrón epiploico, visualizado en colecistectomía laparoscópica.*

*2. La pancreatitis aguda (inflamación del páncreas), se produjo probablemente por coledocolitiasis. Las enzimas pancreáticas obstruidas, pueden producir digestión parcial o total de dicho órgano. Es decir, la afectación del páncreas puede variar desde formas leves y autolimitadas (simple edema) hasta formas graves necrótico-hemorrágicas que se complican con shock, sepsis y fracaso multiorgánico, con una mortalidad hasta de un 35% de los casos.*

*3. El plastrón epiploico es la formación de absceso o desestructuración de la parte inflamada del páncreas, que puede o no englobar conductos, vasos sanguíneos y tejidos de alrededor. Esto cambia la anatomía de la zona en mayor o menor medida, ocurriendo adherencias entre estructuras vecinas.*

*4. En este caso la pancreatitis parecía leve lo que no contraindicaba la colecistectomía laparoscópica.*

*5. La colecistectomía laparoscópica en el momento actual es el tratamiento de elección de la colelitiasis sintomática. Consiste en un procedimiento seguro y eficaz, de poca complejidad técnica, rápido y con una baja conversión a laparotomía, en manos expertas.*

*6. Los cirujanos que intervinieron al paciente tienen amplia experiencia en esta técnica y en ninguna de las intervenciones realizadas hasta el momento, se había producido lesión de la vía biliar principal.*

*7. La colecistectomía laparoscópica tiene como inconveniente que se asocia a un índice de complicaciones algo superior a la colecistectomía abierta, como es la lesión iatrógena de la vía biliar principal cuya incidencia oscila entre el 0,3-1% del total de casos, incrementándose cuando*

*existen alteraciones de la normal anatomía del árbol biliar, como se observó en este caso, plastrón epiploico y VBP extremadamente fina con presencia de colangiomas anormales.*

*8. El consentimiento informado de la colecistectomía laparoscópica, firmado por el paciente, incluye dicha complicación:..."Lesión de vasos sanguíneos o de vísceras al introducir los trocares". En este caso se produjo lesión de la vía biliar principal probablemente por variaciones anatómicas (plastrón epiploico y VBP extremadamente fina y con colangiomas anormales). Otro factor de riesgo para la intervención era la obesidad.*

*9. En este caso, la lesión de la vía biliar principal se complica hasta requerir de un trasplante hepático que se realiza con éxito.*

*10. A la vista del desarrollo de los hechos, se puede decir que todos los profesionales actuaron con celeridad y de manera correcta, poniendo a disposición del paciente todos los medios hospitalarios disponibles y el buen hacer, ante las graves complicaciones surgidas en el postoperatorio de la intervención".*

**SEXTO.-** Consta acreditado en el expediente que se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la denegación presunta de la reclamación, que se sustancia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Región de Murcia, como procedimiento ordinario número 249/2009.

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia a las partes, reclamante y aseguradora, el primero presenta escrito de alegaciones en el que, en síntesis, afirma que en el expediente ha quedado acreditada la mala praxis de la actuación del cirujano que practicó la intervención quirúrgica en el HSMR que provocó una lesión iatrogénica de la vía biliar principal, sin que el consentimiento informado que firmó sirva para enervar la responsabilidad que se desprende de aquella actuación, pues se trata de un consentimiento genérico, en el que no se especifica como consecuencias derivadas de la intervención los resultados que finalmente se produjeron. También niega que dichos efectos puedan tener, como se apunta en el informe de la Inspección Médica, su origen en sus especiales características anatómicas.

Seguidamente la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no queda acreditado en el expediente la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño sufrido por el paciente.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 22 de diciembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución formulada en un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo, pues, el supuesto establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

El x, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la atención sanitaria recibida en un centro sanitario dependiente de la Administración, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

En cuanto a la legitimación pasiva tampoco suscita duda que la actuación a la que el reclamante imputa el daño que dice haber sufrido, acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional.

En lo que se refiere al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP.

#### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del

mismo (artículo 9 y 10 de la Ley General de Sanidad y Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y de documentación clínica); 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

**CUARTA.- Falta de concurrencia de los requisitos para la exigencia de responsabilidad patrimonial.**

En el caso sometido a dictamen, el nexo causal es evidente, al menos respecto a la lesión de la vía biliar; así se hace constar en la historia clínica remitida por el HUVA, en la que, al folio 135, se indica: *“paciente sometido ayer a colecistectomía laparoscópica en la que se produjo lesión iatrógena de la vía biliar principal”*. Sin embargo, tal constatación no permite afirmar, sin más, la existencia de responsabilidad patrimonial. Para llegar a tal conclusión es preciso proceder antes a examinar si concurre otro elemento del daño, el de la antijuridicidad.

La antijuridicidad implica la inexistencia por parte del interesado de un deber de soportar el daño. En este sentido, el órgano instructor estima que las secuelas alegadas son complicaciones inherentes al tipo de intervención unido a las especiales características anatómicas del paciente, existiendo por parte de éste el deber de soportarlas como riesgo indisociable de la actividad sanitaria, máxime cuando consta su consentimiento informado.

La propuesta de resolución resultaría correcta si se constata que la actuación médica fue ajustada a *lex artis*, de modo que las secuelas sean de necesaria o probable producción tras la intervención y si el paciente fue debidamente informado de ese riesgo y lo aceptó libremente.

I. Respecto al primer aspecto apuntado, actuación ajustada a *lex artis* y secuelas de necesaria o probable producción en este tipo de intervenciones, deben considerarse los siguientes datos y cuestiones constatadas en el expediente:

1. El reclamante, según aparece en su historia clínica fue intervenido en el HSMR por presentar una pancreatitis aguda que hacía aconsejable extirpar la vesícula para evitar probables episodios posteriores de pancreatitis que podrían ser más graves que los ya padecidos.

2. De los informes emitidos por la Inspección Médica y por los peritos de la aseguradora, se infiere la necesidad de la operación que se practicó al reclamante. Así, la Inspectora Médica afirma al folio 240 que *“la colecistectomía laparoscópica (CL) está indicada en caso de colecistectomía sintomática (cólico biliar) y de sus complicaciones (colecistitis aguda, coledocolitiasis y pancreatitis aguda), así como en casos seleccionados de colelitiasis asintomática, por su asociación al cáncer vesicular o el elevado riesgo de complicaciones”*. Por su parte los facultativos de Zurich señalan al folio 215 que *“la indicación de cirugía es correcta a tenor de los resultados de las pruebas realizadas y de la patología previa”*. Añaden al folio 220 que la colecistectomía laparoscópica tiene unas ventajas claras sobre la colecistectomía abierta, ya que disminuye el dolor, la estancia hospitalaria y el tiempo de recuperación.

3. La intervención se realizó por un especialista del Servicio de Cirugía del HSMR con experiencia en este tipo de intervenciones. Así se indica por el Jefe de dicho Servicio en el informe que transcribe la Inspectora Médica al folio 239: *“...el Dr. x es el cirujano del Servicio que mayor número de colecistectomías laparoscópicas había realizado en ese momento, por otra parte en ninguna de ellas se había producido la lesión que aquí nos ocupa. En la intervención fue asistido por el Dr. x, otro cirujano de amplia experiencia en esa patología”*.

4. En las intervenciones de colecistectomía laparoscópica existe, entre otros, el riesgo de lesión iatrogénica de la vía biliar principal, que se presenta en un porcentaje muy pequeño de casos, aunque el porcentaje se incrementa *“cuando existen alteraciones de la normal anatomía del árbol biliar, como se observó en este caso, plastrón epiploico y VBP extremadamente fina con presencia de colangiomas anormales”* (informe de la Inspección Médica, folio 245). En el mismo sentido el informe de la aseguradora indica que *“los hallazgos de un plastrón inflamatorio con adherencia del epipión, en base a la patología que había sufrido con anterioridad, que dificulta de manera extraordinaria la disección de la vesícula la extirpación de la misma. Es un estas situaciones cuando se producen la mayoría de las complicaciones del procedimiento”* que, en este caso, se concretó en la sección VBP (folio 216).

5. Por otro lado, también cabe afirmar que una vez aparecida la incidencia postoperatoria, es decir, la sección de la VBP, la actuación de los profesionales, tanto del HSMR como del HUVA, fue también ajustada a la *lex artis*: se realizó de manera correcta una reconversión a cirugía abierta y tras comprobar la lesión, se lleva a cabo una de las técnicas habituales para la reparación de este tipo de complicaciones, como es una derivación bilio-digestiva. Tras la cirugía se envía al paciente a un servicio especializado de cirugía hepática en el HUVA, en donde se inicia un tratamiento conservador para, posteriormente, ser intervenido de una peritonitis biliar. Seguidamente el x sufre una serie de complicaciones graves, entre las que se incluye una trombosis de la arteria hepática

derecha, y la única salida que los facultativos ven es la del trasplante. Realizado éste el postoperatorio evoluciona tórpidamente con dehiscencia de la anastomosis de la VBP del órgano donante que se soluciona, según los facultativos informantes, de acuerdo con la *lex artis*. En este sentido cabe destacar que el propio reclamante reconoce la corrección de la asistencia recibida en el HUVA, cuestionando únicamente la bondad de la intervención quirúrgica que se le efectuó en el HSMR.

La intervención que se practicó al reclamante en este último hospital puede situarse en lo que se conoce como cirugía asistencial, es decir, aquella que persigue la curación del enfermo. En este tipo de cirugías la diligencia del médico supone emplear los medios adecuados y precisos para lograr el objetivo propuesto que no es otro que preservar la salud del paciente o conseguir su mejoría. En estos casos, como viene afirmando el TS, entre otras, en su sentencia de 6 de febrero de 2007 (citada por la instructora en su propuesta), *"...aún aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado de saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste"*.

Concurre, pues, el primer requisito al que antes aludíamos para estimar la inexistencia de antijuridicidad.

II. En relación con la existencia de consentimiento informado, es decir, si el paciente conocía los riesgos existentes y si los aceptó voluntariamente, debe concluirse en sentido positivo, pues en la historia clínica aparece, al folio 51, un documento de consentimiento informado para abordaje por vía laparoscópica de colecistectomía firmada por el paciente y por el doctor que le informó, por la que el reclamante manifiesta haber sido debidamente informado de los beneficios, riesgos y alternativas de la intervención a la que iba a someterse, figurando entre dichos riesgos el de la lesión de vísceras al introducir los trocares.

Respecto al consentimiento que aparece en el expediente cabe destacar que ha sido prestado mediante la firma de un formulario más o menos genérico. En relación con esta cuestión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es variada. En alguna ocasión el Alto Tribunal ha manifestado que es a la Administración a quien corresponde probar la existencia de información y que la firma por el paciente de un papel-formulario genérico aceptando someterse a una intervención quirúrgica no basta (entre otras, Sentencia de 28 de junio de 1999). Sin embargo, en otras sentencias posteriores ha venido a declarar que *"es cierto que la fórmula que figura en el impreso -'una vez informado de los métodos, etc.'- es genérica, pero el contenido específico a que se refiere -su concreción en el caso de que se trata- ha sido implícitamente asumido por el*

*paciente, lo que, jurídicamente, significa que la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado o que ésta es insuficiente, se desplaza al firmante...No puede descargarse toda la responsabilidad de una actuación jurídica -para el caso la explicitación de una autorización para acto médico que debe darse al paciente- sobre los servicios sanitarios. Es el paciente -o, en su caso, el familiar o allegado que lo asiste o sustituye- quien puede y debe solicitar -si lo considera necesario- que se le dé una información más elocuente y que, siempre con la necesaria precisión técnica, se haga constar esa información detallada por escrito” (STS 27 de noviembre de 2000). En esta misma línea argumentativa el Tribunal Supremo en Sentencias de 4 de abril y 3 de octubre de 2000, manifiesta que no se puede pretender una información excesiva al paciente que dificultaría el propio ejercicio de la función médica; sólo para aquellos casos en los que la información hubiera sido verbal se produce la inversión de la carga de la prueba y compete a la Administración acreditar que el paciente tuvo conocimiento del tipo de intervención que le iba a practicar y de sus posibles consecuencias.*

Esta doctrina jurisprudencial ha sido asumida por este Consejo Jurídico en Dictámenes 28/2006 y 50/2006, si bien con la matización, en ambos casos, de que la historia clínica mostrara indicios de que se había desarrollado de manera efectiva la relación dialogística entre médico y paciente, lo que ofrece un cierto sustento fáctico a su declaración formal de que se le había dado información acerca de su enfermedad, intervención a practicar o tratamiento a instaurar. En otros supuestos, sin embargo, como el contemplado en el Dictamen 191/2006, ha considerado que no resultaba de aplicación porque de la documentación incorporada al expediente no se desprendía que tal información se hubiese facilitado.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, el reclamante no niega haber recibido la información, lo que cuestiona es que dicha información no se hizo extensiva a la gravedad de las secuelas que se derivaron de la posible, aunque poco frecuente, lesión de vísceras (en su caso, de la VBP), de lo que concluye que dicha lesión, por su envergadura y excepcionalidad, sólo puede derivar de una incorrecta actuación por parte del facultativo que le operó. Sin embargo, esta afirmación se encuentra huérfana de cualquier respaldo técnico que avale la pretendida trasgresión de la *lex artis*, circunstancia que, como repetidamente ha puesto de manifiesto este Consejo, sólo pueden apreciar los profesionales de la ciencia médica, sin que el reclamante, a quien corresponde a tenor lo preceptuado en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haya desplegado actividad probatoria aportando informes periciales que sustenten sus alegaciones.

Por último, cabe destacar que tanto la Inspección Médica como los peritos de la aseguradora, tras afirmar con rotundidad que todos los profesionales que intervinieron en la asistencia sanitaria prestada al reclamante actuaron con celeridad y de manera correcta, destacan

que el riesgo habitual del tipo de intervención que se practicó al paciente se vio incrementado por determinadas circunstancias personales del mismo tales como la alteración “*de la normal anatomía del árbol biliar, como se observó en este caso, plastrón epiploico y VBP extremadamente fina con presencia de colangiomas anormales*” (folio 245).

Todo lo anterior nos permite afirmar que, aún admitiendo que han concurrido los requisitos de una actividad administrativa que generó un perjuicio, el daño padecido debe ser soportado por el reclamante ya que la prestación sanitaria fue adecuada y el daño se debió a un riesgo inherente al tipo de intervención quirúrgica a la que fue sometido el paciente, de lo que fue debidamente informado y a la que prestó su consentimiento.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 159-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 19/07/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Dar eficacia interruptora a las reclamaciones a Administraciones no competentes si concurre alguna circunstancia excepcional que así lo justifique, como en los casos en que la Administración ha podido suscitar dudas sobre la titularidad del servicio público en cuestión, y ello en aplicación del principio general que postula una interpretación del instituto de la prescripción de acciones favorable al ejercicio de éstas.

2. A partir de los informes de la Dirección General de Carreteras y de la Policía Local de Yecla, cabe inferir la existencia de un socavón en la calzada, causante del daño alegado, no constando, por otra parte, que existiera una señalización adecuada que hubiera advertido al conductor del riesgo posibilitándole así la adopción de medidas precautorias en la conducción."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 22 de noviembre de 2007 tuvo entrada en el Registro General de la Consejería consultante un burofax enviado por x a la Dirección General de Carreteras el día anterior, con el siguiente texto:

*"Por medio de la presente interrumpo prescripción del siniestro ocurrido el 23.11.06 en la carretera de Yecla a Pinoso C-323, cuando circulando con el vehículo --, al haber un socavón en el asfalto causa daños en rueda".*

**SEGUNDO.-** Con fecha 24 de enero de 2008, x, Procuradora de los Tribunales, presenta, en nombre y representación de x, escrito donde expone que el día 23 de noviembre de 2006, sobre las 11 horas, cuando circulaba el automóvil propiedad de su representado matrícula --, con el que se encontraba impartiendo clase el profesor de la Autoescuela propiedad del x, x, por la Avda. de Pinoso, sentido Pinoso, a la altura aproximada del cruce con la C/ Antonio Machado, de la población de Yecla, introdujo la rueda delantera derecha en un socavón existente en el pavimento, como consecuencia de lo cual tanto la rueda como el neumático sufrieron daños de tal envergadura que obligaron a su sustitución, lo que supuso al reclamante el desembolso de 255,65 euros, lo que acredita con factura por dicho importe emitida por Talleres --.

Indica que se solicitó la presencia de la Policía Local de Yecla para que constataste la existencia del socavón, lo que así hicieron mediante informe emitido ese mismo día con el siguiente tenor literal:

*"Somos requeridos por un empleado de la Autoescuela -- de Yecla, el cual nos comunica que en un socavón que hay en la carretera de Pinoso, margen derecho de la calzada, sentido Pinoso y a la altura de la calle Antonio Machado, se ha roto la cubierta de la rueda delantera derecha.*

*Nos personamos en el lugar y comprobamos que, en efecto, hay un socavón de una considerable profundidad.*

*El vehículo no se encuentra en el lugar ya que, según nos dicen, han tenido que cambiar la rueda por tener que seguir con un alumno dando clase.*

*Se adjuntan fotografías del socavón, así como de la rueda.*

*También se comprueba que en la carretera de Villena, sentido de entrada a la ciudad, donde acaban los dos carriles hay otro socavón de semejantes características al anterior y se encuentra justamente a la altura de un olmo".*

Posteriormente, el día 28 de noviembre de 2006, se formuló reclamación ante el Excmo. Ayuntamiento de Yecla, al creer que el vial en el que se produjo el accidente pertenecía a dicha entidad local. Sin embargo, mediante resolución de 24 de octubre de 2007, la citada Corporación Local procedió a desestimar su reclamación basándose para ello en la titularidad autonómica de la vía. Finaliza solicitando que la Administración autonómica se haga cargo de la indemnización que le corresponde a su representado por el accidente descrito

Acompaña a la reclamación, además del informe policial antes señalado, la siguiente documentación:

- a) Reclamación formulada ante el Ayuntamiento de Yecla, así como la resolución de esta Corporación Local inadmitiéndola al no ser la vía en la que se produjo el accidente de su titularidad.
- b) Factura correspondiente a la reparación del automóvil.
- c) Documentación correspondiente al vehículo siniestrado.

Propone como prueba los documentos antes señalados.

**TERCERO.-** Con fecha 15 de septiembre de 2008, la instructora del expediente comunica al interesado la recepción de la reclamación al tiempo que le requiere para que mejore la solicitud aportando original o copia debidamente cotejada de los documentos que acompañaba a aquélla, así como de la póliza del seguro obligatorio del vehículo en la fecha del accidente y declaración jurada de no haber percibido indemnización alguna como consecuencia del accidente objeto del expediente, así como para que acredite la realidad y certeza del suceso con los medios de prueba que considere oportunos.

El requerimiento fue atendido mediante la aportación, con fecha 30 de septiembre de 2008, de la documentación que se interesaba, al tiempo que, por la representante del interesado, se indica que la certeza de los hechos se prueba con el informe de la Policía Local de Yecla, que se unió, en su momento, al escrito de reclamación.

**CUARTO.-** Con la misma fecha, 15 de septiembre de 2008, se recaba de la Dirección General de Carreteras informe sobre los siguientes extremos:

- a) Titularidad de la carretera.
- b) Realidad y certeza del evento lesivo.
- c) Existencia de fuerza mayor o actuación inadecuada del perjudicado o de un tercero.
- d) Constancia de la existencia de otros accidentes en el mismo lugar.
- e) Presunta relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.
- f) Imputabilidad a la Administración y responsabilidad atribuible a otras Administraciones.
- g) Actuaciones llevadas a cabo hasta ahora.
- h) Indicar si la carretera se halla con señalización (limitación de velocidad, obras, peligro, etc.) u otra consideración que estime pertinente.
- i) Valoración de los daños alegados.
- j) Aspectos técnicos en la producción del daño.
- k) Cualquier otra cuestión que se estime de interés.

La petición de informe fue cumplimentada por el Jefe de Sección II de Conservación de Carreteras de dicho Centro Directivo en el siguiente sentido:

*"A. No podemos manifestarnos sobre el particular salvo de lo expresado por el reclamante en su escrito.*

*B. No estimamos existencia de actuación inadecuada del perjudicado de acuerdo con lo manifestado por éste.*

*C. No se tiene constancia de otros accidentes en el mismo lugar y fecha.*

*D. La causa del siniestro según el reclamante estuvo producida por la existencia de un bache en la calzada.*

*E. El servicio de Conservación en su labor habitual de mantenimiento ha repuesto en diversas ocasiones pequeños rehundidos del firme, constatando que en las proximidades del punto en que se relata la reclamación, existe una pequeña zona bacheada, es decir, con el firme restituido para evitar molestias e incomodidades al tráfico rodado especialmente al de dos ruedas".*

**QUINTO.-** Concedido, con fecha 1 de septiembre de 2009, trámite de audiencia, la representante del reclamante presenta escrito de alegaciones en el que viene a reproducir el contenido de su reclamación.

**SEXTO.-** Con posterioridad, concretamente el día 19 de octubre de 2010, la instructora se dirige al Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, solicitando información sobre el valor venal del vehículo en la fecha del accidente; valoración de los daños atendiendo al modo de producirse el siniestro; ajuste con la realidad de los daños reclamados en relación a la reparación del vehículo que figura en la factura presentada por el reclamante; cualquier otra cuestión que se estime de interés.

Con fecha 11 de noviembre de 2010 el Jefe del Parque de Maquinaria se dirige a la instructora manifestando la imposibilidad de informar hasta que el requerimiento se complete con la documentación que conforma el expediente de reclamación.

No consta que por parte del órgano instructor se remitiese al citado Parque la documentación solicitada.

**SÉPTIMO.-** Consta acreditado en el expediente que por el interesado se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta de su reclamación, que se sustancia ante el Tribunal Superior de Justicia en la Región de Murcia, con el número 481/10.

También figura informe emitido por el Servicio Jurídico de la Secretaría de la Consejería consultante, emitido a petición de la Dirección de los Servicios Jurídicos, en el que el Jefe de dicho Servicio informa en sentido favorable a la estimación de la reclamación.

**OCTAVO.-** Mediante escrito de fecha el 12 de enero de 2011 la instructora comunica al interesado que, de conformidad con lo establecido en el artículo 80 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), se ha acordado la apertura de un período de prueba al objeto de que el plazo de 30 días proceda a enviar "*certificado cuenta corriente bancaria*".

**NOVENO.-** Con la misma fecha se elabora propuesta de resolución estimatoria de la reclamación al considerar que concurren los requisitos necesarios para que nazca la responsabilidad patrimonial, al haber quedado acreditado que la causa del accidente fue la existencia del socavón en la vía de titularidad regional.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 24 de enero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico

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

I. El procedimiento se ha iniciado por persona legitimada para ello, puesto que x ha acreditado en el expediente ser el titular del bien dañado y haber soportado el abono de los gastos de su restitución.

Por otro lado, su actuación a través de representante ha quedado debidamente acreditada, según exige el artículo 32 LPAC, con la copia de poder notarial otorgado a favor de la Procuradora, x.

En cuanto a la legitimación pasiva, al ser la carretera donde se produce el accidente de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento, dicha legitimación corresponde a la Administración regional.

II. Por lo que se refiere al plazo de presentación de la reclamación, debe decirse que, acaecido el hecho que la fundamenta el 23 de noviembre de 2006, la reclamación presentada ante la Administración regional el día 24 de enero de 2008 debe considerarse extemporánea, ya que se produce en un momento en el que había transcurrido el plazo de un año que a estos efectos establece el artículo 142.5 LPAC. No obstante lo anterior, debe determinarse si la reclamación formulada dentro de plazo al Ayuntamiento de Yecla (el 28 de noviembre de 2006), por entender el reclamante que la vía en la que ocurrió el accidente era de titularidad municipal, y que fue inadmitida por falta de legitimación pasiva mediante Resolución del citado Ayuntamiento de 24 de octubre de 2007 (sin que conste la fecha de notificación), surte efectos interruptores del citado plazo. A este respecto conviene traer a colación la Sentencia de 25 de noviembre de la Sala 3ª del Tribunal Supremo sobre un supuesto similar al que nos ocupa, citando otra suya de 27 de diciembre de 1989, en la que se inclina por dar eficacia interruptora a las reclamaciones a Administraciones no competentes si concurre alguna circunstancia excepcional que así lo justifique, como en los casos en que la Administración ha podido suscitar dudas sobre la titularidad del servicio público en cuestión, y ello en aplicación del principio general que postula una interpretación del instituto de la prescripción de acciones favorable al ejercicio de éstas, por estar fundado dicho instituto en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, lo que se entiende especialmente aplicable en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. En el presente caso, y aunque en rigor no puede decirse que la Administración haya inducido a error al reclamante a la hora de determinar la titularidad del tramo de carretera en cuestión, se da la circunstancia fácilmente observable a la vista de las fotografías obrantes en el expediente, de la plena inserción de la vía en el núcleo urbano, lo que suscitaba la razonable apariencia de que la Administración responsable de su conservación podía ser la municipal y no la autonómica, lo que justifica que no haya de entenderse prescrita la acción dirigida contra la Administración regional.

Las conclusiones alcanzadas en el punto anterior harían innecesario analizar la eficacia interruptiva del burofax enviado por el interesado. No obstante, el Consejo considera conveniente recordar que, cuando ha analizado supuestos en los que la reclamación se interpone por vía

telegráfica (a la que cabe asimilar el burofax) con la finalidad de interrumpir la prescripción, es su doctrina, recogida entre otros, en los Dictámenes números 37/1999, 10/2000 y 81/2003, que el telegrama únicamente puede producir efectos interruptivos de la prescripción cuando reúne todos los requisitos para ser considerado escrito de iniciación del procedimiento de responsabilidad. En el supuesto que se analiza, si se examina el tenor del burofax enviado a la Administración por el interesado, se advierte que, en realidad, no contiene una auténtica voluntad de que, en virtud del mismo, se tramite y resuelva un procedimiento administrativo en el que se satisfaga una pretensión resarcitoria, es decir, no es un escrito de iniciación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial. Ello es así porque la pretendida reclamación se realiza a los solos efectos de *“interrumpir la prescripción”*, lo que significa que, más que una pretensión resarcitoria, lo querido con tal burofax es comunicar a la Administración su futura intención de reclamar, entendiendo el interesado que con tal actuación se producía el efecto jurídico de interrumpir el plazo prescriptivo de su acción. Esto último, por lo demás, no puede aceptarse, pues el artículo 1973 del Código Civil sólo anuda dicho efecto a que la acción se ejercite judicialmente o se formule una auténtica *“reclamación”* ante la Administración. Como señala el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de junio de 2006, citando uno anterior, *“el plazo es de orden público y no es susceptible de ser interrumpido a voluntad por el propio interesado ni de mantenerse suspendido o abierto”*. Consecuencia de lo anterior es que en su Dictamen de 19 de octubre de 2006 exprese que *“sólo podrá interrumpir el plazo de prescripción (refiriéndose a un telegrama), cuando éste tiene un contenido identificable como de ejercicio de una reclamación, pero no lo es cuando responde a un mero propósito de instar que se tenga por interrumpida la prescripción”*, considerando en aquel caso que *“los telegramas girados a la Administración no incorporan una pretensión indemnizatoria en sí misma, sino tan sólo un deseo de que se entendiera interrumpido el plazo de prescripción”*; añadiendo en su Dictamen 4.649/1997, que *“la virtualidad del telegrama en orden a producir los efectos interruptivos del plazo de prescripción pretendidos debe interpretarse conforme a las exigencias de la buena fe y de interdicción del abuso de derecho (artículo 7 del Código Civil), de forma que el telegrama preceda a una reclamación inminente o, por lo menos, deducida en tiempo razonable; sin que pueda resultar admisible que el telegrama pueda conceptuarse como instrumento para tener permanentemente abierta la vía para reclamar. De lo contrario, los plazos para reclamar por esta vía serán susceptibles de uso fraudulento”*.

III. El resto del procedimiento seguido por la Administración instructora respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP). Sin embargo, cabe hacer las siguientes consideraciones:

1. Se ha omitido la correspondiente resolución de admisión de la reclamación y designación de instructor, trámite que, a tenor de lo prevenido en el artículo 6.2 RRP, se ha de anteponerse a cualquier otro.

2. El trámite de audiencia, tal como viene señalando la doctrina, está íntimamente ligado con los principios de contradicción y defensa, lo que exige que la puesta de manifiesto del expediente que acompaña a dicho trámite, como premisa necesaria de un correcto y válido ejercicio del derecho de alegación por parte de los interesados, alcance a la totalidad de los documentos conformadores del mismo, de tal suerte que dicha actuación debe llevarse a cabo inmediatamente antes de elaborar la propuesta de resolución y a la vista del expediente completo, según se infiere del artículo 84.1 LPAC. Pues bien, en el supuesto objeto de Dictamen tras la sustanciación del trámite de audiencia se ha producido la incorporación al expediente de un informe jurídico y se ha realizado un nuevo trámite consistente en solicitar un informe al Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreras, lo que podría haber hecho necesaria la repetición de dicho trámite, con el fin de evitar una eventual indefensión con efectos potencialmente invalidantes para lo actuado. No obstante, en este caso tal cautela resulta soslayable por el sentido del informe jurídico (favorable a las pretensiones del interesado) y por la falta de emisión de informe por el citado Parque.

3. Tal como ya pusiera de manifiesto el Consejo Jurídico en su Memoria de 1999, la labor del instructor consiste en traer al expediente toda la información que, en hipótesis, pueda ser necesaria para decidir el contenido de la resolución, sin perjuicio de que, con posterioridad, fundamente su propuesta en los hechos y razonamientos jurídicos que juzgue convenientes. Y se trata de una potestad fiduciaria, que no ejerce para sí en función de la propuesta de resolución que decida elevar a la autoridad competente para resolver, sino que la ejerce, precisamente, para que dicha autoridad pueda adoptar la resolución final, siguiendo la propuesta o separándose de ella, pero contemplando la totalidad de hechos, elementos, circunstancias y alegaciones que influyan o puedan influir en la bondad de su acuerdo. En tal sentido, la actividad del instructor, al desarrollarse para el órgano resolutorio, es una actividad debida, de tal forma que, en cualquier caso, ha de trasladarse no sólo la conclusión de su labor aplicativa del Derecho, sino también las bases en que fundamenta tal aplicación. Sólo así podrá el órgano decisor resolver el procedimiento con libertad de criterio, no quedando vinculado *de facto* por la propuesta de resolución, y en consecuencia, conseguir que el principio de separación entre las fases instructora y resolutoria opere en forma real y efectiva. Pues bien, no se alcanza a comprender como el instructor en el presente caso, consciente de la importancia que el informe del Parque de Maquinaria tiene en relación con la valoración de los daños alegados por el reclamante, no cumplimenta el envío de la documentación que por aquél se le solicita como necesaria para poder dar respuesta a las cuestiones que el propio

instructor le plantea en su requerimiento. Tan incompresible actuación fuerza a que se tenga por no discutida por la Administración la cantidad reclamada y que, por tanto, el montante de la indemnización, en el supuesto de estimarse la reclamación, tenga que coincidir con aquélla. Esta consecuencia potencialmente negativa para el interés público, puede obviarse en el presente caso, pues a la vista del daño alegado (sustitución de la rueda y del correspondiente neumático), no parece que quepa dudar de la razonabilidad del importe reclamado.

4. De conformidad con los artículos 13.2 RRP y 89 LPAC, la resolución que ponga fin al procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial *“decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo”*. Tales preceptos cabe hacerlos extensivos a la propuesta de resolución, en tanto que constituye la base técnica en la que se fundamentará la resolución final del procedimiento.

Examinada la propuesta contenida en el expediente sometido a consulta, es de apreciar una infracción de lo dispuesto en los preceptos transcritos, pues omite cualquier referencia a una cuestión fundamental que plantea el expediente como es la posible extemporaneidad de la reclamación, que, de producirse, llevaría a la desestimación automática de la reclamación.

Por otro lado el artículo 13.2 RRP establece que la resolución se pronunciará sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización, explicitando los criterios utilizados para su cálculo, por ello no resulta adecuado y se debe eliminar de la propuesta toda referencia a las operaciones de gestión presupuestaria del gasto que, en caso de acogerse el sentido estimatorio de la propuesta, procedería llevar a cabo una vez emitida y firme la correspondiente Orden resolutoria.

**TERCERA.- La relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y el daño alegado.**

El artículo 139 LPAC atribuye a los particulares el derecho a ser indemnizados por la Administración correspondiente de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Por tanto, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños ocasionados a los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los

servicios públicos, es necesario que se acredite la existencia del daño o perjuicio económicamente evaluable e individualizado; que el daño o perjuicio sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en relación de causa a efecto, y que no exista fuerza mayor.

Además, la responsabilidad de la Administración se funda en el criterio de la lesión, entendida como daño o perjuicio que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, es decir, el daño ha de ser antijurídico.

Por otro lado, tal como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Supremo, la expresión “funcionamiento de los servicios públicos” ha de entenderse en un sentido amplio que comprendería tanto los producidos como consecuencia de una acción como los que se deriven de una omisión, supuesto este último en el que encajaría la reclamación que se dictamina, cuya razón de ser se fundamenta en un actuar omisivo de los servicios de conservación de la carretera en la que se produjo el accidente.

Es doctrina reiterada y pacífica tanto de este Consejo Jurídico, como de otros órganos autonómicos y estatales integrantes de las respectivas Administraciones consultivas, que la Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen quede normalmente garantizada. Así el Consejo de Estado ha señalado repetidamente (entre otros, en sus Dictámenes números 102/1993 y 1.294/94), que la Administración es responsable de las consecuencias dañosas derivadas de la falta de seguridad en las vías atribuible a sus elementos o circunstancias, tales como desprendimientos de piedras, deformidad o baches importantes en la calzada o existencia prolongada de gravilla.

En el asunto examinado, a partir de los informes de la Dirección General de Carreteras y de la Policía Local de Yecla, cabe inferir la existencia de un socavón en la calzada, causante del daño alegado, no constando, por otra parte, que existiera una señalización adecuada que hubiera advertido al conductor del riesgo possibilitándole así la adopción de medidas precautorias en la conducción. El informe policial también acredita la realidad del daño alegado aunque los agentes no fuesen testigos directos del accidente, pues en el expediente existe suficiente prueba indiciaria de que los daños los provocó el hecho de haber introducido la rueda del vehículo en el socavón que, según dicho informe, tenía una considerable profundidad.

Por todo ello, este Consejo Jurídico considera que concurren los presupuestos indispensables para reconocer la responsabilidad administrativa, ya que el daño se ha producido

como consecuencia de la utilización por el reclamante de un servicio público, pues ha sido ocasionado por el deficiente estado de conservación de la calzada agravado por la inexistencia de señalización que advirtiera de la presencia del socavón; sin que, por otro lado, quepa apreciar en el expediente motivo alguno para imputar al reclamante una actuación incorrecta generadora del accidente (dado que no se ha acreditado que circulara de forma imprudente o a mayor velocidad de la permitida), sin que tampoco quepa señalar como causa eficiente del siniestro circunstancia alguna constitutiva de fuerza mayor.

#### **CUARTA.- Cuantía de la indemnización.**

Habiendo quedado acreditada la concurrencia de todos los elementos que determinan el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, únicamente resta fijar el alcance de dicha responsabilidad, mediante la cuantificación de la indemnización que corresponde al reclamante. Éste valora el daño sufrido en 255,65 euros, importe de reposición de la rueda del vehículo siniestrado, acreditando haber satisfecho dicha cantidad mediante la presentación de factura, por lo que, no habiéndose discutido dicho importe en el expediente (apartado III.3 de la Consideración Segunda), la cuantía de la indemnización habrá de coincidir con la expresada, más las actualizaciones que correspondan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

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

#### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial en la cuantía indicada, al concurrir los requisitos establecidos legalmente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 160-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	19/07/2011

**Extracto de doctrina**

El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”. Doctrina también compartida por este Consejo Jurídico en numerosos dictámenes similares al presente, como el 179/2002, entre otros muchos.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 14 de febrero de 2011, tiene entrada en el Registro General de la Consejería consultante escrito del Secretario del Colegio de Educación Infantil y Primaria "Santiago" de Totana (Murcia), sobre la reclamación formulada por x, en nombre y representación de su hijo y alumno de dicho centro escolar, x, en solicitud de indemnización fundamentada en la responsabilidad patrimonial que a la Administración incumbe según los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LPAC), por los daños sufridos por el menor como consecuencia de un accidente escolar ocurrido el día 18 de enero de 2011, cuando, durante el desarrollo del recreo posterior al servicio de comedor, su hijo "*fue empujado por un compañero de clase*", lo que, a juicio de la reclamante, se podría haber evitado si la monitora del comedor no se hubiese ausentado del patio. Afirma que es conocedora de esta circunstancia porque así se lo ha transmitido otro hijo, x, de 11 años, que también es alumno del colegio.

Solicita una indemnización de 1.000 euros, aunque no concreta qué daños sufrió el menor.

A la reclamación se acompaña la siguiente documentación:

a) informe del Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez acreditativo de la asistencia recibida por el menor el día 29 de enero de 2011, en el que se le diagnostica "*epifisiolitis de la cabeza del radio derecho*".

b) Fotocopia del Libro de Familia acreditativo del parentesco entre el menor y la reclamante.

Junto con la reclamación el Secretario del Centro envía el informe de accidente escolar emitido por su Director, del siguiente tenor:

*"Estando en el patio de infantil, con la monitora, después de comer sufrió una caída del tobogán, se le puso frío en el lugar del golpe, al ver que movía normalmente el brazo no se vio necesario avisar a los padres, que lo recogieron a las 15 horas y se les explicó lo que había ocurrido. Al día siguiente 19-01-2011, asistió a clase y al servicio de comedor con normalidad, no manifestando en ningún momento que tuviera dolor. El día 20 de enero de 2011 la madre presentó en el colegio el diagnóstico (reflejado en daños sufridos) del servicio de urgencias al que lo llevaron el 19 por la noche".*

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo de fecha 1 de marzo de 2011, se dirige escrito a la Dirección del Colegio solicitando informe acerca de las circunstancias en que se produjo el accidente.

El requerimiento es cumplimentado por el Director que remite, el siguiente día 9 de marzo, informe en el que se hace constar lo siguiente:

*"Los hechos ocurrieron el citado día, a las 14 horas y 50 minutos en el patio de recreo que utilizan los niños de Educación Infantil.*

*En el momento del accidente se encontraba en el patio la monitora de comedor x, que según sus declaraciones no vio el momento exacto de la caída pero que lo atendió inmediatamente, llamando a otra monitora x que le puso una bolsa de frío en el codo, calmándose el dolor, por lo que al no haber dolor y tener total movilidad no se consideró que hubiera necesidad de asistencia médica. Los padres llegaron a recoger a sus hijos a las 15 horas y se les explicó lo que había ocurrido, ellos tampoco consideraron que hubiera necesidad de asistencia médica.*

*Considero que hubo una correcta vigilancia por parte de las monitoras, así como también fue correcta su actuación posterior.*

*Según las manifestaciones que hicieron posteriormente los niños (de 4 y 5 años) que se encontraban en el patio, x intentó subir al tobogán por la zona de deslizarse, resbalando y cayendo*

*fortuitamente sin la intervención de otro niño en la caída, esto ocurrió en décimas de segundo y fue totalmente imposible prever o evitar la caída.*

*El tobogán no tenía ningún desperfecto y alrededor del mismo hay una zona protegida con un material que amortigua las caídas.*

*Al día siguiente 19 de enero de 2011 el niño x asistió a clase con total normalidad, según su tutora x realizó todas sus rutinas diarias (quitarse el abrigo, ponerse el baby, pintar, recortar,...) sin manifestar en ningún momento molestia o dolor en el brazo.*

*Todas las alegaciones realizadas se basan, según la madre, en lo que les contó su hijo x de 11 años, pero éste se encontraba en la pista deportiva con otra monitora, sin ninguna visibilidad del patio de recreo de Educación Infantil pues está el edificio del colegio por medio".*

**TERCERO.-** Conferido trámite de audiencia a la interesada con el fin de que pudiera tomar vista de lo actuado en el expediente, y alegar y presentar la documentación que en apoyo de su pretensión creyera oportuno, no consta que haya uso de su derecho.

**CUARTO.-** Seguidamente se formula propuesta de resolución desestimatoria al considerar la instructora que no concurre el necesario nexo causal entre los daños sufridos por el alumno y el funcionamiento del servicio público prestado por el centro público donde se produjo el incidente.

Tras incorporar un extracto de Secretaría y un índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 12 de abril de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993,

de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Procedimiento, legitimación y plazo.**

I. Procedimiento.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

II. Legitimación.

La legitimación activa corresponde, a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil, a las personas que ostenten y acrediten la representación legal del menor, circunstancia que, respecto de la reclamante, se constata con la fotocopia compulsada del Libro de Familia.

En lo que atañe a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería consultante competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Centro en el que ocurrió el accidente.

III. Plazo para reclamar.

La acción de responsabilidad ha sido ejercitada dentro del plazo establecido en el artículo 142.5 LPAC, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Por otra parte, el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que “durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”. En el supuesto examinado puede afirmarse que ese grado de diligencia no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas, ya que el evento se produjo dentro del riesgo que supone el desarrollo de juegos y actividades libres durante el recreo que se desarrolla después de finalizado el servicio de comedor y no por la falta de vigilancia exigible a los profesores, puesto que resulta imposible evitar las consecuencias que estas actividades lúdicas conllevan, salvo que las mismas se prohibiesen totalmente, lo que llevaría al absurdo de impedir la libre expansión de los alumnos en el tiempo pensado y dedicado precisamente a esta finalidad. En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2001 declara que no cabe imputar lesión alguna a la Administración docente, cuando exclusivamente deriva y trae causa directa e inmediata del golpe fortuito recibido de un compañero del juego en un lance del mismo, *“sin que, por ende, pueda, desde luego, afirmarse que la lesión fue consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos docentes, so pretexto de encontrarse los alumnos en el recreo, en el interior del patio, dedicados a la práctica de los habituales juegos, pues tales circunstancias, sobre no denotar falta del debido control por el profesorado del Colegio, ya que la lesión se habría producido, cualquiera que hubiera sido la vigilancia”*, es de tener en cuenta que la forma puramente fortuita en que se causó la lesión *“en sí misma es insuficiente para anudar el daño a la gestión pública”*, que resultaría ajena a su generación.

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”. Doctrina también compartida por este

Consejo Jurídico en numerosos dictámenes similares al presente, como el 179/2002, entre otros muchos.

Así definida la uniforme y pacífica doctrina, de índole tanto jurisprudencial como consultiva, en relación a los daños sufridos por escolares en centros docentes públicos durante el desarrollo de juegos en el tiempo específicamente destinado a ellos, será preciso analizar la divergencia que se aprecia en los relatos fácticos realizados por el Director del Colegio, de una parte, y por la reclamante, de otra. Según el primero, el accidente se produce cuando el alumno, mientras que jugaba con sus compañeros, sufrió una caída del tobogán al intentar subir por un lugar inadecuado, hecho que no pudo evitarse a pesar de que la vigilancia en el patio era la correcta; no existió, pues, empujón ni agresión alguna por parte de ningún compañero. Según la madre del menor, sin embargo, el accidente se produjo por un empujón de un condiscípulo en un momento en el que la monitora se había ausentado del patio, dejando, por lo tanto, sin vigilancia a los menores. Al respecto cabe destacar que la interesada, a quien incumbe la carga de la prueba en virtud de lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ha acreditado la realidad de sus afirmaciones, las cuales, según manifiesta ella misma, se basarían en una información facilitada por su hijo mayor, también alumno del Centro. Sin embargo, el Director en su informe indica que desde la pista polideportiva, lugar en el se encontraba el hermano del accidentado, no se puede ver el patio de infantil.

Por otro lado, ha de recordarse que en supuestos similares, en que los daños se producen como consecuencia de caídas relacionadas con el uso de un tobogán en el tiempo destinado al recreo, el Consejo de Estado se ha manifestado reiteradamente en el sentido de negar la existencia de responsabilidad patrimonial. Así, en un supuesto prácticamente idéntico al que nos ocupa, el citado Órgano Consultivo señala en su Dictamen 3027/2003 lo siguiente: *"desde esta perspectiva, al examinar el informe del Director del centro educativo -en el que se señala que durante el recreo el alumno estaba "jugando en el tobogán" y "se cayó de forma fortuita o empujado, en la arena, produciéndose daños en las gafas"- se pone de manifiesto que el daño aducido no guarda relación con el funcionamiento del servicio público educativo, ya que el accidente no se produjo durante la realización de un concreta actividad o ejercicio escolar ordenado por el profesor que comportase un riesgo significativo para los escolares -supuesto en el que existe un especial deber de cuidado-, sino cuando el alumno estaba jugando en el patio con sus compañeros y cayó accidentalmente al suelo, suceso que debe encuadrarse dentro de los riesgos normales o generales de la vida en sociedad que no resultan imputables -por su propia naturaleza- a la actuación de la Administración educativa. Se trata, en definitiva, de una eventualidad que, por las circunstancias en que se produjo y aún teniendo en cuenta la corta edad del accidentado (3 años), no tiene relevancia suficiente para*

*estimar la pretensión indemnizatoria formulada".* En el mismo sentido, Dictámenes 330 y 406, del año 2003, y 2318 y 2707, del año 2002.

Así pues, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño existe y se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo, impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa. En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencias de 27 de julio y 13 de septiembre de 2002, esta última dictada en unificación de doctrina.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por el alumno y la prestación del servicio público docente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 161-2011**

**Asunto** Resolución del contrato de obras de remodelación de la calle Goya entre la calle Mañas y el Camino de los franceses

**Consultante** Ayuntamiento de Jumilla

**Fecha** 22/07/2011

**Extracto doctrina**

Al haber transcurrido más de un mes desde la formalización del contrato sin haber extendido el Acta y no habiendo acreditado la Administración causa alguna que justificara tal omisión, el contratista tiene derecho a instar la resolución del contrato y al abono de la citada indemnización.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El Plan Básico de Cooperación a las Obras y Servicios Municipales para la anualidad 2009 (POS/2009) incluye las obras de “Remodelación de la C/. Goya, entre C/. Antonio Mañas y Camino de los Franceses, en la ciudad de Jumilla”.

El presupuesto del proyecto ascendía a la cantidad de 93.193,48 euros, IVA incluido (16%), que sería financiado de conformidad con lo siguiente:

Comunidad Autónoma	83.874,13 euros
Ayuntamiento	9.319,35 euros

**SEGUNDO.-** La Junta de Gobierno Local, en sesión de 10 de agosto de 2009, aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares e iniciar el expediente de contratación por procedimiento negociado sin publicidad.

Resulta adjudicataria de la obra la mercantil “--”, por un precio de 61.865,77 euros, y 9.898,52 euros correspondientes al IVA (16%). El importe de la garantía definitiva constituida mediante aval bancario asciende a 3.093,29 euros.

La financiación de la obra objeto del contrato se distribuye entre la Administración autonómica y la local de la siguiente manera:

Comunidad Autónoma: 64.587,86 euros

Ayuntamiento: 7.176,43 euros

**TERCERO.-** El contrato se formaliza el 14 de octubre de 2009. De conformidad con la Cláusula Decimosexta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la ejecución del contrato de obras debía comenzar en el plazo máximo de un mes desde esta fecha, mediante el levantamiento de la correspondiente acta de comprobación del replanteo.

La Cláusula Segunda del contrato, por su parte, establece un plazo máximo de ejecución de las obras de 6 meses, contados desde la firma del acta de comprobación del replanteo.

No consta que se haya efectuado el acto de comprobación de replanteo ni que se haya extendido la correspondiente acta.

**CUARTO.-** Con anterioridad a la adjudicación de este contrato, la Junta de Gobierno Local acuerda contratar a un Arquitecto Técnico para la Dirección Técnica y la Coordinación de Seguridad y Salud de la mencionada obra, por el precio de 1.789,31 euros.

**QUINTO.-** En octubre de 2009, se mantiene una reunión con técnicos municipales, el Director de obra y representantes de la empresa adjudicataria, en la que se pone de manifiesto la necesidad de proceder a la tala de diversos pinos que se encuentran dentro del ámbito de la obra, acordándose que ello será realizado por los servicios municipales tras la obtención de las correspondientes autorizaciones.

**SEXTO.-** Una vez talados los pinos a finales de julio de 2010, y advertida la demora que esta actuación comportaba para el plazo de ejecución de la obra, que debía finalizar antes del 1 de noviembre de 2010 (fecha en la que, conforme a su normativa específica, debían estar totalmente ejecutadas las obras que integraban el POS/2009), con fecha 1 de octubre de ese mismo año, el Alcalde solicita a la Dirección General de Administración Local, Relaciones Institucionales y Acción Exterior una prórroga del plazo de ejecución de la obra hasta el 31 de diciembre de 2010, siendo concedida.

**SÉPTIMO.-** El 1 de marzo de 2011, el Director de las Obras emite informe con el resumen cronológico de las actuaciones realizadas, en el que pone de manifiesto lo siguiente:

*“- Semana del 19 al 25 de julio de 2010: Una vez emitidos todos los informes pertinentes y obtenidos los permisos oportunos, los servicios Municipales del Excmo. Ayuntamiento de Jumilla*

proceden a la tala de los pinos que impedían el comienzo de las obras, comunicando dicha situación a la empresa adjudicataria para que comience los trabajos de las obras.

- 26 de julio de 2010: reunidos en la obra el Director de Obra, el Jefe de Obra y el Encargado de Obra se comprueba que los trabajos de tala de pinos han concluido, no existiendo ya impedimento alguno para el comienzo de las obras. El Jefe de Obra se compromete a que esa misma tarde comenzarán los trabajos de desbroce y rebaje del terreno y proceder a continuación al replanteo de la obra.

- 2 de agosto de 2010: Una vez terminados los trabajos de desbroce y rebaje del terreno y realizado el replanteo de la obra, se informa por parte del Director de Obra al Topógrafo Municipal para que dé por bueno dicho replanteo comprobando que la ejecución de la obra es coherente con actuaciones futuras en esa zona. La empresa adjudicataria no continúa con ningún trabajo a la espera del visto bueno del replanteo por parte municipal.

- 6 de agosto de 2010: El Jefe de Obra comunica al Director de Obra que se marchan de vacaciones y que a finales de mes continuarán con la ejecución de la obra.

- 3 de septiembre de 2010: El Topógrafo Municipal informa que ha comprobado el replanteo de la obra y que la realización de la obra tal y como está el replanteo es viable. Como Director de Obra informo de dicha circunstancia al Jefe de Obra, haciéndole ver que después del período de vacaciones no han regresado a continuar los trabajos.

- Octubre de 2010: La empresa adjudicataria sigue sin retomar las obras, motivo por el cual el Director de Obra se pone en contacto con el Jefe de Obra, el cual manifiesta que, ante diversos problemas entre su empresa y el Excmo. Ayuntamiento de Jumilla en otras obras, su empresa ha decidido no continuar las obras hasta que se solucionen los problemas antes mencionados.

- 28 de febrero de 2011: Al día de la fecha, la empresa adjudicataria no ha retomado los trabajos ni manifestado intención de hacerlo”.

**OCTAVO.-** El 17 de marzo de 2011 la Dirección General de Administración Local, Relaciones Institucionales y Acción Exterior notifica al Ayuntamiento el inicio del procedimiento de reintegro de la cantidad de 64.587,86 euros, correspondiente al importe de la subvención concedida para la realización de la obra, cuantía que habrá de ser incrementada con los intereses de demora devengados desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha que se acuerde la procedencia del reintegro.

**NOVENO.-** La Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria de 4 de abril de 2011, adopta los siguientes acuerdos:

1. Iniciar procedimiento de resolución del contrato, al amparo de lo dispuesto en los artículos 206,d) y 220,a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), declarando a la empresa contratista como culpable de la resolución y fijando inicialmente la determinación de los daños y perjuicios que aquélla debe indemnizar en 73.001,61 euros, a los que se deberá sumar la cuantía que resulte de la liquidación del contrato complementario de servicios para la dirección de obra y los intereses de demora exigidos por la Comunidad Autónoma en el expediente de reintegro de la subvención.

2. Iniciar procedimiento de resolución del contrato de servicios para la dirección de obra y coordinación de seguridad y salud de la obra referida, al amparo de lo dispuesto en el artículo 284.d) LCSP.

3. Conceder a los contratistas mencionados y al avalista del primero de ellos, dado que se propone la incautación de la garantía, un trámite de audiencia.

**DÉCIMO.-** Con fecha 20 de abril de 2011, la mercantil adjudicataria presenta escrito de alegaciones, mostrando su oposición a la resolución del contrato, toda vez que considera que ningún incumplimiento de los plazos de ejecución del mismo puede haberse producido cuando no se ha procedido a realizar el acto de comprobación del replanteo, trámite esencial que determina el comienzo del cómputo del plazo de ejecución del contrato. Considera, asimismo, que la demora en la comprobación del replanteo no resulta imputable a la empresa, sino a la Corporación Local, por lo que solicita la resolución del contrato por esta causa y la consiguiente indemnización del 2% del precio de adjudicación del contrato.

**UNDÉCIMO.-** De igual manera, el 3 de mayo de 2011, el Director de Obra, adjudicatario del contrato de servicios para la dirección técnica y coordinación de seguridad y salud de la misma, presenta escrito de alegaciones, manifestando su conformidad con la resolución de este contrato y solicitando el abono de 335,34 euros en concepto de gastos ocasionados con motivo de la ejecución del contrato.

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 5 de mayo de 2011, se notifica al Ayuntamiento la Orden de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, de 18 de abril, por la que se declara la

obligación de reintegrar la cantidad de 64.587,86 euros, correspondientes a la subvención de la obra contratada.

**DECIMOTERCERO.-** El 27 de junio, la Junta de Gobierno Local acuerda remitir al Consejo Jurídico de la Región de Murcia el expediente, a lo que se procede mediante escrito del Alcalde de 29 de junio, recibido en este Órgano Consultivo el pasado 5 de julio de 2011.

El expediente se acompaña de los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo respecto al contrato de obras, al versar sobre una propuesta de resolución de un contrato administrativo frente a la que el contratista ha formulado su oposición, conforme a lo establecido en el artículo 195.3,a) LCSP en relación con el 12.7 de la Ley 2/97, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, sin perjuicio de las consideraciones adicionales que se hagan sobre la solicitud del contratista.

No se pronuncia este Consejo Jurídico acerca de la resolución del contrato para la dirección técnica y la coordinación de la seguridad y salud en el trabajo del primero de los contratos, toda vez que en este segundo el adjudicatario muestra su conformidad a la resolución propuesta.

#### **SEGUNDA.- Cuestiones procedimentales: caducidad.**

Como ya ha establecido este Consejo Jurídico en reiterados Dictámenes como los números 90, 99 y 213/2009, entre otros, los procedimientos de resolución de contratos administrativos por culpa imputable al contratista caducan si, en el plazo establecido al efecto (el de tres meses establecido en el artículo 42.3 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC, atendida la remisión expresa que a esta Ley efectúa la Disposición final octava LCSP), la Administración no ha notificado la resolución expresa a los interesados, en aplicación de lo establecido en su artículo 44.2.

Por todo ello, comoquiera que a la fecha de entrada en el Consejo Jurídico de la solicitud de Dictamen (5 de julio de 2011) ya habían transcurrido más de tres meses desde la iniciación del procedimiento por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 4 de abril de 2011, y no constando ni la suspensión del cómputo del plazo para resolver ni ampliación alguna de dicho plazo, procedería, en principio, declarar su caducidad.

**TERCERA.-** La solicitud de resolución contractual presentada por el contratista y la hipotética incoación de nuevo procedimiento por el Ayuntamiento.

Sin perjuicio de la caducidad del procedimiento incoado por el Ayuntamiento, hay que hacer notar que el contratista, junto a su oposición a la resolución del contrato por la causa aducida, solicitó también la resolución contractual por causa imputable a aquél, así como la correspondiente indemnización. Tal pretensión da lugar a un procedimiento distinto del caducado y que debe tramitar el Ayuntamiento, como cualquier procedimiento promovido a instancia de parte.

Como ya dijo este Consejo Jurídico en su Dictamen 69/1999, el Ayuntamiento no puede aprovechar este segundo procedimiento para declarar la resolución contractual por causa imputable al contratista, pues ello sería incongruente con la petición del particular y agravaría su situación inicial, en contra, pues, de lo dispuesto en el artículo 89.2 LPAC. Conforme a este último precepto, la Administración puede incoar un nuevo procedimiento para la resolución del contrato por culpa imputable al contratista, acordando el instructor, si así lo estima, la incorporación de las actuaciones útiles practicadas en el caducado.

Sin embargo, a la vista de las actuaciones remitidas, en el supuesto sometido a consulta no procede incoar un nuevo procedimiento, sino dar respuesta positiva a la pretensión deducida por el contratista. En efecto, dado que en dichas actuaciones constan las respectivas posturas de las partes y los argumentos jurídicos que las sustentan, si, como vamos a ver, resulta que procede la resolución del contrato por la causa alegada por el contratista, ninguna utilidad tendría retrasar tal pronunciamiento con la incoación de un nuevo procedimiento de resolución fundado en otra causa, la aducida por el Ayuntamiento, que no podría ser estimada. Así pues, por razones de eficacia y economía procedimental, y como ya señalara en Dictamen 31/2000, el Consejo Jurídico estima procedente pronunciarse sobre la solicitud deducida por el contratista, dada la íntima conexión con lo pretendido por el Ayuntamiento.

**CUARTA.-** La resolución del contrato por incumplimiento del Ayuntamiento del plazo establecido para levantar el Acta de comprobación del replanteo.

El artículo 212 LCSP establece lo siguiente:

*“La ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo. A tales efectos, dentro del plazo que se consigne en el contrato, que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su formalización salvo casos excepcionales justificados, el servicio de la Administración encargada de las obras procederá, en presencia del contratista, a efectuar la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación, extendiéndose acta del resultado que será firmada por ambas partes interesadas, remitiéndose un ejemplar de la misma al órgano que celebró el contrato”.*

Por otra parte, en virtud de lo establecido en los artículos 220,a) y 222.2 LCSP, es causa de resolución del contrato de obras la demora en la comprobación del replanteo, de modo que “si se demorase la comprobación del replanteo, dando lugar a la resolución del contrato, el contratista sólo tendrá derecho a una indemnización equivalente al 2% del precio de la adjudicación”.

Aplicado al caso que nos ocupa, de la documentación remitida se desprende que el Ayuntamiento no levantó Acta de comprobación del replanteo ni citó al contratista a tal efecto, sin que existan causas que justifiquen tal omisión. Y es que, de lo informado por el Director de la obra se desprende que la comprobación del replanteo se realiza sólo por el topógrafo municipal, es decir, sin las formalidades establecidas en la Ley y sin la participación del contratista. Además, aunque la Dirección de obra afirma que mantuvo diversas reuniones con la empresa (no documentadas con las respectivas actas), aquélla niega y así se desprende del expediente, que fuera citada a acto alguno de comprobación del replanteo con el contenido que a tal acto impone el artículo 140.1 RCAP.

En definitiva, tras la firma del contrato el 14 de octubre de 2009, no consta Acta de comprobación del replanteo, que ha de levantarse por la Administración en presencia del contratista, para lo cual es necesario notificarle con la debida antelación la fecha de su realización, lo que tampoco consta.

Ha de recordarse aquí que el acta de comprobación del replanteo, que el Reglamento General de la Ley de Contratos, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), llega a calificar de “parte integrante del contrato a efectos de su exigibilidad” (art. 140.4), *“no sólo tiene interés para el contratista, sino también para la Administración, por cuanto levantada el acta de comprobación, y no constando reparos del contratista, la Administración puede prever razonablemente el plazo de ejecución del contrato, y con ello, la satisfacción de los interés generales que motivan la celebración de un contrato público; esto es, en la comprobación del*

*replanteo está involucrado el interés público, cuya tutela corresponde a la administración, pues no se olvide que la ejecución del contrato de obras comienza precisamente con dicha diligencia. Y en este sentido recuérdese que el artículo 42 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (de 1995) señala, que es el servicio de la Administración encargada de las obras el que ha de proceder, bien que en presencia del contratista, a efectuar la comprobación. Así las cosas, y sin perjuicio de reconocer el interés del contratista, ello no elude la carga que tiene la Administración de instar el cumplimiento de un trámite esencial dentro del contrato de obras, pues a ella le corresponden las facultades en orden a velar por la adecuada ejecución del contrato” (STSJ Castilla y León, núm. 102/2003, de 28 de enero).*

En el mismo sentido y de forma más contundente, la STSJ de Madrid, núm. 419/2008, de 9 de mayo, señala que es responsabilidad de la Administración contratante proceder a la realización de este trámite esencial para la ejecución del contrato: *“la comprobación del replanteo es el primer acto de ejecución material del contrato de obras, que corresponde ejecutarlo a la Administración contratante,(de modo) que si la comprobación del replanteo se demora, la responsabilidad de esa demora solo es, en principio, de la Administración contratante, puesto que es a ella y a nadie más a quien corresponde llevar a cabo aquel acto, y finalmente que si la comprobación del replanteo se demora más allá del plazo de un mes que fija el artículo 142, se produce "ex lege" la resolución del contrato y nace el consiguiente derecho del contratista a ser indemnizado en el 2 por 100 del precio del adjudicación”.*

Por ello, al haber transcurrido más de un mes desde la formalización del contrato sin haber extendido el Acta y no habiendo acreditado la Administración causa alguna que justificara tal omisión, el contratista tiene derecho a instar la resolución del contrato y al abono de la citada indemnización.

De lo anterior se desprende también la improcedencia de la causa de resolución aducida por el Ayuntamiento en el procedimiento caducado. En efecto, si el plazo de ejecución del contrato sólo se inicia a partir del levantamiento del Acta de comprobación del replanteo (salvo que en ésta se consigne la inviabilidad de la obra y, en consecuencia, quede suspendida), es claro que ningún incumplimiento puede ser imputado al contratista, pues el presupuesto necesario para el inicio de dicho plazo no se produjo, por causas imputables a la Administración. En el mismo sentido se expresa la STSJ Castilla y León, núm. 242/2005, de 22 de abril, cuando de forma categórica establece que *“la ejecución del contrato no debe comenzar hasta la práctica de la comprobación del replanteo y no puede haber transcurrido el plazo de ejecución del contrato si no se ha realizado el replanteo”.*

Si la Administración hubiera procedido al levantamiento del Acta en el plazo establecido (antes del 14 de noviembre de 2009), citando al efecto al contratista, éste hubiera podido reproducir en tal acto sus alegaciones sobre la imposibilidad de comenzar los trabajos por la existencia de los pinos cuya tala se demoró hasta el mes de julio de 2010, tal y como permite el artículo 140.2 RCAP, lo que hubiera permitido a la Dirección de la obra decidir si se procedía a la suspensión o debía iniciarse la obra sin más dilación. No habiéndolo hecho así, el Ayuntamiento debe asumir las consecuencias de su omisión, establecidas en el artículo 222.2 LCSP.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Procede declarar la caducidad del procedimiento incoado por el Ayuntamiento de Jumilla para declarar la resolución del contrato por causa imputable al contratista, objeto de este Dictamen.

**SEGUNDA.**- Procede estimar la solicitud presentada por el contratista y, en consecuencia, declarar resuelto el contrato, reconociendo a éste el derecho a percibir una indemnización por importe del 2% del precio de adjudicación.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 162-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	22/07/2011

**Extracto de doctrina**

Como indicamos en el Dictamen nº 2/2010, siguiendo reiterada jurisprudencia y doctrina consultiva, en estos casos la comunidad hereditaria no tiene legitimación para reclamar, ni puede reconocérsele indemnización en su favor, dada la naturaleza personalísima de los daños morales derivados del fallecimiento del causante.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 6 de junio de 2007 se presenta escrito, dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS), formulado por x en nombre y representación de x, de reclamación de responsabilidad patrimonial. En síntesis, en dicho escrito expresa que x, madre de su representado, fue atendida en el Servicio de Urgencias del hospital “*Virgen de la Arrixaca*” los días 18 y 24 de septiembre de 2006 por una caída en la que se produjo una rotura del tobillo derecho y que, como consecuencia del tratamiento farmacológico prescrito para dicha patología, en el que no se tuvo en cuenta que la paciente sólo tenía un riñón e insuficiencia renal, posteriormente y durante varios días se le produjo un cuadro persistente de vómitos y dolor abdominal, agudizándose la situación el 18 de octubre de 2006, en que ingresa nuevamente en dicho hospital, donde, según dice, el especialista en Nefrología informa a la paciente que todos los problemas se deben al tratamiento farmacológico; sometida a diálisis, no existe mejora significativa, falleciendo el 23 siguiente.

Por la alegada falta de diligencia del facultativo que atendió a la paciente de su dolencia en el tobillo derecho, reclama una indemnización de 8.051,18 euros para su representado, la misma cantidad para la hija x y 96.614,12 euros para el marido x.

Adjunta a su escrito copia de los informes de alta de la paciente en el Servicio de Urgencias del citado hospital, de fechas 18 y 24 de septiembre de 2006, y un parte de interconsulta de 4 de octubre siguiente, de un facultativo de la Gerencia de Atención Primaria de Murcia (GAPM), para el traumatólogo de zona de la paciente. También aporta Libro de Familia “*acreditativo de los herederos de la fallecida*” y un escrito de 18 de enero de 2007 del Colegio de Abogados de Murcia,

en el que, vista la previa solicitud de x, se designa al compareciente como abogado del Turno de Oficio para el recurso contencioso-administrativo a interponer, en nombre del primero, sobre *“responsabilidad patrimonial contra el INSALUD”*, e informa favorablemente su solicitud para el reconocimiento del beneficio de justicia gratuita.

**SEGUNDO.-** Con fecha 29 de junio de 2007 el Director Gerente del SMS dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación patrimonial, que es notificada a los interesados; además, en esa fecha se dirige oficio al x en el que se le requiere para que acredite la representación de los reclamantes y presente certificado de defunción de la x.

**TERCERO.-** El 19 de julio de 2007, el x presenta escrito en el que, respecto de la acreditación de la representación de los reclamantes, expresa que al escrito inicial se adjuntó copia del Libro de Familia que acredita la relación materno-filial entre x y la fallecida, lo que legitima al primero para reclamar en favor de los herederos de ésta (en donde estarían incluidos el marido e hija de la fallecida señalados en la reclamación, ha de deducirse), y ello con independencia de que, de estimarse la reclamación, se exija la cumplida acreditación de los citados herederos, mediante la correspondiente acta notarial, a los efectos de proceder al cobro de las cantidades que correspondan.

Además, con dicho escrito adjunta copia de certificado de defunción de la x, expedido por el Registro Civil de Murcia.

**CUARTO.-** Solicitada la historia clínica de la paciente al hospital de referencia, junto con los informes de los facultativos que la asistieron, ello fue remitido mediante oficio del Director Gerente de 31 de julio de 2007. De dicha documentación se destaca la siguiente:

- Informe de 9 de julio de 2007 del Dr. x, de Cirugía Ortopédica y Traumatología, que expresa lo siguiente:

*“La paciente x fue atendida por mí en el Servicio de Urgencias al presentar problema muy grave: fractura-luxación de tobillo, que requirió de forma urgente maniobras de reducción y, por fortuna, con éstas se evitó cirugía urgente, sopesando lógicamente la situación de la paciente (antecedentes de diabetes mellitas e hipertensión arterial y obesidad mórbida), con las graves repercusiones que hubieran podido ocurrir en el caso de precisar cirugía.*

*Una vez reducida la fractura-luxación, y evitando la cirugía urgente, se me plantea el problema de inmovilizar a la paciente y prevenir otras graves complicaciones como son la*

*inflamación y consiguiente posibilidad de síndrome compartimental y desreducción de la fractura-luxación, con muy graves consecuencias. Todo esto obliga a dos cosas:*

*1. Seguimiento estrecho de la paciente, cosa que realicé citándola en el Servicio de Urgencias solo unos días después, para vigilar estrechamente estos peligros y comprobar que persistía la reducción correcta de la fractura-luxación.*

*2. Administrar tratamiento médico para minimizar en lo posible la inflamación y sus complicaciones. El antiinflamatorio con vida media más corta, y potencialmente menos lesivo es el Ibuprofeno (Neobrufen®).*

*Efectivamente, volví a recibir en urgencias a la paciente unos días después y, gracias a Dios, al mantenimiento de la reducción que yo mismo realicé y al tratamiento médico prescrito, la inflamación no llegó a provocar las lesiones potencialmente graves a la paciente y se mantuvo la reducción de la fractura-luxación y, por fortuna, pude cambiar la férula de yeso por un yeso cerrado y momentáneamente dar el alta en este servicio, remitiendo a la paciente a una nueva revisión en 10 días por el especialista de zona.*

*Como se puede observar, se cuidó en gran medida las complicaciones a la paciente en todo lo posible, administrando también un protector gástrico (Omeprazol y un anticoagulante, Clexane®).*

*En mi última revisión doy alta para seguir citas en especialista de zona en 10 días. En todo momento, en esta segunda revisión, la paciente se encuentra bien y me manifiesta haber permanecido correctamente y asintomática, sin problema alguno, en relación con fractura-luxación ni debido al tratamiento farmacológico prescrito.*

*En cualquier caso a la paciente se le explicó que tomaría medicación para disminuir su inflamación en su primera visita, no indicándoselo en la segunda visita.*

*Considero mi actuación médica ajustada a correcta praxis, utilizando las medidas terapéuticas más favorables y menos lesivas a la paciente en todo momento, considerando por supuesto sus antecedentes personales y la grave patología y sus graves complicaciones en ese momento.*

*Considero igualmente que hubiera sido mucho más peligroso por mi parte el no haber prevenido las posibles complicaciones derivadas de la patología que en ese momento presentaba*

la paciente, como es la inflamación tras una reducción cruenta de una fractura-luxación, y para ello precisé utilizar los fármacos ya descritos.

Considero que las graves alteraciones que sufre la paciente un mes después de mi actuación no se deben en absoluto ni son derivadas de mi actuación” (...).

- Informe de 13 de julio de 2007, del Dr. x, de Neurología, que expresa lo siguiente:

“Paciente que acudió a Urgencias de este hospital el día 18-10-06 por deterioro de su estado general y neurológico. A su llegada presentaba un estado comatoso con un Glasgow de 11, una creatinina mayor de 14, urea 530, CPK mayor de 11.000, hiperpotasemia e hiponatremia severa (115).

Ingresó a cargo del Servicio de Nefrología, realizándose ese día hemodiálisis de urgencia, con escasa mejoría. Ante el mal estado general, la paciente la comentaron con el Servicio de UCI, desestimándose medidas agresivas como intubación orotraqueal, iniciándose tratamiento con BIPAP que posteriormente se retiró. Al día siguiente el Servicio de Nefrología desestima a la paciente de incluirla en el programa de hemodiálisis periódicas por su mal estado general con pausas de apnea y hemiplejía izquierda.

Al día siguiente (20-10-06) la paciente es trasladada a nuestro servicio, estando en nuestra valoración en coma, desviación conjugada de la mirada hacia la derecha, reflejos oculocefálicos y corneales abolidos con arreflexia y hemiplejía braquio-crural izquierda con un Glasgow de 8. Ese día no hay ningún familiar en la habitación al que informar de su mal pronóstico. Ese mismo día se vuelve a comentar con nefrólogo de guardia la paciente, indicando de nuevo que no es subsidiaria de hemodiálisis. Instauramos tratamiento sintomático progresando su empeoramiento clínico, por lo que al día siguiente (21-10-06) realizamos TAC cerebral urgente que no muestra cambios significativos con respecto al del ingreso. Ese mismo día se vuelve a comentar con el nefrólogo de guardia, que indica que se ha desestimado diálisis y que han informado a los familiares. El día 23-10-06 la paciente se sigue deteriorando, motivo por el cual volvemos a comentar con el Servicio de Nefrología por si hubiera alguna posibilidad de tratamiento, descartándose definitivamente su inclusión en el programa de hemodiálisis.

La paciente es exitus el día 23-10-06 a las 17:50 horas, habiéndose informado previamente a las dos cuidadoras que estaban con la enferma ese día, con el juicio clínico de exitus tras coma multifactorial: insuficiencia renal crónica, reagudizada con rabdomiolisis, posible ictus isquémico protuberancial, metabólico, etc.”

- Informe de 30 de julio de 2007, de la Dra. x, de Nefrología, que expresa lo siguiente:

*"Paciente de 59 años que acude a Urgencias del Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca" el día 18/10/06 por deterioro neurológico.*

*Antecedentes personales:*

*- Ingresada en varias ocasiones en el Hospital Psiquiátrico por brotes de esquizofrenia, en tratamiento con distintos fármacos a lo largo de estos años. Al parecer no seguía controles periódicos por Psiquiatría desde 1.995.*

*- Diabetes Mellitus tipo 2 conocida desde 1.995 e insulinizada desde Diciembre-01 con muy mal control metabólico y múltiples complicaciones secundarias: retinopatía, nefropatía y macro-microangiopatía diabéticas.*

*- En Febrero-02 ingresa por aumento de su disnea habitual secundaria a insuficiencia cardíaca congestiva, descubriéndose insuficiencia renal crónica con cifras de creatinina de 2,3 mg/dl. La paciente fue dada de alta tras mejorar clínicamente, siendo citada en Policlínica de Nefrología para continuar revisiones.*

*- El día 18/09/06 acude a Urgencias de Traumatología por fractura-luxación de tobillo derecho, por lo que se hizo reducción de la fractura, colocando una férula y tratando a la paciente con Ibuprofeno (analgésico y antiinflamatorio), Clexane (heparina de bajo Pm.) y Omeprazol (protector gástrico), citando de nuevo a la paciente 6 días después para control radiológico y colocar botín de yeso. En esta segunda revisión por Traumatología no consta que deba seguir o suspender el tratamiento previamente prescrito.*

*- Al parecer, la paciente continuó tomando el Ibuprofeno y presentó vómitos en varias ocasiones. Su estado clínico fue deteriorándose y la paciente comenzó a agitarse, por lo que su familia le administro fármacos para tranquilizarla.*

*- El día 18/10/06 (1 mes después), acude a urgencias por deterioro neurológico importante, detectándose:*

*1. Exploración física:*

- *Situación comatosa con Glasgow de 11, destacando la existencia de una hemiplejía braquio-crural izquierda y desviación conjugada de la mirada a la derecha.*

- *Hipotensa (TA 80/50).*

## *2. Analítica:*

- *Insuficiencia renal grave con creatinina de 14; Urea 553; K-7; acidosis metabólica.*

- *Hiponatremia: Na-115.*

- *Posible Rabdomiolisis. CK > 10.000.*

*Ante la situación de agudización de una insuficiencia renal crónica previa se decidió realizar una sesión de hemodiálisis de urgencia, tras colocar catéter femoral. A pesar de perfundir 400 cc. de Hemocé durante la hemodiálisis, se mantuvo hipotensa durante toda la sesión.*

*Entre las posibles causas de empeoramiento de la función renal en esta paciente están:*

*-Depleción de volumen como consecuencia de los vómitos y, probablemente la baja ingesta de líquidos orales por su situación neurológica. A favor: paciente con hipotensión arterial grave, que apenas remontó con un expansor plasmático como el hemocé y la existencia de hiponatremia.*

*-Tratamiento crónico con IECAs (tomaba Fositens).*

*-Rabdomiolisis, posiblemente secundaria al tratamiento con neurolépticos (que tomaba para su esquizofrenia).*

*-Tratamiento con AINEs (Ibuprofeno) que la paciente, al parecer estaba tomando desde hacía al menos 1 mes (no sabemos si había ingerido otros analgésicos).*

*Por otro lado, el deterioro neurológico de la paciente es también multifactorial por:*

*-Situación de uremia (Insuficiencia renal grave), aunque la presencia de focalidad neurológica (hemiplejía izquierda) hace pensar en la existencia de otra causa asociada.*

*- Hiponatremia grave.*

*-Posible aumento de la administración de los fármacos antipsicóticos que la paciente tomaba para su esquizofrenia.*

*-Posible ACV isquémico, frecuente en los pacientes diabéticos, y que explicaría la focalidad.”*

**QUINTO.-** Consta en el expediente la remisión de su copia al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Murcia, por haberse interpuesto recurso contencioso administrativo nº 333/09 contra la desestimación presunta de la reclamación, obrando Providencia de 29 de mayo de 2009 en la que se hace referencia al compareciente como letrado en representación y defensa de x.

**SEXTO.-** Obra en el expediente dictamen médico de 22 de septiembre de 2009, aportado por la compañía aseguradora del SMS, realizado por especialista en Nefrología, en el que, tras analizar los antecedentes, realiza las siguientes consideraciones:

*“1. En primer lugar cabe destacar que la paciente presenta más de un riñón en el año 2002, ya que la ecografía realizada se describe como "riñones de tamaño normal".*

*2. La paciente presenta insuficiencia renal crónica previa (Cr=2.2 mg/dl en 2002 y Cr=3.7 mg/dl en septiembre de 2006, según anotación realizada en la historia clínica descrita el 18-10-2006). Sin embargo, el médico de urgencias entre los antecedentes sólo refleja la hipertensión arterial y la diabetes mellitus. La existencia de una insuficiencia renal previa sólo puede tenerse en cuenta si al médico se le aporta dicha información verbal o mediante informes previos aportados por la familia o si se dispone de un acceso informatizado a la historia clínica de la paciente. Es imposible dilucidar con la documentación analizada a qué se debe la ausencia de dicha información.*

*Sin embargo, la patología que presentaba la paciente consistente en fractura-luxación de tobillo derecho y la reducción cerrada que se pudo practicar hacen de éste un caso especial, en el que la valoración riesgo-beneficio entre administrar antiinflamatorios no esteroideos (AINES) y su no administración se decante hacia la administración del mismo. De no haberse administrado (a) la paciente, no (se) habría aliviado el dolor de forma tan eficaz y podría haber presentado un síndrome compartimental como consecuencia del proceso inflamatorio, que quedaría sin un tratamiento adecuado. Por tanto, es justificado pautar AINES en esta situación incluso aunque se conociera la insuficiencia renal previa de la paciente. Ahora bien, este tratamiento es agudo y sólo debe administrarse mientras sea estrictamente necesario. El día 24 de septiembre de 2006 se*

*comprueba la buena evolución clínica y radiológica y, ante la ausencia de inflamación, se pone una férula completa, dándose de alta a la paciente. Sólo se le recomienda acudir al traumatólogo de zona en 10-12 días. De haber querido prescribir otros tratamientos farmacológicos se hubiera constatado en dicho informe. Por lo tanto, sólo se objetiva la prescripción de Neobrufen, Clexane y Omeprazol durante 6 días.*

*3. Un mes después de la fractura presenta un cuadro sistémico, con compromiso de múltiples órganos. Como se ha descrito anteriormente, presenta insuficiencia renal severa, hipotensión, deterioro neurológico, afectación hepática, acidosis metabólica con láctico elevado, insuficiencia respiratoria. Todo ello se puede englobar en un cuadro de sepsis con fallo multiorgánico originado por un cuadro de isquemia intestinal, lo que explicaría la situación de extrema gravedad de la paciente y los datos analíticos destacados en la descripción de la enfermedad actual.*

*De haberse producido un deterioro agudo de la función renal por la ingesta de AINES no deberíamos encontrar datos de afectación hepática, no deberíamos encontrar insuficiencia respiratoria, no explicaría el dolor abdominal difuso con CPK y LDH elevada. No explica tampoco la hipotensión, y la tolerancia a la hemodiálisis y la mejoría neurológica una vez aplicado este procedimiento habrían sido mucho más evidentes de lo que resultaron. Nos encontramos, pues, ante un fallecimiento en una paciente diabética con malos controles glucémicos desde hacía muchos años, que presenta una complicación vascular importante que le conduce inevitablemente a ese desenlace, independientemente de la fractura y el tratamiento farmacológico prescrito un mes antes de presentar esta fatal complicación.*

#### *Conclusiones*

*1. La paciente presenta más de un riñón e insuficiencia renal crónica por nefropatía diabética.*

*2. El médico de urgencias desconoce este antecedente ya que no consta en el informe, pero tras analizar la documentación no se puede saber el motivo.*

*3. El fallecimiento se produce por un cuadro grave con afectación multiorgánica y no por nefrotoxicidad de origen farmacológico”.*

**SÉPTIMO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 2 de septiembre de 2010, del que se destaca lo siguiente:

*“Entre los antecedentes personales de la paciente destacan: DM tipo II, que debutó hace 10 años y tratamiento con insulina desde hace más de 5 años, retinopatía diabética, nefropatía diabética sin control desde 2002, esquizofrenia a tratamiento, sin control desde hace años (página 36).*

*Tratada de forma crónica con fositens, seguril, leponex, ranitidina e insulina. Tras la fractura de tobillo se añaden: neobrufen, clexane y omeprazol. Hay referencias familiares de cambio de leponex por seroquel 5 días antes del ingreso, e inicio de toma de primperan 4 días antes del ingreso, de dormodor 3 días antes, administrado por su hijo al verla muy inquieta. Describen que desde un día antes del ingreso se encuentra muy apagada y por la noche está ya comatosa, motivo por el que la remiten al día siguiente a mediodía (páginas 37 y 38). El día 18/10/2006 administran anexate y naloxona iv de urgencia, antes de traslado a hospital. En el servicio de urgencias hospitalario se indican anexate, naloxona, manitol, tazocel y demás medidas de mantenimiento.*

*Ingresó hipotensa, con hemiplejía izquierda, derrame pleural derecho, insuficiencia renal, dímero D elevado, CPK elevada, leucocitosis en sangre y en orina, otras anormalidades en las pruebas analíticas y positivo a benzodiazepinas. Se dializa una vez, descartando UCI otras medidas agresivas por la alta sospecha de ACV sobre un cuadro metabólico. La paciente estuvo comatosa desde su ingreso.*

*Sabemos que la paciente no impresionaba de cambio clínico sobre su situación basal crónica por lo menos hasta el día 4/10/2006, ya que no se refleja ningún dato en este sentido en la página 7. No tenemos documentación sobre la situación en que estuvo los 15 días siguientes (hasta su ingreso el día 18/10/2006). Hasta entonces parece que no hubo nada a resaltar en la evolución de su fractura ni en su estado general. Quizás la paciente o sus familiares pasaron por alto algún síntoma o signo o algún cambio que hubiese sido significativo en ese periodo de tiempo. A tenor de su no actuación, debieron de considerar que la paciente mantenía una buena evolución traumatológica y sin cambios en el resto de aparatos y sistemas. De ninguno de los dos aspectos, traumatológico o sobre su estado general, tenemos información posterior.*

*Llama la atención la anámnesis recogida a través de familiares en el sentido de administración de medicación a disposición domiciliaria ante la presentación de síntomas sucesivos que intentaron paliarse con varios medicamentos, sin ninguna consulta facultativa. No se puede determinar claramente, por consiguiente, el inicio de algún proceso agudo que fue enmascarado o no diagnosticado en el momento en que se presentó. El descrito cuadro persistente de vómitos y*

*dolor abdominal no se consideró causa suficiente de consulta hasta que la paciente se encontró comatosa.*

*Varios de los medicamentos que constituyen el arsenal terapéutico que se manejó reflejan en su ficha técnica la posibilidad de causar daños que directa o indirectamente pueden provocar descompensación clínica.*

*Las afirmaciones vertidas en la reclamación sobre la existencia de un solo riñón y que la paciente presentó un cuadro persistente de vómitos y dolor abdominal durante varios días, agudizándose el día 18 de octubre de 2006, no se corresponden con la realidad documental, evidenciándose o bien falta de información esencial o bien denegación de asistencia (al no solicitar atención médica ante la sintomatología descrita), o bien son datos que constan en otra documentación y que no se ha considerado oportuno aportar al expediente.*

#### *Conclusiones*

*Enferma crónica, pluripatológica, sin aparente control terapéutico previo a su ingreso. Presentó descompensación multifactorial, de origen orgánico o relacionada con tratamiento farmacológico agudo o crónico. Sin determinación del motivo desencadenante. La causa última del fallecimiento permanece desconocida, ya que no se aporta resultado de necropsia, pero no se demuestra relacionado con déficit de atención sanitaria”.*

**OCTAVO.-** Acordado el 30 de septiembre un trámite de audiencia y vista del expediente, no consta la comparecencia de los interesados ni la presentación de alegaciones.

**NOVENO.-** El 30 de noviembre de 2010 se formula propuesta desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que no existe relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y el daño por el que se reclama, al no haberse acreditado mala praxis en la atención sanitaria dispensada a la paciente, conforme con lo expresado en los informes médicos emitidos en el procedimiento.

**DÉCIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas (RRP).

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

I. Según se desprende del escrito de reclamación, ésta se formula por el x en representación de x; dicha representación puede considerarse conferida en forma tácita o implícita para este procedimiento administrativo, teniendo en cuenta la acreditada representación existente en sede jurisdiccional a la vista de lo reseñado en el Antecedente Quinto y de la doctrina antiformalista contenida en sentencias como la STS de 2 de junio de 1981. Se reclama por los daños morales derivados del fallecimiento de la madre del representado, x. Pero del referido escrito se desprende que se reclaman daños morales también en favor del marido y una hija de la fallecida (padre y hermana de aquél, respectivamente), fundado en dicha relación de parentesco con la fallecida. Sin embargo, ante el requerimiento efectuado por la instrucción al x para que acreditase la representación de dichos familiares, éste, en el escrito de contestación reseñado en el Antecedente Tercero, invoca la condición de su representado, el x, como heredero (legal) de la finada, para justificar la reclamación de éste en beneficio de los herederos de aquélla (herederos en los que incluye al marido y la hija citados, según ha de deducirse), a reserva de la adecuada acreditación de dicha condición hereditaria mediante la correspondiente Acta notarial, una vez se estimase la reclamación.

A partir de lo anterior, y considerando que no se ha aportado ratificación de la reclamación por parte de los citados familiares ni poder alguno conferido por éstos, procede analizar si, como alega el compareciente, su representado x puede reclamar en nombre y beneficio de la comunidad hereditaria causada por la fallecida (en la que estarían integrados, en principio, su padre y hermana citados), a fin de que se reconozca a dicha comunidad las cantidades que en la reclamación se indican como procedentes para dichos familiares, sin perjuicio de su posterior adjudicación a los mismos una vez se extendiera la correspondiente declaración de herederos. A este respecto debe decirse que, tratándose de la reclamación de daños morales por el fallecimiento de una persona, lo

relevante no es la condición de heredero de la misma, sino su parentesco, pues el daño moral sólo puede reclamarse legalmente por la condición de familiar directo de éste, no como heredero de los derechos del fallecido (es decir, por una pretendida subrogación "*mortis causa*" en la titularidad de éstos); como indicamos en el Dictamen nº 2/2010, siguiendo reiterada jurisprudencia y doctrina consultiva, en estos casos la comunidad hereditaria no tiene legitimación para reclamar, ni puede reconocérsele indemnización en su favor, dada la naturaleza personalísima de los daños morales derivados del fallecimiento del causante. De ello se sigue que, aun aceptándose la legitimación de un heredero legal para reclamar en nombre y a favor de su comunidad hereditaria, es esta última la que carece de legitimación activa en casos como el presente, por lo que no cabría reconocer indemnización a favor de la misma por las cantidades correspondientes a los distintos herederos (según su parentesco con la fallecida) y a reserva de la posterior adjudicación de aquélla, como se pretende.

Por tanto, al no poder estimarse las referidas alegaciones y no haberse subsanado la falta de representación a pesar de haberse requerido al compareciente a este respecto (Antecedente Segundo), la resolución final deberá declarar que la reclamación indemnizatoria formulada en nombre de los referidos familiares de la fallecida se tiene por no realizada, pues tal es el efecto jurídico específicamente previsto para estos casos por el artículo 32.4 LPAC, interpretado "*a sensu contrario*". No parece procedente la declaración de desistimiento presunto ex artículo 71 LPAC, al haberse presentado alegaciones en oposición a la misma.

Además, y para el caso de que se considerase que la reclamación se efectúa en nombre y a favor de la comunidad de los herederos, en general (es decir, de la comunidad hereditaria) de la fallecida, la resolución final deberá contener un pronunciamiento desestimatorio de tal concreta reclamación, por carecer dicha comunidad de la necesaria legitimación activa, por no ser, como tal, la que sufre los daños morales derivados del fallecimiento de la causante. Quedaría así únicamente la reclamación del x, hijo de la fallecida, debidamente representado, como pretensión jurídicamente apta para determinar el examen de las cuestiones de fondo que se plantean en el procedimiento.

Por último, debe señalarse que la Administración regional está legitimada pasivamente para resolver el procedimiento, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos sanitarios de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.**  
**Consideraciones generales.**

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación de éste ha de regirse por la denominada *“lex artis ad hoc”*, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *“lex artis”* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *“lex artis”*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

En este sentido, sólo si se produce una infracción de la *“lex artis”* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían

ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la “*lex artis*”, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Inexistencia.**

De las alegaciones presentadas se desprende que el fallecimiento de la paciente, por el que se reclama indemnización, se imputa a una alegada defectuosa atención sanitaria dispensada a aquélla por el Servicio de Urgencias del hospital “*Virgen de La Arrixaca*” con motivo de su atención los días 18 y 24 de septiembre de 2006, por causa de una fractura-luxación en su tobillo izquierdo. En concreto, se afirma que la causa de que su estado de salud se deteriorase posteriormente a esas fechas, hasta el punto de requerir su nuevo ingreso en dicho Servicio de Urgencias el 18 de octubre de 2006, desembocando en el fallecimiento el 23 siguiente, se debió a la inadecuada prescripción farmacológica realizada en el tratamiento de la referida fractura, alegando que la

paciente sólo tenía un riñón y problemas de insuficiencia renal, circunstancias que no se tuvieron en cuenta en las fechas de las asistencias por la referida fractura-luxación.

Sin embargo, tales alegaciones carecen manifiestamente de fundamento por varios motivos.

En primer lugar, por el hecho de que no se aporta informe médico alguno que avale las afirmaciones de mala praxis que se realizan. Conforme con lo expuesto en la Consideración precedente, ello ya sería motivo para desestimar sin más la reclamación.

Además, de los Antecedentes los informes médicos emitidos consideran que, independientemente de que se tuviera o no que haber conocido los antecedentes de insuficiencia renal de la paciente (aun teniendo ésta los dos riñones y no uno, como se alega), el tratamiento farmacológico prescrito por el Servicio de Urgencias por causa de la fractura-luxación de referencia (un antiinflamatorio, un anticoagulante y un protector gástrico) se limitó a una semana, en concreto, del 18 de septiembre de 2006, en que la paciente acudió por primera vez a dicho Servicio, y hasta al 24 siguiente, en que se la citó allí nuevamente, en cuya consulta ya no se le prescribe medicación alguna, ante la evolución satisfactoria de la fractura-luxación, sin constar ninguna otra complicación, remitiéndola entonces simplemente a revisión por su Traumatólogo de zona en 10-12 días, como así procedió la paciente y su médico de la GAPM el 4 de octubre siguiente, sin constar en tal fecha tampoco ninguna complicación, circunstancias todas ellas que se desprenden de los mismos documentos médicos aportados con la reclamación. A partir de ello, los informes antes reseñados coinciden en señalar que la medicación prescrita por el Servicio de Urgencias el citado 18 de septiembre de 2006 no pudo ser la causante de los problemas de salud de la paciente que desembocaron en su nuevo ingreso en dicho Servicio el 18 de octubre siguiente y el posterior fallecimiento., lo que también determinaría la desestimación de la reclamación.

Además, y aun no siendo ya imprescindible a los efectos de resolver la reclamación, dichos informes apuntan a que el deterioro de la salud que motivó este ingreso y el fatal desenlace de la x, fueron motivados probablemente por una patología isquémica a nivel mesentérico (informe de la aseguradora del SMS), o por causas concretas desconocidas (informe de la Inspección Médica), pero coincidiendo ambos informes en que en los trastornos advertidos en la paciente (en todo caso, aparecidos después del citado 4 de octubre de 2006) pudo influir la incontrolada medicación (sin consulta facultativa alguna, y con escaso control previo de sus patologías de base, trastornos mentales y neuropatía diabética) que, en las fechas previas a dicho último ingreso, le fue administrada por sus familiares para afrontar los trastornos físicos y mentales que entonces advirtieron.

En consecuencia, no habiéndose acreditado la existencia de infracción a la “*lex artis ad hoc*” en la asistencia sanitaria pública dispensada a la paciente, no concurre la adecuada relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que se reclama, que es jurídicamente necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por lo que la reclamación debe desestimarse.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- En la resolución que ponga fin al presente procedimiento, procede declarar que la reclamación indemnizatoria formulada en nombre de x, y debe tenerse por no realizada, por falta de representación, debiendo desestimar la reclamación realizada en beneficio de los herederos de la fallecida, en general, por carecer la correspondiente comunidad hereditaria de la necesaria legitimación activa, al no ser, como tal comunidad, la que hubiera sufrido los daños morales derivados del fallecimiento de la causante, todo ello por las razones expresadas en la Consideración Segunda, II del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- Sin perjuicio de lo anterior, en todo caso no concurre la necesaria relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización, que es jurídicamente necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen. En este sentido, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente, procediendo no obstante su modificación para acoger lo indicado en la Conclusión Primera.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 163-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 22/07/2011

**Extracto de doctrina**

En cuanto a la titularidad del deber de conservación del camino, no se ha acreditado en el presente procedimiento que la Administración regional la ostente respecto al elemento causante del daño.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 17 de noviembre de 2004, se presenta en el registro de entrada de la Delegación del Gobierno en Murcia una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la compañía aseguradora --, por los daños ocasionados al vehículo de su cliente x. Se acompaña informe de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, Destacamento de Cieza (número de Diligencias 191/2003), en el que se describe que el accidente ocurrió el 30 de diciembre de 2003, a las 14 horas, en el kilómetro 5,2, del municipio de Ricote, según el siguiente relato: *“el accidente se produce cuando el vehículo accede de un camino vecinal a la carretera B-15, pensando que tiene preferencia, pero tiene la señal de stop caída en el suelo”*.

Reclama la cantidad de 1.572,63 euros, acompañando la factura de la reparación.

Con posterioridad se remite un nuevo escrito (fechado el 29 de noviembre en la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes), en el que corrigen los errores materiales del escrito anterior.

**SEGUNDO.-** El Secretario General de la Delegación de Gobierno en Murcia remite al Director General de Carreteras de la Administración Regional (registrado de entrada el 30 de noviembre de 2004) la reclamación presentada, al considerar que la vía donde se produjo el accidente pudiera ser de su competencia.

**TERCERO.-** Con fecha 8 de febrero de 2005 (notificado el 2 de marzo siguiente), la instructora se dirige a la mercantil aseguradora para que acredite la representación, entre otros

aspectos, señalando que de no atenderse el requerimiento se le tendría por desistido en su petición.

**CUARTO.-** El 12 de mayo de 2005 se dicta resolución declarando el desistimiento, y disponiendo el archivo del procedimiento, al no haber cumplido en plazo el requerimiento señalado. Sin embargo, la citada resolución fue notificada a la mercantil reclamante el 15 de marzo de 2006 (casi un año después), según el acuse de recibo.

**QUINTO.-** Dentro de plazo (el 12 de abril de 2006) se interpone recurso potestativo de reposición por x, en representación de x, según escritura de poder que acompaña, frente a la resolución de archivo precitada, en el que expone que la colisión de los dos vehículos implicados se produjo al encontrarse en el suelo la señal de stop que regulaba la intersección, correspondiendo al titular de la vía el mantenimiento en las mejores condiciones de seguridad para la circulación y la conservación de las adecuadas señales. Además, se acompaña la siguiente documentación (folios 57 a 94):

- Copia de la declaración de parte amistoso del accidente, firmada por ambos conductores, donde se señala que no hay señal de stop en el cruce.

- Atestado de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, Destacamento de Cieza, en el que se recoge que la señal de stop se encontraba en el suelo.

- Permiso de circulación, documentación del vehículo y seguro, además de la carta verde.

- Informe pericial de daños.

Finalmente, expone que a consecuencia del accidente el titular del vehículo contrario (x) reclamó a la aseguradora del vehículo propiedad del reclamante la cantidad de 1.492,61 euros por los daños ocasionados en la colisión (Juicio Verbal de Tráfico núm. 805/2004), que fue desestimada por Sentencia de 25 de octubre de 2005 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Uno de Cieza, según se acompaña (folios 57 a 61).

Mediante posterior escrito registrado el 20 de octubre de 2006, la parte reclamante expresa que se encuentra aún sin resolver el recurso de reposición interpuesto, ampliando la documentación remitida con la aportación de un informe pericial de valoración de los daños del vehículo y factura de reparación con traducción jurada de un intérprete de neerlandés.

Con posterioridad, mediante escritos registrados el 16 de enero y 15 de marzo de 2007, se reitera por la representante la obligación de resolución expresa del recurso interpuesto.

**SEXTO.-** El 22 de mayo de 2007 se dicta Orden resolutoria por el Secretario General de la Consejería (por delegación de su titular) estimando el recurso de reposición interpuesto, en el sentido de continuar con el procedimiento incoado, debido al interés manifestado por el interesado con la presentación de documentos y por razones de justicia material.

**SÉPTIMO.-** Requerido el reclamante para que justifique y complete la documentación, la representante presenta escrito registrado el 18 de junio de 2007, en el que expresa que *“no se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas y que tan sólo se ha seguido el Juicio Verbal núm. 805/04 de cuya sentencia se dió traslado”*. Posteriormente se presentaría un nuevo escrito para completar la documentación, registrado de entrada el 24 de julio de 2007, y otro solicitando también el impulso al procedimiento (registro de entrada de 29 de febrero de 2008).

**OCTAVO.-** El 4 de marzo de 2008 emite informe el Jefe de Sección de Conservación III de la Dirección General de Carreteras, del que se infiere:

1. Que el mantenimiento de la señal podría corresponder al Ayuntamiento de Ricote (camino vecinal de acceso a la carretera B-15, de Ricote a Blanca), conforme a la autorización otorgada en su día por la Comunidad Autónoma para el acceso del citado camino a la carretera regional, cuya documentación no se conserva. Tampoco se dispone de información sobre el tiempo que la señal estuvo caída en el suelo.

2. Que en el momento de la emisión de informe la señal se encuentra repuesta.

3. En cuando a la forma de producción del accidente, destaca los siguientes aspectos: si no existía señal colocada, no facilitaba información al usuario de la vía, no respetando el perjudicado los criterios para acceder a otra vía procedente del camino; también que debía controlar las distancias de los vehículos que circulaban antes de entrar, pudiendo confundirse al tomar como continuación de la vía de la que procedía, dado que el acceso a la B-15 se encuentra situado en un punto con trazado en curva.

**NOVENO.-** Por escrito de 31 de julio de 2008 (notificado el 10 de octubre) se otorgó un trámite de audiencia al interesado, presentando escrito de alegaciones el 3 de diciembre siguiente, en el sentido de señalar que la causa del accidente fue la caída al suelo de la señal de stop, cuya

conservación corresponde a la Administración regional, interesando la pronta resolución del expediente.

**DÉCIMO.-** El 2 de diciembre de 2009 se emite un informe por el Parque de Maquinaria sobre la valoración del daño, que considera correcto; seguidamente, el 4 de diciembre, se otorga un nuevo trámite de audiencia a la parte reclamante, presentando alegaciones el 22 siguiente, y un nuevo escrito el 2 de febrero de 2010, acompañando documentación obrante en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Uno de Cieza (folios 209 a 242).

**UNDÉCIMO.-** La propuesta de resolución, de 13 de enero de 2011, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, considerando responsable a la Administración regional por culpa *in vigilando*.

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 24 de enero de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

#### **SEGUNDA.- Necesidad de completar la instrucción.**

##### 1. Legitimación y procedimiento.

La legitimación activa reside, cuando de daños materiales en las cosas se trata, en quien ostenta su propiedad, dado que éste será quien sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), que reconoce el derecho a la indemnización a cualquier persona que hubiese sufrido el daño.

En el supuesto sometido a consulta, el reclamante acredita la condición de interesado, sin que, correlativamente, la aseguradora, que inicialmente comparece en su nombre, haya acreditado la representación, ni la legitimación para deducir la pretensión indemnizatoria objeto de Dictamen, en cuanto subrogada en los derechos del titular del vehículo por el que se reclama indemnización, por haber abonado a éste el importe de los daños reclamados, en virtud del contrato de seguro.

Sin embargo, en cuanto a la titularidad del deber de conservación del camino, no se ha acreditado en el presente procedimiento que la Administración regional la ostente respecto al elemento causante del daño según el reclamante, la concreta señal de stop caída en el suelo, en atención a las siguientes razones:

- Conforme al atestado instruido por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, el reclamante conducía el vehículo Chevrolet (matrícula --) por un camino vecinal de acceso a la carretera regional B-15, pensando que tenía preferencia por cuanto la señal se encontraba caída en el suelo. Luego la señal de stop se encontraba ubicada en dicho camino vecinal, indicando la Sección de Conservación III de la Dirección General de Carreteras que dicho acceso se autorizó en su día al Ayuntamiento de Ricote, estableciendo las condiciones para la conservación, cuya documentación no se conserva en el centro directivo competente. Por ello, debería haberse considerado por el órgano instructor al Ayuntamiento de Ricote como parte interesada, cuya personación en el procedimiento permitiría despejar la esencial duda sobre el ente responsable de la conservación, con independencia de la responsabilidad que pudiera corresponder, en su caso, a la Administración regional, en cuanto al deber de vigilancia de las carreteras de titularidad regional.

- La determinación de la condición de interesado del Ayuntamiento de Ricote, recabando toda la información sobre el deber de conservación del citado camino vecinal, mediante el otorgamiento de un trámite de audiencia, permitiría a la Administración regional poder repetir, si procediere, la indemnización correspondiente, en el caso de que finalmente se estimara la presente reclamación.

- No resulta convincente el argumento esgrimido en la propuesta, de que “ante la falta de datos que indiquen la responsabilidad municipal se atribuye ésta a la Administración regional”, en tanto compete al órgano instructor realizar de oficio todos aquellos actos de instrucción para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución (artículo 78.1 LPAC).

Como ya se indicó en nuestro Dictamen 26/1999, emitido a petición de la misma Consejería, cuando se advierta la posible responsabilidad de otra Administración en los hechos objeto del

procedimiento debe considerarse a ésta como interesada, pues, en la medida en que pueda ser objeto de una acción de regreso o, incluso, de una directa imputación de corresponsabilidad, ha de entenderse que la resolución podría afectar, mediata o inmediatamente, a sus intereses.

En consecuencia, debe otorgarse un trámite de audiencia al Ayuntamiento de Ricote, poniendo en su conocimiento la tramitación del presente expediente de responsabilidad patrimonial para que pueda formular alegaciones, preguntando expresamente en el oficio a quién corresponde la conservación de la señal en el camino vecinal (se dice en el expediente que posteriormente fue repuesta), así como si fue colocada en aquel momento.

## 2. Otros aspectos de la instrucción que requieren ser completados.

Entre la documentación remitida por la parte reclamante, figura la Sentencia de 25 de octubre de 2005 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Uno de Cieza (Juicio Verbal de Tráfico núm. 805/2004), que desestima la acción de responsabilidad extracontractual derivada del uso y circulación de vehículos a motor ejercitada por el otro afectado (x, basándose en que el reclamante no respetó una señal de stop que le obligaba a detenerse) frente a la aseguradora del reclamante (--).

Pues bien, entre sus razonamientos, en lo que se refiere a la responsabilidad de la demandada en aquel pleito (compañía aseguradora del vehículo del reclamante) se traen a colación las previsiones del artículo 21 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, sobre la preferencia de paso en intersecciones en defecto de señal que regule tal preferencia, señalando que el conductor está obligado a cederlo a los vehículos que se aproximen por su derecha, salvo excepciones que no concurrían en el caso.

Prosigue dicha Sentencia: *“es cierto que regía el principio de la preferencia de paso por la derecha, y que en el presente dicha preferencia correspondía al vehículo asegurado por la demandada, correspondiendo a la actora la carga de la prueba de que su representado conducía a la altura de la intersección con el conocimiento y previsibilidad de la existencia de una señal de stop que daba preferencia en su sentido de la marcha, frente al vehículo de la demandada que accedía por su derecha, circunstancia ésta que no ha resultado probada al no haber propuesto como prueba la confesión del actor y/o la prueba de que el conductor de la aseguradora demandada tenía conocimiento de que existía una señal de Stop que limitaba la preferencia de paso (...).”*

En relación con el referido fallo, no constan datos sobre si fue objeto de recurso de apelación por el accionante ante la Audiencia Provincial y, en tal caso, los términos de la sentencia recaída.

También convendría que fueran aclaradas por el reclamante las imputaciones que formula al funcionamiento del servicio público para considerarlo responsable del daño concreto alegado (daños materiales en el vehículo), teniendo en cuenta, de acuerdo con la descripción somera del Atestado, que el interesado no debió de percatarse de la existencia de una señal en el suelo (en caso contrario, se habría detenido), y que, en ausencia de señalización, tenía prioridad sobre el vehículo frente al que colisionó, según reconoce la Sentencia precitada, sin que especifique en los escritos de reclamación o alegaciones las razones de considerar como responsable del daño al titular del servicio, y no al del vehículo contrario que no respetó la preferencia en ausencia de señalización, frente al que podía haber ejercitado las acciones pertinentes, conforme a los artículos 1 y 7.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

En suma, resulta necesario completar la instrucción con la mayor urgencia y brevedad posible, impulsándola de oficio para evitar mayores demoras que las ya advertidas y que sobrepasan en exceso los tiempos razonables, con las siguientes actuaciones:

1. Debe otorgarse un trámite de audiencia al Ayuntamiento de Ricote para que formule alegaciones en el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, preguntando en el mismo oficio si le corresponde la conservación de la señal de stop en el camino vecinal en la confluencia con la carretera regional B-15 (Ricote-Blanca), conforme a la autorización dada en su día por el centro directivo competente en materia de carreteras, así como si dicha Corporación ha repuesto en alguna ocasión este elemento de la señalización, tras su caída.
2. Debe requerirse a la parte reclamante para que aclare si la Sentencia de 25 de octubre de 2005 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Uno (Juicio Verbal de Tráfico núm. 805/2004) fue objeto de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y, en su caso, copia de la sentencia recaída. También, si de acuerdo con el referido fallo, la responsabilidad es atribuible al otro vehículo que no respetó la preferencia de paso (en ausencia de señalización), qué razones sustentan las imputaciones de responsabilidad al titular del servicio público.

Tras el cumplimiento de los trámites referidos, que habrán de tramitarse con la mayor celeridad, habrá de formularse nueva propuesta de resolución, que habrá de elevarse a este Consejo Jurídico para su pronunciamiento sobre las cuestiones de fondo suscitadas.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Procede que por el órgano instructor se complete la instrucción del procedimiento en los términos indicados en la Consideración Segunda de este Dictamen, con la mayor celeridad y diligencia posible por las demoras ya advertidas, tras lo cual habrá de formular nueva propuesta de resolución y deberá remitirse de nuevo el expediente al Consejo Jurídico para emisión de Dictamen sobre el fondo.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 164-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 22/07/2011

**Extracto de doctrina**

Sobre los daños causados por la presencia incontrolada de animales en carreteras y autovías, el Consejo Jurídico ha manifestado en numerosas ocasiones (Dictámenes 40 y 121 de 2005; 8/2006; 68, 77,93 y 125 del 2007, etc.) que no pueden imputarse a la Administración regional.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 5 de diciembre de 2008 --, a través de su representante, interpuso ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transporte una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, solicitando una indemnización de 1.597,37 euros, en concepto de resarcimiento por daños sufridos por el vehículo marca Renault Megane, matrícula --, cuando, según expresa en su escrito, dicho vehículo circulaba el 5 de diciembre de 2007 por la carretera MU 312 (vía rápida de El Algar a Cabo de Palos, en el p.k. 8,6 e impactó con un perro, por lo que se ocasionaron desperfectos. El informe estadístico de la Guardia Civil que aporta señala que el animal no llevaba collar y carecía de chip de identificación. Aporta también el finiquito de indemnización suscrito por la asegurada, --. Requerida para la mejora y subsanación de la solicitud, aportó documentación complementaria mediante escrito de 11 de febrero de 2009

**SEGUNDO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, fue remitido al órgano instructor el día 16 de febrero de 2009, señalando que no se tiene constancia de la existencia del accidente, ni se ha tenido comunicación ni actuación alguna relacionada con la irrupción de animales en la calzada, que puede producirse por cualquier punto, al no estar las fincas valladas. Señalado día para la práctica de prueba testifical propuesta por la interesada, el Acta suscrita por la Jefe de Sección hace constar la incomparecencia del testigo propuesto (28 de septiembre de 2009).

**TERCERO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante, no consta que realizara alegaciones. La propuesta de resolución (7 de junio de 2011), concluye en la desestimación de lo reclamado ya que, según se dice, no hay nexo causal entre la actuación u omisión administrativa y

las consecuencias dañosas, ya que en las carreteras convencionales no está legalmente previsto el vallado y que, de existir éste, tampoco significaría ello la existencia de nexo de causalidad, al ser posible el acceso de los animales por otros lugares o traspasando el vallado, bien por el acto de un tercero o por sus cualidades naturales.

**CUARTO.-** Tras ello, confeccionados el extracto de secretaría y la copia del expediente, fue éste remitido al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada el día 4 de julio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

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

1) La reclamante acredita la subrogación en los derechos del titular del vehículo siniestrado, gozando por tanto de la condición de interesado a efectos de ejercer la presente acción que, a tenor de la fecha del accidente (5 de diciembre de 2008), ha sido ejercitada dentro del plazo de un año (artículo 4.2 del RD 429/1993, de 29 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración (RRP)).

2) Si bien se ha procurado respetar las previsiones del RRP y se ha conseguido tal objetivo en términos generales, es necesario destacar que, cuando se requiere a la interesada para la subsanación y mejora de la solicitud con la advertencia de archivo de la instancia, no se distingue qué omisiones son las que producen ese efecto y cuáles no, siendo ello exigible a la Administración para que el ciudadano conozca las consecuencias de sus actos. Igual que en otros ocasiones, llama la atención la desmesurada dilación del procedimiento, a la vista de la escasa entidad de las cuestiones fácticas y jurídicas suscitadas.

#### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto en relación con el servicio público viario.**

Sobre los daños causados por la presencia incontrolada de animales en carreteras y autovías, el Consejo Jurídico ha manifestado en numerosas ocasiones (Dictámenes 40 y 121 de

2005; 8/2006; 68, 77,93 y 125 del 2007, etc.) que no pueden imputarse a la Administración regional, y que comparte el criterio del Consejo de Estado, expresado, entre otros, en el dictamen de 30 de octubre de 2003 (expediente 3.184/2003) cuya doctrina es aplicable al asunto aquí consultado:

*"En el caso examinado, no cabe duda de que la lesión se ha producido a consecuencia de la utilización por el reclamante de un servicio público. La Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada. Excede, sin embargo, ese límite un caso como el sometido a consulta. Y es que el Consejo de Estado ha señalado ya en numerosas ocasiones que la presencia incontrolada de animales en las carreteras no genera la obligación de indemnizar, habida cuenta que no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, si se tiene presente que su acceso a las vías públicas puede resultar inevitable. Tal doctrina, generalmente aplicada con relación a colisiones con animales ocurridas en autopistas, resulta con mayor motivo de aplicación al caso de que ahora se trata, en que no tratándose de autopista, sino de autovía, no es obligada la privación, sino la mera limitación, de accesos a las propiedades colindantes".*

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Procede desestimar la reclamación objeto de consulta, al no ser el daño imputable a la Administración regional.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 165-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	22/07/2011

**Extracto de doctrina**

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con daños producidos en el desarrollo de clases de educación física, propugnando la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone este tipo de actividades.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha de registro de entrada de 25 de noviembre de 2010, x presenta, en impreso normalizado, reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por su hija x el día 11 de noviembre de 2010, en el Instituto de Enseñanza Secundaria (IES) Rector Don Francisco Sabater García de Cabezo de Torres (Murcia).

Al escrito de reclamación acompaña la siguiente documentación:

- Fotocopia compulsada del Libro de Familia.
- Factura de un fisioterapeuta por importe de 50 euros.

Según el reclamante su hija sufrió una torcedura de tobillo al realizar un ejercicio brusco en clase de Educación Física, del que fue atendida en el Centro de Salud de Cabezo de Torres donde le diagnosticaron un esguince, necesitando posteriormente dos sesiones de fisioterapia.

**SEGUNDO.-** El Director del IES envía informe de accidente escolar al que une un informe de la profesora de Educación Física del siguiente tenor literal:

*“El pasado día 11 de noviembre de 2010, durante el transcurso de la clase de educación física, a las 8:30 horas, la alumna x sufrió una torcedura de tobillo realizando un ejercicio, cayó al*

*suelo colocando el pie en mala posición. Al finalizar la clase tenía molestias y le di spray réflex para calmarle el dolor y le aconsejé que fuera a su médico de familia. El día 12 su hermana me comunicó que x no asistía a clase porque estaba en el médico”.*

**TERCERO.-** Con fecha 3 de diciembre de 2010, el Secretario General de la Consejería competente resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructor del expediente.

Seguidamente el instructor recaba informe de la Dirección del Centro sobre los siguientes extremos:

1. Relato detallado de los hechos.

2. Explicación sobre si la actividad realizada por la niña estaba incluida en la programación de clase de Educación Física o, si por el contrario, se realiza esporádicamente.

3. Aclaración sobre si la alumna siguió en todo momento las indicaciones dadas por la profesora.

4. Aclaración sobre si el suelo sobre el que cayó la alumna presentaba alguna anomalía o deficiencia.

El requerimiento es cumplimentado por el Director que remite informe complementario de la profesora de Educación Física, en el que la docente indica lo siguiente:

*“El pasado día 11 de noviembre de 2010, la alumna x, del grupo 1ºD ESO, estaba en clase de 8:15 a 9:10 siguiendo mis indicaciones. Estaba realizando una actividad programada dentro de la clase de educación física que consistía en pasar por encima de un banco sueco andando y corriendo, para trabajar la coordinación y el equilibrio. El banco se encontraba en buenas condiciones y el suelo del gimnasio también, no existía ninguna anomalía o deficiencia. Durante el transcurso de este ejercicio apoyó mal el pie. Pasados unos minutos, la niña manifestó que tenía malestar en el tobillo y le puse spray réflex para calmarle el dolor temporalmente y le aconsejé que fuera a su médico de familia”.*

**CUARTO.-** Con fecha 24 de enero de 2011 se dirigió oficio al interesado comunicándole la apertura de trámite de audiencia al objeto de que pudiera examinar el expediente, formular

alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes, sin que haya hecho uso de este derecho.

**QUINTO.-** El 4 de marzo de 2011 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Dicha propuesta fue remitida a este Consejo Jurídico, en unión del expediente tramitado y su extracto e índice reglamentarios, en solicitud de su preceptivo Dictamen.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

#### **SEGUNDA.- Procedimiento, plazo y legitimación.**

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales.

La reclamación fue presentada dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), establece para la prescripción del derecho a reclamar.

En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe señalar que la reclamación fue formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal de la menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo competente la Consejería consultante para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación, en el que se integra el centro docente donde ocurrió el accidente.

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

De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse la conformidad de este Órgano Consultivo con la propuesta de resolución que las concluye. Tal como razona, no se advierte que concurren en los hechos examinados todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada a causa de los mismos.

En efecto, según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente, por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”, habiendo precisado que ni siquiera

generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996).

En realidad el reclamante fundamenta su pretensión en la circunstancia de que el hecho lesivo se produjo con ocasión de la realización de una actividad docente de educación física que, a su juicio, era “brusca”. Sin embargo, no existe en el expediente elemento alguno que permita establecer el pretendido nexo causal con el funcionamiento del servicio público. En primer lugar, nada indica que el grado de diligencia que correspondía al personal docente del centro exigiera mayores medidas de precaución tendentes a evitar el daño, produciéndose éste fortuitamente (durante el transcurso de la actividad la niña apoyó mal el pie y se lo torció) en el desarrollo de una actividad física que no puede considerarse inadecuada para la edad de los alumnos participantes, que se imparte dentro de la programación de la asignatura, dedicada al desarrollo de la coordinación y el equilibrio en primer curso de la ESO. En segundo lugar, no consta que el accidente se produjera por deficiencias en las instalaciones o material deportivo empleado, ni como consecuencia de instrucciones erróneas de la profesora, o de la falta de adopción de medidas de seguridad inherentes a la impartición ordinaria de una clase de educación física, ni tampoco que el ejercicio se apartase de las reglas ordinarias de su práctica.

En este orden de cosas, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con daños producidos en el desarrollo de clases de educación física, propugnando la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone este tipo de actividades, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado o por mal estado de las instalaciones (Dictamen 3760/2000), tesis mantenida también por el Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes y en la Memoria correspondiente al año 2003, de la que sintetizamos el siguiente párrafo:

*“Los daños físicos constituyen un riesgo inherente a la práctica deportiva debiendo ser soportados por quienes los sufren, siempre que la actividad no se aparte de las reglas ordinarias de su práctica, o se tratara de ejercicios inapropiados a la edad de los alumnos, o concurren circunstancias determinantes de riesgo, peligro, o mal estado de las instalaciones que hubieran podido causar efectivamente lesiones derivadas de la práctica de ejercicio, y siempre que el profesorado adopte las medidas de precaución habituales, ajustadas a la pauta de diligencia exigible a un padre de familia”.*

En el supuesto sometido a consulta, el riesgo que finalmente se materializó cabe considerarlo inherente a la práctica deportiva escolar y, en consecuencia, aun cuando dentro de la prestación del servicio educativo, se encuadraría dentro de los riesgos normales o generales de la

vida escolar, que no resultan imputables (por su propia naturaleza) a la actuación de la Administración educativa.

Así pues, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al alumno y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño existe y se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo, impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por la alumno y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 166-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x y otra, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 28/07/2011

**Extracto de doctrina**

Los reclamantes imputan a la Administración un funcionamiento anómalo, al considerar que el síndrome sufrido por el menor en ningún momento fue detectado, privándoles del derecho a la interrupción del embarazo. Por lo tanto, no sostienen que las lesiones del menor sean debidas a la praxis médica, ni que los facultativos de la sanidad pública las hubieran podido evitar, sino que contraen la reclamación a la omisión de información sobre la existencia de dicho síndrome, que les privó del derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo. Es decir, se alega un daño moral, concretado en el poder de la persona de autodeterminarse.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de octubre de 2006, x, y, en nombre propio y en representación de su hijo menor de edad x, presentan escrito ante el Servicio Murciano de Salud (SMS) en el que exponen:

1º) Que el día 8 de marzo de 2005 la x, nacida el 17 de marzo de 1969, acudió a su Centro de Salud como consecuencia de su tercer embarazo. Llevó a cabo otras visitas los días 19 de julio, 21 de septiembre y 6 y 13 de octubre del mismo año, sin que en ninguna de ellas se le advirtiera ni por la comadrona ni por el ginecólogo, anomalía alguna en su embarazo. Manifiesta que se le realizaron exploraciones ecográficas en las semanas 13, 20 y 34 de gestación, sin que tampoco en estas ocasiones se le indicase la existencia de irregularidades en su embarazo.

2º) Que el día 14 de octubre de 2005 se produjo el nacimiento de x que presentó fenotipo Síndrome de Down, así como de un defecto septal AV completo e hipertensión pulmonar neonatal. Como consecuencia de dicha patología fue intervenido quirúrgicamente y continúa en tratamiento en el Servicio de Cardiología Pediátrica del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA).

3º) Con fecha 2 de agosto de 2006 el Equipo de Valoración y Diagnóstico del Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia (hoy, Instituto Murciano de Acción Social), valoró al menor reconociéndole un grado de minusvalía del 47%.

Afirman los reclamantes que en ningún momento del embarazo se informó a la gestante sobre el riesgo de que el niño naciese con las graves deficiencias que lo hizo; de hecho en ninguna de las pruebas diagnósticas realizadas consta que se haya informado a los padres de las anomalías que presentaba el feto.

Entienden que existe un mal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios que, pese a realizar las actividades exploratorias que deberían haber sido adecuadas para la detección de los padecimientos que sufre el niño no fueron capaces de detectarlos o si lo hicieron no informaron a los padres de ello, con el fin de que hubiesen podido optar por interrumpir el embarazo, ya que consideran que las dos primeras ecografías y el análisis de sangre materna para la determinación de alfa-feto proteína y gonadotropina coriónica humana, que constituyen pruebas perfectamente válidas para detectar el Síndrome de Down y los defectos cardíacos, se llevaron a cabo antes de la semana 22 de embarazo y, por tanto, en plazo legal para poder abortar.

En síntesis los reclamantes entienden que se ha producido una serie de negligencias médicas que han desembocado el daño antes descrito. Así:

1. Los diversos ecógrafos que han intervenido durante el embarazo no acertaron a detectar las malformaciones (Síndrome de Down y defectos cardíacos).

2. Los análisis tampoco acertaron a detectar el Síndrome de Down con la prueba conocida como triple screening.

3. No le fue ofrecida a la madre la posibilidad de realizar la amniocentesis.

4. Las dos monitorizaciones no detectaron las malformaciones cardíacas que han puesto en serio peligro la vida del niño y que han motivado que tuviera que ser intervenido con tres meses de edad.

5. La madre tenía un riesgo importante de tener un hijo con malformaciones debido a su edad (36 años), sin que esta circunstancia le fuese advertida por los profesionales sanitarios que la atendieron.

Esta falta de detección de las deficiencias en el diagnóstico prenatal, que puede considerarse una negligencia médica, privó a los padres de la posibilidad de optar por la interrupción del embarazo para evitar tener un hijo con los graves padecimientos que presenta y

también les privó de poderse preparar psicológicamente para la dura prueba a la que se han visto sometidos.

Finalizan su escrito solicitando una indemnización de 600.000 euros en concepto de daños morales, más una pensión vitalicia de 2.000 euros mensuales para sufragar los gastos extras que comporta el mantenimiento del menor, cantidad esta última que deberá actualizarse anualmente con el correspondiente IPC.

Acompañan diversa documentación correspondiente a la asistencia sanitaria recibida por la x y por su hijo, x.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, se notifica a los interesados, así como al HUVA y a la Gerencia de Atención Primaria, solicitando a estos últimos la historia clínica y los informes de los facultativos que atendieron a la paciente tanto en el citado Hospital como en los Centros de Salud de San Andrés y Vistalegre-La Flota.

**TERCERO.-** El 10 de enero de 2006 la Gerencia de Atención Primaria comunica la ausencia de datos sobre la x en el Centro de Salud de San Andrés, al tiempo que remite la historia clínica de la paciente correspondiente al Centro de Salud de Zarandona.

A su vez, el Director Gerente del HUVA remite, el 1 de marzo de 2007, la historia clínica de la paciente y los siguientes informes:

1. Del Dr. D. x, en el que se indica;

*“En relación a la reclamación de x, he de referir que mi participación en el control de su gestación ha sido la realización de la ecografía obstétrica del tercer trimestre de su embarazo (semana 34 cronológica) el 16-9-2005, con el resultado que se refleja en la copia del informe aportado por la misma (página 24).*

*Dicha ecografía solicitada por su tocólogo (Dra. x), se realizó con el propósito de valorar el crecimiento fetal, la estática fetal y los anejos ovulares (líquido amniótico y placenta); cuestión que se describe con total nitidez en el último renglón del informe que se facilita a toda paciente a la que se realiza dicha ecografía.*

*La biometría fetal y las características de la placenta y líquido amniótico estaban dentro de la normalidad, correspondiendo con su edad gestacional de 34 semanas cronológicas.*

*La ecografía del 3er trimestre (3ª ecografía de control gestacional, protocolizada según la SESGO), estima el crecimiento fetal, la cantidad de líquido amniótico, localización y características de la placenta y evalúa la estática fetal, y no la posibilidad de malformaciones cromosómicas, como el síndrome de Down, cuyo diagnóstico definitivo es genético y prenatalmente mediante la amniocentesis en la semana 15-16 gestacional”.*

2. De los Dres. x, y, del siguiente tenor:

*“A la paciente se le aplicó el protocolo de control ecográfico de la gestación, tal como expone nuestra sociedad científica.*

*La paciente aceptó la realización de una ecografía de nivel básico en cada una de las visitas, tal y como se puede comprobar en los 3 informes ecográficos, donde la paciente firma que conoce esta situación. El síndrome de Down no se puede diagnosticar mediante ecografía, puesto que el diagnóstico certero es solo posible mediante el estudio citogenético de células fetales mediante amniocentesis. La paciente se realizó un estudio bioquímico a modo de test de cribado de cromosopatías, tal y como se ofertaba en el año 2005, que informaba de un riesgo bajo de padecer una trisomía 21 (1 caso entre 711 embarazos). Lamentablemente, la estadística fue desfavorable para la paciente. El Programa de detección precoz de cromosopatías vigente en nuestra Región oferta una amniocentesis a pacientes mayores de 35 años, que no debió de aceptar ésta por el resultado de bajo riesgo del test bioquímico.*

*La medida de la Translucencia Nucal (TN) entre la semana 11-13<sup>+6</sup> no era un método estandarizado de estudio en dicho año, puesto que la implantación del cribado combinado del primer trimestre se ha introducido en nuestra Área de Salud en el año 2006, tras un estudio pormenorizado de la eficiencia del método. No obstante, hay un número no desdeñable de fetos con trisomía 21, sin la presencia de marcadores ecográficos de cromosopatías.*

*A pesar de todo ello, y de informar a las pacientes de que el nivel de ecografía que se le iba a practicar era básico (estudio de biometría y estática fetal), es costumbre entre todos los profesionales intentar realizar un estudio morfológico de la anatomía fetal en todos los casos. La eficacia de esta valoración depende de múltiples factores, como la estática fetal adecuada o no, la buena o mala visibilidad del feto en función de la transmisión sónica de la pared abdominal de la madre (la paciente tenía un elevado índice de Masa Corporal en el momento de la exploración), del tiempo de realización del estudio ecográfico (variable regulada por la agenda de la Consulta) y de las características técnicas de cada ecógrafo.*

*Cuando las condiciones de realización de la ecografía no son las adecuadas, a veces no es posible medir la Longitud Cráneo-Caudal, pero se puede sustituir por otras medidas más accesibles, como el Diámetro Biparietal (DBP) o la Longitud Femoral (LF).*

*La detección de cardiopatía congénita por ultrasonidos durante la gestación se encuentra limitada, por tanto, a estas variables anteriormente descritas, y la tasa de detección en nuestro medio (ni en ninguno) no es del 100%.*

*No es obligación de nuestra Unidad de Ecografía, ni la de ningún Hospital dar fotografías en papel térmico de la ecografía realizada. Las que se dieron a la paciente fueron únicamente como gesto de cortesía a la gestante. No obstante, de la valoración a posteriori de las fotografías que aporta la gestante se puede inferir la mala transmisión sónica de su pared abdominal, que disminuye ostensiblemente la tasa de detección de anomalías fetales”.*

**CUARTO.-** Mediante escrito de fecha 28 de septiembre de 2007, el letrado de los reclamantes remite, para su incorporación al expediente, informe pericial emitido por el Dr. x, Especialista de Obstetricia y Ginecología, en el que, entre otras consideraciones, señala las siguientes:

*“Que, teniendo x 36 años de edad en el momento de la gestación, no consta en ningún documento clínico de los proporcionados a este perito que se informara a la misma de que estaba incluida dentro de uno de los criterios de selección de gestantes con riesgo alto de que su feto fuera portador de una cromosomopatía y que la única forma de diagnosticarlo era determinando el cariotipo, tras la obtención de muestras celulares mediante biopsia corial o amniocentesis.*

*Por lo tanto, a x se le privó del derecho establecido a conocer los riesgos inherentes a su embarazo y, con ello, a tomar decisiones diagnósticas libres respecto a él.*

*Que, si bien a x se le realizó el cribado de marcadores bioquímicos del 2º trimestre cuando se encontraba en la semana 15 de gestación, también es cierto que este cribado es parte de la estrategia de diagnóstico prenatal de la población de embarazadas de bajo riesgo. Pero teniendo de entrada en sí el criterio de cribado de los 36 años de edad, se debió practicar el cribado de marcadores bioquímicos del 1er. trimestre, entre las semanas 10-14, cosa que no se hizo.*

*Que, dado que el porcentaje de diagnósticos de malformaciones fetales por ecografía variará en función del tipo de anomalía, de la semana de gestación, de la idoneidad del equipo*

utilizado y de la experiencia del que realiza la exploración, el Grupo Europeo de Estudio de la Asociación Europea de Medicina Perinatal distingue tres niveles de experiencia:

- El Nivel I correspondería al nivel básico de examen, en el que debe establecerse la semana de gestación, número de fetos, actividad cardíaca, localización placentaria, cantidad de líquido amniótico o presencia de malformaciones mayores evidentes o de masas pélvicas.

- El Nivel II permite identificar la patología más común (anatómica y funcional) en defectos congénitos, especialmente en las semanas 18-22 de gestación.

- El Nivel III exige la capacidad de estudio detallado y completo de anatomía, biometría y aspectos funcionales del feto utilizando tecnología doppler. Incluye el conocimiento especializado en diagnóstico prenatal y hemodinámica fetal (fluxometría doppler).

Que a x se le realizó una exploración ecográfica cuando se encontraba en las semanas 13+3 días, 20+5 días y 34+6 días de gestación, todas ellas de nivel básico (nivel I), solo destinado a la valoración de la estática fetal, biometría y anejos ovillares. Ninguna de ellas fue de nivel II.

Que el factor de alto riesgo de 36 años de edad que tenía x en el momento del embarazo requería, como mínimo, una valoración adicional ecográfica de Nivel II en los tres trimestres del mismo y ni siquiera se le practicó tal exploración en las semanas 18-22, cuando es recomendable hasta para la población gestante de bajo riesgo.

Que siendo la edad de 36 años, de un lado, un factor de riesgo para el embarazo en sí y, de otro, un criterio de selección para la realización de pruebas de diagnóstico prenatal no invasivas e invasivas, llama poderosamente la atención que a x no se le hiciera una valoración adicional de la gestación y no se le realizaran exploraciones complementarias específicas”.

Concluye estableciendo lo que denomina “relación causa-efecto”, con las siguientes indicaciones:

*I.- Que x tenía 36 años de edad en el momento del parto de su hijo x.*

*II.- Que la edad de 36 años es, por sí misma, un factor de riesgo para el embarazo y un criterio de selección para informar a la mujer de que la probabilidad de que su feto sea portador de una cromosopatía es alto. No consta en ningún documento de la historia clínica que así se hiciera con x.*

*III.- Tampoco consta en ningún documento que se le ofreciera a x la posibilidad de que le fuera practicada una prueba invasiva de diagnóstico prenatal para determinar el cariotipo de su hijo.*

*IV.- Así mismo, tampoco hay constancia de que se realizara a x un estudio ecográfico de nivel II, clasificación de la Asociación Europea de Medicina Perinatal, para el diagnóstico prenatal de malformaciones fetales y cromosomopatías, entre las semanas 18-22 de su gestación.*

*V.- Que x no fue informada en ningún momento de su embarazo, sobre todo antes de la 22 semana, de que su hijo era portador del síndrome de Down.*

*VI.- Que x nació por parto normal de su madre x, afecto del síndrome de Down.*

*VII.- Que este perito, independientemente de valoraciones morales, encuentra una relación causa-efecto entre las conductas obstétricas de omisión reseñadas y la ignorancia de x para decidir legalmente sobre el nacimiento o no de su hijo x”.*

**QUINTO.-** Consta acreditado en el expediente que por los interesados se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta de su reclamación, que ha dado lugar al Procedimiento Ordinario 162/2009, que se sigue ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en Murcia.

**SEXTO.-** La compañía aseguradora del SMS aporta dictamen médico colegiado elaborado el 20 de noviembre de 2009 por los doctores x, y z, todos ellos especialistas en Obstetricia y Ginecología, en el que, tras realizar las consideraciones médicas que estiman oportuno, concluyen del siguiente modo:

*“1. x es una paciente tercigesta que tras un embarazo controlado en el centro de salud de la Flota y en el Hospital Virgen de Arrixaca da a luz un varón con Síndrome de Down y malformación cardíaca.*

*2. El seguimiento de la gestación se hizo acorde a los protocolos del hospital de referencia y de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia para el control del embarazo normal.*

3. Se realizaron tres ecografías, en ninguna de las cuales se detectaron signos de sospecha de cromosomopatía. El número de pruebas, las semanas en que se realizaron se ajustan a lo recomendado por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia.

4. Se realizó también el cribado bioquímico del segundo trimestre que sirve para valorar el riesgo de cromosomopatía siendo el índice de riesgo bajo (1/213 por edad y 1/711 en el cribado), situación que no justificó la práctica de exploraciones complementarias.

5. La asociación de síndrome de Down con malformaciones es inconstante (30-50% de cardiopatías y 10-12% de malformaciones intestinales).

6. La sensibilidad de la ecografía para el diagnóstico de las cardiopatías fetales continúa siendo baja (no superior al 50%), siendo algo mayor en aquellas que se acompañan de un aumento de tamaño cardíaco (hecho que no concurría en este caso).

7. La edad gestacional media en la que se hace el diagnóstico de las cardiopatías severas es la semana 28.

8. La actuación de los facultativos que realizaron el seguimiento del embarazo de x se ajustó a la *lex artis* y a los Protocolos establecidos”.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 9 de febrero de 2010 se emite informe por la Inspección Médica, alcanzando las siguientes conclusiones:

*Primera: x era una mujer de 35 años, sin antecedentes personales o familiares de interés, con dos hijos sanos, nacidos en el año 1994 y 1996 de partos eutócicos, que en febrero de 2005 se quedó embarazada de su tercer hijo, al que dio a luz el 14 de octubre de ese año, cuando había cumplido los 36 años.*

*Segunda: La paciente afirma que recibió y firmó los informes correspondientes a las tres ecografías pautadas en el protocolo de Seguimiento y Control Ecográfico Prenatal de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), en la semana 13+3 en la semana 20+5 y en la semana 34 cuyos resultados fueron normales. Se trató de ecografías obstétricas básicas o de ‘primer nivel’, por ser estos los medios técnicos disponibles en el año 2005 en el HUVA, extremo aceptado explícitamente en el citado protocolo de la SEGO.*

*Tercera: A pesar de la ausencia de otros factores de riesgo (clínicos, epidemiológicos, ecográficos, analíticos, etc), para la aparición de cromosomopatías la paciente se sometió al Screening del 2º trimestre, dado que su edad se encuentra en el rango que la SEGO considera de "riesgo aumentado" (35 y 38 años). El resultado del screening fue un índice de Riesgo para el S. Down de 1/711. (V. ref. índice 1/ >270 riesgo bajo para Síndrome de Down) Ante la normalidad de todas las pruebas la paciente no se realizó una técnica invasiva de diagnóstico (Amniocentesis o Biopsia Corial) que hubiera supuesto un diagnóstico de certeza, pero con un riesgo global del 0.5-1.5% de interrupción de embarazo (iatrogena).*

*Cuarta: A pesar de que se pusieron a disposición de la gestante, todos los medios humanos y profesionales disponibles en ese momento en el Servicio Murciano de Salud, para el diagnóstico prenatal de una cromosomopatía, el 17 -10-2005 nació x con fenotipo de Síndrome de Down diagnóstico confirmado con el estudio de su cariotipo (47, XY,+ 21).*

*Quinta: Consideramos que el caso estudiado, se encuentra dentro del 30-40% de los SD que se quedan sin diagnosticar y que las estadísticas consideran indetectables por las pruebas diagnósticas disponibles, ya que el Índice de Detección para Síndrome de Down, combinando la edad materna con el triple screening es del 60-69% con un 5% de falsos positivos (FP).*

*Sexta: La cardiopatía congénita que presentaba x fue asintomática durante la gestación y al nacimiento (auscultación normal). Las estadísticas hablan del 50% de RN con SD y cardiopatías asintomáticas. Fue su fenotipo lo que le derivó a la consulta de Cardiología Pediátrica del HUVA donde fue diagnosticado con Eco-Doppler.*

*Séptima: No consideramos una negligencia médica la falta de detección prenatal del Síndrome de Down que padecía x, y no entramos a valorar la justicia o injusticia que para su familia haya supuesto su nacimiento, afirmamos que se trató del resultado más desfavorable del screening del 2º trimestre de gestación, realizado a su madre, que mostraba un índice de Riesgo para el S. Down de 1/711 (1 nacido con Síndrome de Down por cada 711 nacimientos)".*

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia a los reclamantes y a la Compañía de Seguros, no hicieron uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

Seguidamente fue formulada propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos necesarios para la declaración de la responsabilidad patrimonial, al no haber acreditado los interesados la relación de causalidad entre la asistencia prestada por el SMS y los daños por los que reclama.

**NOVENO.-** Con fecha 3 de noviembre de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. Los reclamantes ostentan, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP, legitimación activa para reclamar en cuanto alegan un daño, consistente, en primer lugar, en la privación del derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo y, en segundo lugar, en los gastos extras que comporta el mantenimiento de un menor con el síndrome de Down, que atribuyen a la falta de diligencia del SMS para prevenir dicho síndrome.

En cuanto a la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular del centro hospitalario y del servicio público de asistencia sanitaria a cuyo funcionamiento se imputan los daños.

2. Interpuesta la reclamación el 13 de octubre de 2006, habiendo nacido el menor el 14 de octubre de 2005 es evidente que aquélla ha sido formulada dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC señala para la prescripción del derecho a reclamar.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

De otra parte, la circunstancia de que se haya interpuesto por la reclamante el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación, no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, siempre y cuando no hubiera recaído sentencia, pues la reclamante puede desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso convendría que el departamento consultante actuara coordinadamente con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (artículo 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), como ya sugerimos en nuestro Dictamen núm. 72/06.

#### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**CUARTA.- Sobre el daño alegado: la privación del derecho a decidir y los mayores gastos que comporta el mantenimiento de un niño con síndrome de Down.**

Con carácter previo ha de señalarse que los reclamantes imputan a la Administración un funcionamiento anómalo, al considerar que el síndrome sufrido por el menor en ningún momento fue detectado, privándoles del derecho a la interrupción del embarazo. Por lo tanto, no sostienen que las lesiones del menor sean debidas a la praxis médica, ni que los facultativos de la sanidad pública las hubieran podido evitar, sino que contraen la reclamación a la omisión de información sobre la existencia de dicho síndrome, que les privó del derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo. Es decir, se alega un daño moral, concretado en el poder de la persona de autodeterminarse. Por otro lado, como decíamos antes, se reclama por los gastos que los padres han afrontado y deberán afrontar en cuanto padres de un hijo con síndrome de Down.

Situada la pretensión en el ámbito de la omisión de las pruebas pertinentes para la detección del síndrome de Down del *nasciturus*, conviene tomar como punta de partida la doctrina del Tribunal Supremo, reflejada en la sentencia de su Sala 3ª de 4 de noviembre de 2008,:

*“...resulta claramente que el hecho desdichado de que un niño nazca con síndrome de Down no es, por sí solo, imputable a la Administración sanitaria que atendió a la madre durante la gestación y el parto. Ahora bien, el hecho de que no se practicara -habiendo debido hacerlo, según reconoció la propia Administración sanitaria- la prueba de detección precoz de la patología puede dar lugar a responsabilidad patrimonial por el daño moral consistente en no haber conocido la patología en un momento lo suficientemente temprano como para decidir poner fin legalmente al embarazo; es decir, cabe indemnizar la pérdida de oportunidad. Esto fue admitido por la propia resolución de la Consellería de Sanidad de la Generalitat Valenciana de 7 de febrero de 2002.*

*Además, en contra de lo sostenido por ésta, en el presente caso procede también la indemnización por la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija con síndrome de Down. Ocuparse de una hija con tal patología comporta, como es obvio, gastos extraordinarios, que encajan perfectamente en la idea expuesta por la arriba citada sentencia de 28 de septiembre de 2000 cuando hablaba de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades. En otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización”.*

Según la anterior sentencia los reclamantes, de quedar acreditada la existencia de nexo causal entre la actividad sanitaria desplegada por la Administración regional y los daños que alegan, tendrían derecho no sólo a una indemnización por el daño moral que les habría supuesto la privación del derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo, sino también por el daño económico que supone el mayor coste que comporta atender a un niño con síndrome de Down, aunque a la hora de determinar la indemnización correspondiente a este último concepto sea preciso ponderar los servicios que oferta la Administración para este tipo de niños tanto el ámbito sanitario como en el educativo y en el asistencial.

**QUINTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

Los reclamantes consideran que la asistencia prestada durante el embarazo no fue adecuada, ya que no se llegó a detectar que el feto padecía síndrome de Down y patologías cardiológicas asociadas. Tal afirmación la apoyan en el informe pericial que acompañan, en el que se concretan del siguiente modo las actuaciones que se estiman contravinieron la *lex artis*:

1ª. El simple hecho de que la madre tuviese más de 35 años (36 años en el momento del nacimiento del menor), constituía en sí mismo un factor de riesgo para el embarazo lo que obligaba informar a la madre de ello y, además, ofrecerle la posibilidad de practicarle una prueba invasiva de diagnóstico precoz (amniocentesis).

2ª. Falta de diagnóstico de la cardiopatía fetal, a pesar de que se le practicaron diversas ecografías en las que aquella patología debía haberse mostrado.

3ª. No hay constancia de que se realizase a la x un estudio ecográfico de nivel II, clasificación de la Asociación Europea de Medicina Perinatal, para el diagnóstico prenatal de malformaciones fetales y cromosomopatías, entre las semanas 18-22 de su gestación.

Comenzaremos analizando las dos últimas alegaciones dejando para último lugar la primera de ellas:

I. En cuanto a la detección de la cardiopatía, consta acreditado en el expediente que la ecografía no es un método de exploración exacto, con una sensibilidad y especificidad del 100%. Así los peritos de la aseguradora indican en su informe que *“la ecografía es la mejor técnica disponible para la detección prenatal de las malformaciones y que todas las malformaciones se benefician de un diagnóstico precoz. A pesar del alto potencial diagnóstico, una ecografía normal no excluye de forma definitiva la presencia de anomalías. No todas las malformaciones detectables se detectan siempre”*. Añaden que las cifras de sensibilidad diagnóstica de la ecografía prenatal para las cardiopatías en general son, aún hoy en día, muy discretas.

En el mismo sentido, los Dres. x, y, señalan en su informe que a la paciente se le aplicó el protocolo de control ecográfico de la gestación y que la detección de la cardiopatía genética a través de esta técnica se encuentra muy limitada, sin que en ningún caso alcance el 100%. Indican que la valoración de las fotografías en papel térmico de las ecografías practicadas a la reclamante, permite inferir *“la mala transmisión sónica de su pared abdominal, que disminuye ostensiblemente la tasa de detección de anomalías fetales”*.

También la Inspección Médica concluye que la cardiopatía congénita que presentaba el menor fue asintomática durante la gestación e incluso al nacimiento (auscultación normal).

De lo anterior se infiere que no hubo ocultación de información a los padres sobre la cardiopatía de su hijo, es que en ningún momento los servicios sanitarios, a pesar de haber llevado a cabo las pruebas que resultaban exigibles según protocolo, tuvieron constancia de su existencia debido a que la misma resultó totalmente asintomática.

II. Sobre si a la paciente se le tenía que haber realizado ecografías de nivel 2, por tratarse de una embarazada de alto riesgo, es necesario analizar lo que, al respecto, se recoge en los informes tanto de la aseguradora del SMS como de la Inspección Médica. Según el primero *“los actuales protocolos asistenciales establecen la conveniencia de realizar tres controles ecográficos en una gestación de curso normal, como la del caso que nos ocupa. Una en la semana 12, otra entre la 18-22 y la última en torno a las 32-34 semanas. Dicho esto, podemos asegurar que, en este caso, el control gestacional, desde el punto de vista ecográfico, se adecuó en todo momento a los Protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) anteriormente comentados, pues se realizaron tanto en el número como en las edades gestacionales recomendados”*.

También la Inspección Médica considera que la embarazada fue sometida a los controles ecográficos pautados en el Protocolo de la SEGO, todos ellos de nivel básico, circunstancia que la reclamante conocía, pues aparece su firma en los documentos de valoración de aquéllas. Añade la Inspectora que la Dra. X en su informe expone que se aplicaron los medios técnicos disponibles en su área sanitaria en aquella época (año 2005), pues el cribado del primer trimestre no se introdujo en el HUVA hasta el año 2006. Actuación que la Inspección Sanitaria considera ajustada al citado Protocolo de la SEGO que prevé que *“en el caso de que los recursos disponibles, tanto técnicos como humanos, en función de la demanda asistencial, no permitan la exploración ecográfica de diagnóstico prenatal, se realizará una ecografía obstétrica básica en el mismo período de gestación”*.

Sobre las limitaciones de medios disponibles por la organización sanitaria, resulta de interés traer a colación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 6 de octubre de 2006, sobre un supuesto de responsabilidad patrimonial que guarda similitud con el presente, en el que se cuestiona también si era exigible el diagnóstico prenatal con aparatos de alta resolución (nivel II y III): *“Es cierto que el servicio médico podría ser óptimo, pero eso es algo que se aleja de la realidad y que no tiene en cuenta la existencia de medios limitados y de prioridades en relación con esos medios. Con esos medios limitados,*

*repetimos, es necesario establecer prioridades, ya que los medios que se emplean para una prestación se retiran de otras. Y esas prioridades y servicios comunes, marcados de manera coordinada por los distintos Servicios de Salud, conforme a la Ley General de Sanidad, sólo prevén la realización de ecografías de niveles más altos en los casos de embarazos de riesgo (madre de más de 35 años, con antecedentes o historias repetidas de aborto). Y ese no es nuestro caso, sin que el hecho de haber tenido un aborto convierta el embarazo en embarazo de riesgo (...).* Adviértase en el presente caso las diferencias con el reseñado, pues la paciente no tenía más de 35 años y carecía de otros factores clínicos de riesgo como explicaremos seguidamente.

III. Refutadas las dos últimas imputaciones de mala praxis médica que los reclamantes indicaban en relación con la asistencia sanitaria recibida por la x, resta ahora analizar la primera de ellas, es decir, la que argumenta que el solo hecho de que la gestante contara con 36 años de edad exigía que se la considerase como embarazada de alto riesgo. Resulta aquí determinante establecer qué edad hay que tener en cuenta para incluir a una gestante como población de alto riesgo, si la del momento de la concepción o si, por el contrario, la correspondiente al alumbramiento. Para dar respuesta a este interrogante resulta de interés traer a colación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 20 de julio de 2010, en la que, con base en las pruebas periciales practicadas, se considera que la edad que debe tenerse en cuenta para realizar la amniocentesis es la que se tiene en el momento de la concepción, ya que es en ese momento cuando se puede producir una alteración genética. Según lo anterior, la reclamante, nacida el 17 de marzo de 1969, no había cumplido aún en el momento de la concepción los 36 años de edad.

Partiendo pues de que la edad a considerar en la asistencia prestada a la gestante era la de 35 años, el control del embarazo, según consta en la historia clínica y en el informe de la Inspectora Médica, resultó adecuado y ajustado a normopraxis. En efecto, además del seguimiento ecográfico que se ha descrito anteriormente, a la x se le realizó un screening bioquímico específico en el segundo trimestre para evaluar el riesgo de cromosomopatía que le fue entregado y que mostraba un índice de riesgo para el síndrome de Down de 1/711, es decir, 1 nacido con síndrome de Down por cada 711 nacimientos, considerándose como índice de riesgo alto para dicho síndrome el de  $1/ < 270$ , por lo tanto el riesgo en este caso resultó ser bajo. Esta circunstancia unida a la ausencia de datos anormales o sospechosos en las ecografías y de otros factores de riesgo de presentar una cromosomopatía, como son: a) antecedentes de anomalía cromosómica en embarazo previo; b) antecedentes de síndrome de Down en la familia, nacidos de embarazos entre los 21 y 35 años; c) progenitor portador de anomalía cromosómica; d) abortos de repetición, mortinatos, malformaciones congénitas o esterilidad sin justificar; lleva a la Inspección Médica a considerar acertada la decisión de no someter a la paciente a una técnica invasiva de diagnóstico

(amniocentesis o biopsia corial), que hubiera supuesto un diagnóstico de certeza, pero con un riesgo global del 0,5-1,5% de interrupción del embarazo.

Lo anterior, a juicio de este Consejo Jurídico, evidencia que la asistencia sanitaria prestada a la reclamante durante el embarazo fue la correcta y conforme a la *lex artis*, motivo por el que no es posible concluir, en el caso sometido a consulta, la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño invocado, tal como lo hace el Consejo de Estado en su Dictamen 1717/2004, emitido en un supuesto prácticamente idéntico al que nos ocupa (madre de 35 años, sin otros factores de riesgo adicionales y con informe de la Inspección Médica favorable a la actuación sanitaria desplegada).

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en la medida que no se aprecian en el supuesto sometido a consulta la concurrencia de los requisitos para reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración regional en materia sanitaria.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 167-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 28/07/2011

**Extracto de doctrina**

La “lex artis”, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 22 de junio de 2007, x presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigido al SMS, en el que, en síntesis, expresa lo siguiente. El día 8 de noviembre de 2006 fue ingresado en la planta de cardiología del hospital “*Santa María del Rosell*” por sufrir un “*angor inestable*”, al día siguiente se le recomienda la realización de un cateterismo, prueba con la que inicialmente no estaba de acuerdo por el riesgo que conllevaba, pero luego, aconsejado por el Servicio de Cardiología, decide someterse a ella. El 14 siguiente, durante la realización de la misma, se le produjo una disección desde el origen de la arteria coronaria hasta su segmento medio y retrógradamente hacia la aorta. Inmediatamente se le trasladó a la UCI de dicho hospital y después al hospital “*Virgen de la Arrixaca*” para valoración de cirugía cardiovascular, siendo posteriormente intervenido, realizándosele tres by-pass y la reparación de la aorta dañada, permaneciendo en su UCI 23 días, con traslado a planta el 7 de diciembre de 2006, donde estuvo ingresado hasta el 28 siguiente. Alega que con motivo del problema surgido durante la realización del cateterismo, tras dicha prueba y la posterior intervención cardíaca, de alto riesgo, le han quedado secuelas de tipo “*cardíaco, neurológico, oftalmológico y físicas, sin contar las psicológicas de difícil valoración*”.

Finalmente, solicita “*que se estudie su caso y se realice la indemnización correspondiente por los daños causados por dicha intervención*”.

A dicho escrito acompaña diversos informes médicos, correspondientes a la historia clínica de su asistencia en los hospitales antes reseñados, por los hechos en cuestión.

**SEGUNDO.-** Mediante resolución del Director Gerente del SMS de fecha 24 de julio de 2007 se admite a trámite la reclamación patrimonial, notificándose a los interesados.

**TERCERO.-** Solicitada al hospital “Santa María del Rosell” la historia clínica e informes de los profesionales que atendieron al reclamante, fue cumplimentado mediante oficios de 5 y 7 de septiembre de 2007, destacando de dicha documentación el informe, de la última fecha indicada, del Jefe de Sección de Cardiología-Hemodinámica del hospital, que expresa lo siguiente:

*“1º Como el paciente indica en su escrito, al parecer no quiso inicialmente hacerse el cateterismo “por los riesgos que conlleva”: el paciente era consciente de los mismos.*

*2º El protocolo de consentimiento informado de este Centro indica clara y específicamente el riesgo de “diseción coronaria que precisa cirugía inmediata”. (Ver documento 1).*

*3º La complicación está explicada en las Conclusiones: “al sondar la CD con cateter guía se produce diseción...”.*

*4º Las publicaciones científicas confirman que este problema es más frecuente en la coronaria derecha (ver Documento 2). Recomendando la lectura del artículo de Pérez Castellano y Cols en Catheter Cardiovascular Diagn. 1998; 43: 273-9 (citado por este trabajo en el nº 5).*

*Creo que en todo momento la actuación del Centro, y específicamente de la Unidad de Hemodinámica, ha sido la correcta.”*

**CUARTO.-** Solicitada al hospital “Virgen de La Arrixaca” la historia clínica e informes de los profesionales que atendieron al reclamante, fue cumplimentado mediante oficio de 3 de octubre de 2007, destacando de dicha documentación el informe de 2 de octubre anterior, del Servicio de Cirugía Cardiovascular, que expresa lo siguiente:

*“En relación al informe solicitado sobre la asistencia prestada al paciente x por el Servicio de CCV de HUVA, nos remitimos al informe de alta del día 28/12/2006 (se adjunta copia del mismo).*

*Asímismo, el paciente fue visto en CEX de CCV el día 29/03/2007 para ser sometido a revisión. Destacamos que presentó un TAC toraco- abdominal donde se objetiva injerto de aorta ascendente normofuncionante y persiste diseción de la aorta torácica descendente que será seguida en CEX de CCV.*

*Por otro lado, el paciente presentaba cuadro de Cuadrantanopsia homónima bilateral y asimétrica secundaria a la isquemia cerebral ocasionada por la disección de aorta. El paciente refería también mareos frecuentes y mucho cansancio, por lo que se remitió a su Neurólogo y a su Cardiólogo.”*

Del informe de alta de 28 de diciembre de 2006 al que se refiere el citado informe se destaca lo siguiente:

*“Motivo de la Consulta.*

*Paciente que ingresa por Urgencias con diagnóstico de disección de aorta tipo A tras realizar cateterismo cardíaco.*

*Antecedentes.*

*DLP. Fumador. Hernia de Hiato. Infarto no Q en 2004. Intervenido de fístula anal.*

*Enfermedad actual.*

*Paciente a quien, tras realizar coronariografía, presenta disección de aorta tipo A secundaria a disección de arteria coronaria derecha. En la coronariografía se objetivó lesión de los tres vasos coronarios principales. El paciente es trasladado de forma urgente a HUVA. El paciente aporta un TAC donde se evidencia la disección tipo A. Una vez en UCI de HUVA se procede a la realización de ecocardiograma que informa de disección de aorta tipo A y de buena contractilidad de ventrículo izquierdo. Durante la realización de este procedimiento, el paciente se hipotensa y presenta un cuadro de hemiparesia izquierda, por lo que de forma urgente es trasladado al quirófano de CCV.*

*Intervención Quirúrgica.*

*El día 14/11/06, bajo anestesia general y CEC, se procede a realizar PACx3 con safena a DA, a OM y a DP. Posteriormente, se reseca la zona de la disección y se realiza plastia de válvula aórtica, que presentaba velo no coronario dañado, dejando la válvula bicúspide. Se realiza también sustitución de aorta ascendente.*

*Evolución clínica.*

*El paciente pasó a UCI, donde precisó ventilación mecánica durante 11 días. Después*

*presentó atelectasia derecha que se resolvió con clapping. Presentó sepsis (23 de noviembre) por estafilococo Epidermidis y E-Coli, que se resolvió con tto. antibiótico. Posteriormente el día 4/12/06 nueva sepsis por pseudomona aeruginosa y Klebsiella que también fue tratada con antibióticos.*

*El día 21/11/06 se realizó endoscopia digestiva alta por presentar posos de café. Mostró lesiones agudas de mucosa gástrica que se resolvieron.*

*También presentó cuadro de miopatía leve que se ha ido resolviendo con tto. conservador.*

*También ha presentado cuadro de dolor en hipocondrio derecho con puñopercusión renal negativa y con ecografía abdominal que fue normal. El paciente es dado de alta en el día de la fecha afebril, hemodinámicamente estable y con heridas en proceso de cicatrización normal. RX de tórax normal.*

*Diagnóstico principal.*

*Cardiopatía isquémica.*

*Dissección de aorta tipo A yatrogenica.*

*Pacx3.*

*Plastia de válvula aórtica.*

*Sustitución de aorta ascendente”.*

**QUINTO.-** Obra en el expediente un Dictamen médico de 4 de septiembre de 2009, aportado por la compañía aseguradora del SMS, realizado por un especialista en Cardiología, en el que, tras analizar los antecedentes del caso y realizar las oportunas consideraciones médicas, expresa lo siguiente:

*“1) El paciente tenía una Cardiopatía Isquémica con IAM antiguo, desarrolla una angina inestable tipo in crescendo o progresiva, tenía un perfil de alto riesgo con cambios en el EKG; en esta circunstancia la indicación de una coronariografía fue correcta; de hecho la misma demostró la presencia de una enfermedad de tres vasos, complejas y con material trombótico.*

*2) La coronariografía y el ulterior procedimiento de angioplastia con balón conllevan una serie de riesgos, escasos pero conocidos, entre los cuales se encuentran los que lamentablemente se produjeron en este caso.*

*3) La predisposición para sufrir una dissección aórtica por la probable presencia de una*

*Necrosis Medial Quística es prácticamente imposible de diagnosticar o prevenir con antelación, a menos que el paciente tenga signos clínicos que la hagan sospechar como un aneurisma aórtico, anulectasia de la raíz aórtica o estigmas de un Síndrome de Marfan, y éste no era el caso.*

*4) La disección tanto coronaria como aórtica, en este caso del tipo A, es una entidad (sic) de una enorme gravedad y mortalidad, cuya reparación es de una enorme complejidad quirúrgica; en este caso el procedimiento fue exitoso, ya que se reparó la aorta, se hizo una plastia de la válvula y el triple injerto aorto coronario.*

*5) Las lesiones neurológicas como el TIA y luego el ACV se inscriben dentro de las posibles complicaciones de la disección con afección de los vasos que irrigan el cerebro. Las complicaciones durante el postoperatorio fueron tratadas y manejadas de manera correcta y el paciente pudo trasladarse a la planta de Cardiología y luego dado de alta a su domicilio.*

*6) El consentimiento informado le advierte al paciente de las posibles complicaciones del procedimiento, pero también las ventajas del mismo. Si sus médicos lograron convencerle para realizarlo ha sido porque la relación riesgo/beneficio es muy favorable al paciente; el porcentaje de complicaciones graves es muchísimo menor que el de los beneficios que se obtienen revascularizando a un paciente con enfermedad coronaria de tres vasos y un IAM previo (ver consideraciones médicas).*

### *Conclusiones*

*1. El paciente tenía una angina inestable con cambios en el EKG, la indicación de hacerle una coronariografía fue correcta.*

*2. El consentimiento informado le dice al paciente las ventajas de hacerse el procedimiento y el porcentaje de riesgos de complicaciones, y el paciente pudo hablar con sus médicos de los beneficios y perjuicios de la misma, así como también de los riesgos que para su vida y su salud suponen una angina inestable progresiva en un paciente con su perfil de riesgo.*

*3. La complicación que se presentó, una disección coronaria y aórtica, entra dentro de las probables y esperadas en este tipo de procedimientos (coronariografía y angioplastia), aunque en un porcentaje muy bajo. Fue tratada de manera correcta por los cirujanos.*

*4. La atención en todo momento fue correcta y se atuvo a la lex artis ad hoc”.*

**SEXTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 30 de mayo de 2010, en el que se concluye lo siguiente:

*"1. Paciente con cardiopatía isquémica con un infarto previo en 2004 y leve disfunción de VI que presenta un episodio de angor inestable prolongado con cambios electrocardiográficos, por lo que se le propone coronariografía diagnóstica y terapéutica que en un primer momento rechaza y posteriormente autoriza. Tras cateterismo diagnóstico se procede a intentar angioplastia sobre las lesiones detectadas, produciéndose una disección de la aorta ascendente que precisó ingreso en UCI y cirugía urgente. Tras la cirugía el paciente presenta disección de aorta abdominal residual y secuelas de la isquemia cerebral que se asoció al evento.*

*2. La indicación de cateterismo cardíaco fue correcta, ya que la estratificación de los factores del paciente indicaban un riesgo alto y, por tanto, los protocolos indican la realización de una coronariografía en estos casos.*

*3. El paciente firmó el consentimiento informado que incluía la complicación acaecida. Era conocedor de todos los riesgos que implicaba el tratamiento ya que, como él mismo refiere, en un principio rechazó la realización de la misma por los riesgos que comportaba.*

*4. La complicación acaecida, aunque infrecuente, presenta un alto índice de mortalidad. En este sentido la asistencia prestada fue excelente a pesar de que hayan podido quedar algunas secuelas."*

**SÉPTIMO.-** Mediante oficio de 29 de septiembre de 2010 se otorga a los interesados un trámite de audiencia y vista del expediente, presentando escrito el 13 de octubre siguiente, mediante el que adjunta diversos informes médicos y radiológicos sobre el seguimiento y revisión de su patología cardíaca, así como informes de alta por dos posteriores intervenciones –implante de un stent y exéresis de lipoma en región sacra- realizadas el 10 de marzo de 2008 y 8 de julio de 2010, respectivamente, así como un certificado de valoración de su grado de minusvalía expedido por el Instituto Murciano de Acción Social, por enfermedad cardíaca isquémica y deficiencia visual.

**OCTAVO.-** El 9 de diciembre de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la resolución; en síntesis, por considerar que, en el caso planteado, de acuerdo con los informes médicos emitidos, no se ha acreditado la existencia de mala praxis médica, lo que es un requisito necesario para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

**NOVENO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas (RRP).

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al reclamante, por ser quien sufre los daños (secuelas) por los que se reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, aunque no consta que se requiriera al interesado para cuantificar su pretensión.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.**  
**Consideraciones generales.**

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación de éste ha de regirse por la denominada *“lex artis ad hoc”*, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso

acudir al criterio de la *“lex artis”* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *“lex artis”*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

En este sentido, sólo si se produce una infracción de la *“lex artis”* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o las lesiones derivadas de una

complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la “*lex artis*”, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama. Inexistencia.**

A la vista de los escuetos términos del escrito de reclamación y de los documentos presentados por el reclamante en el trámite de audiencia, cabe afirmar que, en el presente caso, no existe otro motivo que funde la pretensión indemnizatoria que el acaecimiento de una complicación aparecida durante la intervención practicada al interesado el 14 de noviembre de 2006 en el hospital “*Santa María del Rosell*”; en concreto, se reclama indemnización con motivo de la disección de las arterias aorta y coronaria producida en el seno del cateterismo (coronariografía y angioplastia) que se practicaba al paciente para dar el tratamiento adecuado a la importante patología cardíaca que padecía. Si se examina el referido escrito de reclamación, no hay en el mismo ninguna imputación de mal funcionamiento de los servicios sanitarios regionales, salvo que se pretenda que éste exista por el mero hecho de que en las intervenciones sanitarias acontezcan complicaciones que den lugar a daños en el paciente, pretensión que, como se expuso en la Consideración precedente, no puede admitirse en modo alguno.

Sin perjuicio de lo anterior, debe destacarse, además, que el reclamante reconoce en su escrito (de especial relevancia en estos aspectos) que prestó su consentimiento a dicha intervención, tras ser convencido para ello por los facultativos del Servicio de Cardiología ante su inicial negativa; convencimiento que, como señalan los informes médicos emitidos, se explica por el hecho de que, aun con los riesgos propios de tales pruebas, su realización era lo más procedente en aquel momento, vista la relación riesgo-beneficio para el paciente, dados sus antecedentes. En este sentido, y aunque los documentos de consentimiento obrantes en el expediente no aparecen firmados por este último, la jurisprudencia reitera la validez de la información y el consentimiento realizados verbalmente (STS, Sala 3ª, de 25 de junio de 2010, por citar una reciente), lo que se dio en el caso, según se desprende de las propias manifestaciones del interesado y de lo expresado por el Servicio de Cardiología en relación con el contenido de la información que le fue suministrada, que se contiene en los documentos indicados (folios 44 y 45 exp.), y en los que se hace específica referencia al riesgo de disección coronaria (2%), y que ésta precisa de cirugía inmediata. Considerando la apuntada inicial resistencia del paciente a la intervención, es lógico concluir que la información médica suministrada en su momento para convencerle de su realización, incluyera lo expresado en tales documentos; a tal efecto resulta significativo que, en su escrito de alegaciones, el reclamante no opusiera objeción alguna a lo informado en este sentido por el Servicio de Cardiología, considerando que conocía íntegramente el contenido del expediente, según se desprende de la comparecencia realizada ante el órgano instructor (Antecedente Séptimo).

En consecuencia, no quedando acreditada la existencia de infracción a la *“lex artis ad hoc”*, o existencia de mala praxis médica en el caso de que se trata, no concurre la relación de causalidad que es jurídicamente necesaria para determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria regional, por lo que debe desestimarse la reclamación de referencia.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No quedando acreditada la existencia de infracción a la *“lex artis ad hoc”*, o existencia de mala praxis médica en el caso de que se trata, no concurre la relación de causalidad que es jurídicamente necesaria para determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria regional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, desestimatoria de la reclamación, se dictamina favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 168-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	28/07/2011

**Extracto de doctrina**

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “lex artis ad hoc” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y a las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 2 de abril de 2007, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Dirección Provincial del INSALUD por los daños padecidos como consecuencia del anormal funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

Según relata la reclamante, sufría de dolores intensos en el abdomen, desde hacía dos años, por lo que acudió -sin precisar fecha- al Servicio de Urgencias del Centro de Atención Primaria del Barrio Peral, en Cartagena. Tras la correspondiente exploración, el facultativo que la reconoció calificó dichas molestias como gases y le prescribió un tratamiento para reducirlos.

Meses después continúan los dolores, por lo que consulta a un especialista privado en medicina interna, quien le indica que debería consultar su caso con un especialista en aparato digestivo.

Así lo hace y, tras realizarse diversas pruebas (radiografías, ecografías y un TAC de abdomen, que se realizó el 26 de enero de 2004), su resultado no arrojó ninguna alteración.

Al continuar con las molestias (dolor en hipogastrio), el 11 de marzo de 2004, y tras consultar de nuevo al digestólogo, se somete a endoscopia baja, que arroja el siguiente resultado: “*rectitis equimótica, diverticulosis sigmoidea. Pólipo colónico pediculado*”. El citado facultativo le explica que tiene un pólipo a 40 centímetros del ano, y que se lo debía extirpar, “*sin prisa, pero sin pausa*”.

El 7 de abril de 2.004, vuelve a la consulta de su médico de atención primaria, al que muestra el informe emitido por el especialista en digestivo, manifestándole que seguía con molestias abdominales y que quería quitarse el pólipo diagnosticado. El citado facultativo, tras la lectura del resultado de la endoscopia realizada, le indicó que, a su edad, lo más probable era que dicho pólipo no evolucionara, y le aconsejó que no se lo extirpara; consejo que siguió.

En julio de 2005, hubo de permanecer treinta días en cama, a causa de los dolores en el abdomen, siendo atendida en una clínica privada (--).

En junio de 2006, vuelve a ser atendida por su médico de cabecera, quien, ante los síntomas que presenta -fuertes dolores de abdomen, pérdida de sangre cada vez que evacuaba (hemorragias ocultas en heces) y fiebres intermitentes- la remite al especialista en aparato digestivo, teniendo cita concertada para el día 6 de septiembre.

Acude a la cita, siendo atendida por la Dra. x, quien, tras escuchar los síntomas de la paciente, le prescribe una colonoscopia y una polipectomía, siendo citada al efecto el día 11 de noviembre de 2006, fecha que no pudo adelantarse, ya que, como le indicó el personal auxiliar encargado de dar citas, la doctora había calificado la prueba de preferente, no de urgente.

Al encontrarse intranquila por los dolores que padecía, consulta con un médico privado, el día 6 de octubre de 2006, quien tras diagnosticarla de “estenosis de neoformación en sigma”, le prescribe una colonoscopia, con la recomendación de intervenirse quirúrgicamente con carácter urgente.

A la vista del diagnóstico, no podía esperar a intervenirse a la fecha en que tenía programada en el servicio público sanitario, 11 de noviembre de 2006. Por otro lado, como estaba descontenta por la asistencia dispensada en dicho servicio (por ausencia de pruebas diagnósticas, error diagnóstico, retraso en tratamiento, etc.), decidió dirigirse a la Clínica “Virgen de la Vega”, de Murcia, en fecha 11 de octubre de 2006, a la consulta del Dr. x, quien, después de analizar los informes de las pruebas diagnósticas aportadas por la paciente, le indicó que debía intervenirse con carácter de urgencia, ante el diagnóstico de “cáncer de sigma y subobstrucción intestinal”, sometiéndose a dicha operación el 13 de octubre de 2.006, pues, en su opinión, ésta no se podía demorar.

Tras la intervención, se evidencia como secuela de la misma “una necrosis en vena”.

Considera la reclamante que existió impericia en los actos médicos practicados, extemporaneidad en el tratamiento médico prescrito, error de diagnóstico o diagnóstico tardío, que ocasionaron una demora en la detección de la patología que sufría, obligándola a tener que ser asistida en la sanidad privada. De haberse obrado con diligencia por parte de los facultativos públicos, realizando las pruebas médicas con premura e interviniéndola con anterioridad, el resultado hubiera sido diferente.

Solicita la reclamante una indemnización de 12.858,02 euros, como resarcimiento de los gastos ocasionados por la intervención en la sanidad privada, que desglosa de la siguiente forma:

- 5.258, 02 euros, correspondientes a la factura nº 2006103553, emitida por la Clínica “Virgen de la Vega”, donde fue intervenida el 13 de octubre de 2006.

- 600 euros, en concepto de honorarios del anestesista.

- 7.000 euros, en concepto de honorarios del cirujano que practicó la operación.

La reclamante propone prueba documental consistente en la aportación de copia de su historia clínica y elaboración de informe facultativo. También adjunta diversos informes clínicos emitidos por los facultativos que le asistieron durante su proceso, así como de los resultados de algunas de las pruebas que se le prescribieron, y copia de las facturas emitidas y cuyos importes reclama.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicar a la interesada la información prescrita por el artículo 42.4 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Asimismo, da traslado de la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la aseguradora del Ente Público sanitario y a la Dirección de los Servicios Jurídicos, recabando de la Gerencia de Atención Primaria de Cartagena, del Hospital “Santa María del Rosell” de la misma ciudad y de la Clínica “Virgen de la Vega” de Murcia, copia de la historia clínica de la paciente e informe de los facultativos que la atendieron.

**TERCERO.-** El informe del facultativo de Atención Primaria al que estaba adscrita la paciente, se limita a relatar la asistencia que se le dispensó, en los siguientes términos:

*“Ya desde 1.996 presenta problemas abdominales, como epigastralgias y pirosis, por hernia de hiato, que refería presentar con tratamiento que aportaba con “Urbal sobres”.*

*Según consta en su Historia Clínica, en noviembre de 2002, refiere dolor abdominal tipo retortijón, y que mejora al ventosear, siendo tratada con flatoril, solicitando tránsito EGD con contraste, que es informado en abril de 2003, como pequeña hernia hiatal.*

*En enero de 2003, tras analítica de orina con manchado, se deriva a Ginecología, para revisión y valoración, con informe de ecografía y exploración normales.*

*En abril de 2004, acude con informe médico privado, por realización de endoscopia baja, y diagnóstico de pólipo pediculado a 40 cm. de ano, realizando un TAC abdominal, que resulta ser normal, por lo que es derivada al especialista de digestivo, para extirpación de dicho pólipo.*

*Se recibe informe de TAC y Ecografía normales, con endoscopia de pequeño pólipo sigmoide.*

*En julio de 2006, solicita cita por fiebre, anemia y sangre oculta en heces positiva, por lo que es derivada, de nuevo, a Digestivo para valoración endoscópica, solicitando la paciente la prescripción de flatoril para las molestias digestivas.*

*En diciembre de 2006, se recibe informe de intervención quirúrgica, por adenocarcinoma, moderadamente diferenciado, en colon descendente”.*

**CUARTO.-** El informe de la especialista en Digestivo que atiende a la paciente en septiembre de 2006 es del siguiente tenor literal:

*“El día 6 de septiembre de 2006, en el Hospital General Básico de la Defensa atendí por primera vez a la paciente, por un cuadro de molestias abdominales, saciedad precoz de un año de evolución y la presencia en una ocasión de sangre visible en heces el mes previo, sin síndrome constitucional acompañante. La paciente aportó en dicha consulta el informe de una colonoscopia realizada en marzo de 2004 en la que presentaba un pólipo a 40 cm. del margen anal que no se había extirpado en los dos años previos a esta consulta, por lo que solicité una colonoscopia para la exploración total del colon y la exéresis de la lesión de forma preferente. La vía urgente queda reservada para los casos de riesgo vital inmediato que no lo había en este caso, por no estar la paciente con anemia sintomática, obstruida ni con sangrado activo, en cuyo caso le hubiera propuesto el ingreso hospitalario”.*

**QUINTO.-** Desde la Clínica “Virgen de la Vega” se remite copia de la historia clínica de la reclamante, sobre la asistencia que se le dispensó en la misma, con ocasión de la intervención quirúrgica a que se sometió, el 13 de octubre de 2006.

Entre dicha documentación destaca el informe de alta emitido el 23 de octubre de 2006, que es del siguiente tenor:

*“Paciente de 77 años que ingresa con el diagnóstico de neoplasia de sigma en suboclusión, para tratamiento quirúrgico.*

*Bajo anestesia general se practica laparotomía media supra-infra umbilical. Encontrando neoplasia de tamaño 8-7 cm. de diámetro, de sigma a 20 cm. de la reflexión peritoneal, fija al sacro, y a la porción superior del recto. No metástasis hepáticas. Se practica exéresis de 25-30 cm. de sigma, con movilización del ángulo esplénico y exéresis de placa tumoral de 0,5 cm. sobre sacro. Anastomosis término terminal mecánica. Postoperatorio sin complicaciones”.*

**SEXTO.-** Solicitado informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica), se emite el 5 de octubre de 2010, con el siguiente juicio crítico y conclusión:

*“Uno de los métodos de prevención del cáncer de colon es la detección temprana y el tratamiento de pólipos.*

*En este caso a la paciente le detectaron un pólipo en 2004. Los reclamantes aportan la descripción de lo hallado en la endoscopia: "rectitis equimótica, diverticulosis sigmoide y pólipo colónico pediculado”.*

*La referencia al hecho que se encuentra en la consulta del CP (centro privado) en 2004 es que se va a realizar colonoscopia y se cita para su realización. No consta informe de la misma y valoración del resultado.*

*La referencia en AP (Atención Primaria) del año 2004 es que acude con informe de endoscopia presentando pólipo pediculado a 40 cm de ano.*

*La referencia sobre la citada endoscopia en 2006 la tenemos en la consulta de Digestivo: “pólipo colónico pediculado a 40 cm, no se realizó polipectomía, solicito colonoscopia para polipectomía”.*

*Consta, por otra parte, en la historia clínica de Atención Primaria, la solicitud de interconsulta a Digestivo en abril de 2004 y en julio de 2006.*

*Consultados los responsables del archivo de consultas de Digestivo del Hospital Naval y del Hospital Santa María del Rosell refieren que no hay documentación que refleje que la paciente hubiese acudido en 2004.*

*En definitiva, no se aportó documentación sobre el seguimiento del pólipo hallado en 2004, sin embargo, consta en las historias clínicas de los centros sanitarios del Servicio Murciano de Salud que la evidencia que en su momento recibieron (el informe de endoscopia) se reflejó en sus registros, remitiendo para estudio a la paciente desde Atención Primaria a Especializada en las dos ocasiones en que se tuvo constancia de hallazgos patológicos. Asimismo consta que una vez fue ésta asistida en la consulta de Digestivo se dieron los pasos adecuados para su tratamiento.*

#### *Conclusión*

*No cabe achacar la patología de la paciente a la actuación del personal del Servicio Público de Salud'.*

Junto al referido informe, la Inspección Médica remite al órgano instructor diversa documentación sobre la paciente, recabada del Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca" y de la clínica privada de --, en Cartagena.

**SÉPTIMO.-** Por la aseguradora del SMS se aporta informe médico elaborado por cuatro especialistas en digestivo y un cirujano, que alcanza las siguientes conclusiones:

*"1. La paciente presentaba una larga historia de atención por distintas patologías en la consulta de su MAP desde 1999.*

*2. En 2004 se realiza una colonoscopia en un Centro Privado en donde la diagnostican de pólipo pediculado a 40 cm. de margen anal.*

*3. No se sabe muy bien porqué no le realizan polipectomía en el Centro privado en ese momento y, sin embargo, le recomiendan que se lo quite, "sin prisa", más tarde, mediante una nueva colonoscopia.*

4. *El diagnosticar un pólipo pediculado en una colonoscopia y no proceder a su extirpación en ese momento constituye un error claro, sin que ese proceder esté de acuerdo con la praxis médica.*

5. *No hay constancia de que el MAP le recomendara no quitarse el pólipo, tal como se afirma en la reclamación.*

6. *Después de 2 años acude de nuevo a la sanidad privada en donde le realizan ecografías, Rx y TAC sin apreciar nada patológico.*

7. *Acude a su MAP en julio por rectorragias y, de manera correcta, se envía a Digestivo para colonoscopia y polipectomía.*

8. *Tras acudir a la consulta de Digestivo y no estar de acuerdo con la cita para la colonoscopia al ser preferente y no urgente, acude otra vez a los servicios de la sanidad privada en donde le realizan la colonoscopia unas 3 semanas antes de la fecha en la que había sido citada.*

9. *Hay que señalar que aunque fuera posible que padeciera una enfermedad grave, la cita de colonoscopia preferente es adecuada.*

10. *Con el resultado de carcinoma de sigma, es intervenida en un Centro privado, de un carcinoma de sigma avanzado, sin afectación de los 6 ganglios analizados de la pieza.*

11. *De haberse diagnosticado unas 3 semanas más tarde, el pronóstico y la evolución de la enfermedad habrían sido iguales.*

12. *De acuerdo con la documentación examinada se puede concluir que todos los profesionales que trataron a la paciente en el contexto de la sanidad pública lo hicieron de manera correcta y de acuerdo con la "lex artis".*

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia, la aseguradora del SMS presenta escrito en el que considera el siniestro excluido de la cobertura de la póliza suscrita, al ser el objeto de la petición indemnizatoria un perjuicio económico puro, no derivado de un daño físico. El Servicio Jurídico contesta manifestando su discrepancia con la exclusión.

El letrado de la reclamante, por su parte, comunica que su clienta falleció el 1 de octubre de 2010, a consecuencia del padecimiento de una "necrosis en vena", secuela que mantuvo desde la

intervención quirúrgica a que se sometió el 13 de octubre de 2006, tal y como se desprendía de los informes que adjuntaba de su Médico de Atención Primaria y del oncólogo del Hospital "Virgen de la Arrixaca" que la asistió desde la fecha de la intervención quirúrgica hasta su muerte.

Aunque el letrado califica estos documentos como informes, el primero de los citados en realidad se trata de una hoja de interconsulta de Atención Primaria a Especializada en el que se lee: "*paciente de 81 años de edad que está diagnosticada de neoplasia maligna de colon desde el año 2006. Ha recibido tratamiento quirúrgico. Además presenta metástasis pulmonares*". Refiere también que se ha retirado tratamiento oncológico y la dejan para tratamiento por la Unidad de Cuidados Paliativos.

El segundo de los documentos es un informe que dirige el oncólogo al Servicio de Farmacia del Hospital "Virgen de la Arrixaca", en el que se señala: "*Paciente diagnosticada en octubre de 2006, de adenoca. (sic) colon izq. tratada con hemicolectomía. En mayo de 2007, metástasis pulmonar de crecimiento lento. Mayo de 2010, progresión ósea y hepática, pulmonar*".

Sobre la base de estos dos informes se solicita por el letrado actuante que se elabore por el SMS un nuevo informe facultativo.

Asimismo, el escrito de alegaciones extiende la pretensión indemnizatoria, que ahora comprende la cuantía inicialmente solicitada (12.858,02 euros), más el importe que legalmente proceda por el fallecimiento de la paciente, señalando que se tuviera por personadas en el procedimiento y parte en el mismo, por subrogarse en la posición de su madre, a las tres hijas de la fallecida, x, y, z, con las que se debían entender el resto de actuaciones que se siguieran en el procedimiento. Se adjunta certificado de defunción de la fallecida y copia notarial de su Libro de Familia.

Con posterioridad, el letrado presenta nuevo escrito de alegaciones fijando provisionalmente el importe de la indemnización solicitada en 61.790,04 euros, sin perjuicio de una liquidación posterior. Reitera, asimismo, su solicitud para que la Administración elabore un nuevo informe médico, sobre la base de los documentos aportados en su anterior escrito de alegaciones.

**NOVENO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica en relación con las alegaciones formuladas por la parte actora, se contesta que aquéllas no desvirtúan lo indicado en su anterior informe.

**DÉCIMO.-** Conferido nuevo trámite de audiencia, el letrado de la paciente presenta escrito de alegaciones en el que, tras reiterar lo expuesto en escritos anteriores y en la reclamación inicial,

expresa su discrepancia con la valoración realizada por Inspección Médica sobre sus alegaciones, solicitando que se practique prueba testifical de la médico de atención primaria y del oncólogo que trataron a la paciente desde la intervención quirúrgica de 13 de octubre de 2006 hasta su fallecimiento.

Insiste en que, advertida la existencia del pólipo ya en 2004, el médico de atención primaria no derivó a la paciente a atención especializada hasta dos años después, en 2006.

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 7 de marzo de 2011, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la declaración de responsabilidad patrimonial, en especial el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño alegado, ni la antijuridicidad de éste, dado que no se ha conseguido probar por la parte actora que la actuación de los facultativos intervinientes fuera contraria a la “lex artis”.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 5 de abril de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo para el ejercicio de la acción y procedimiento.**

1. Ha quedado acreditada en el expediente la condición de interesada de la reclamante, en calidad de usuaria del servicio público sanitario al que imputa el daño, para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 LPAC.

Su muerte durante la tramitación del procedimiento y la posterior subrogación de sus herederas, no altera la conclusión alcanzada acerca de la existencia de legitimación activa para reclamar. Y es que, conforme sostiene el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 1089/2003, de 17 de octubre, *“en el caso analizado existió un daño personal a la fallecida, (...). Tal derecho era resarcible a la propia perjudicada, la fallecida, la cual había solicitado el reconocimiento del derecho de forma personal, habiendo fallecido antes de que la Administración dictara resolución al respecto. Es obvio que de haberse reconocido por la Administración la existencia del derecho de indemnización el mismo hubiera sido transmisible, hereditariamente, a los ahora actores, (...), pues el derecho al resarcimiento puede existir, aun no reconocido en la vía administrativa. Tal derecho existe o no, más el devengo del mismo ya se habría generado una vez que se ha producido el supuesto de hecho que genera el mismo, no teniendo carácter constitutivo la resolución administrativa que pueda reconocer tal derecho al resarcimiento”*.

Al comparecer en el procedimiento, sin perjuicio de lo que enseguida se dirá sobre la forma en que tal personación se realiza, las hijas de la reclamante no se limitan a mantener la pretensión resarcitoria ejercitada por su madre, sino que la amplían, incluyendo como daño indemnizable el derivado del óbito de aquélla, para lo que ha de reconocérseles legitimación pasiva dado el evidente daño moral que supone la pérdida afectiva de un pariente tan cercano.

Ocurre, sin embargo, que aun cuando el Letrado actuante manifiesta obrar en nombre de las sucesoras de la reclamante, omite acreditar tal representación, extremo éste que el expediente no permite probar y sobre el que el órgano instructor tampoco ha efectuado requerimiento alguno para subsanar el advertido defecto de representación. No obstante, dado el sentido desestimatorio de la propuesta de resolución y la conclusión que se alcanza en este Dictamen, no se considera necesario recabar la acreditación de dicha pretendida representación.

Aunque la reclamación inicialmente se dirige a la Dirección Provincial del extinto INSALUD, una vez producido el traspaso a la Comunidad Autónoma de los servicios y funciones de la competencia de dicha entidad gestora, la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en su condición de titular de la función pública de asistencia sanitaria de la población y titular de los centros sanitarios donde se atendió a la paciente.

2. En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, en el caso de daños de carácter físico o psíquico aquél empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (artículo 142.5 LPAC). En el supuesto sometido a consulta, se trata de un proceso clínico de varios años de evolución cuyos principales hitos a efectos de la reclamación, en tanto que

actuaciones médicas a las que se imputa el daño, se producen en abril de 2004 (fecha en la que se detecta el pólipo y no se procede a su extracción) y septiembre de 2006 (cuando la especialista en digestivo no califica de urgente la intervención). Comoquiera que la reclamación inicial persigue el resarcimiento de los gastos habidos en la sanidad privada a partir de esta segunda actuación facultativa, cabe considerar que la acción indemnizatoria es temporánea, pues se ejercita el 2 de abril de 2007.

Igual conclusión se alcanza respecto a la pretensión indemnizatoria formulada por las hijas de la finada, pues se ejerce el 30 de noviembre de 2010, constando en el expediente que la paciente falleció el 1 de octubre de ese mismo año.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo en el plazo máximo para resolver que ha excedido en mucho el previsto (artículo 13.3 RRP).

Del mismo modo, no consta que por el órgano instructor se haya practicado la prueba testifical propuesta por la reclamante con ocasión del último trámite de audiencia, ni que se haya rechazado dicha solicitud de manera expresa y mediante resolución motivada, por considerarla manifiestamente improcedente o innecesaria (art. 80.3 LPAC). En cualquier caso, no parece necesaria la práctica de tal prueba, toda vez que los facultativos cuyo testimonio se propone recabar no son quienes atendieron a la paciente en los dos concretos episodios a los que se imputa el daño, sino que se trata de la médico de atención primaria y el especialista en oncología que trataron a la paciente tras la extirpación del pólipo el 13 de octubre de 2006 y hasta su fallecimiento. Su testimonio podría ser útil a efectos de determinar la conexión causal entre la patología colónica detectada en 2004 y la muerte de la paciente, extremo que el órgano instructor no ha puesto en duda, pero no para establecer los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial en este supuesto y que, como más adelante se indica, vienen referidos a las actuaciones médicas de abril de 2004 y septiembre de 2006, fechas en las que los facultativos propuestos como testigos (no como peritos) no trataban a la paciente.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios

públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano puede esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de poner todos los medios posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de medios. La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y a las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**CUARTA.- Los daños por los que se reclama indemnización.**

Conforme se desprende de los Antecedentes, la reclamante solicita inicialmente el resarcimiento de los gastos que alega sufridos en la sanidad privada (por la asistencia dispensada en la clínica “Virgen de La Vega” reseñada en su momento, aportando las correspondientes facturas) y que imputa a un anormal funcionamiento de los servicios sanitarios regionales en forma que se detallará en la siguiente Consideración y que, según alega, motivó dicha asistencia sanitaria privada.

Como indicamos en nuestros Dictámenes 157/2004 y 19/2011, entre otros, “en el Dictamen de 27 de noviembre de 2003 (Exp. 3322/2003), (el Consejo de Estado) recordó que “debe dilucidarse si los gastos realizados en la medicina privada son asumibles por la Administración sanitaria o deben ser soportados por el propio interesado. Únicamente procedería el abono de tales gastos, a título de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, en el caso de error de diagnóstico o inasistencia en la sanidad pública, y a título de reintegro de gastos, en el caso de que la atención en la sanidad privada traiga causa de una “urgencia vital”, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”.

Por tanto, el resarcimiento de los daños por los que ahora se reclama depende de que pueda considerarse acreditado que la paciente sufrió un error de diagnóstico o una falta u omisión de asistencia en la sanidad pública regional que justificara acudir, en el concreto caso, a un centro hospitalario privado como el de referencia, en el que se remediara dicho error o inasistencia.

**QUINTA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Inexistencia.**

La parte reclamante sustenta la pretensión de que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración regional en dos actuaciones que califica como inadecuadas y que determinaron, de una parte, que tuviera que acudir a la sanidad privada para obtener la curación, y de otra, que la evolución de la enfermedad derivara hasta la muerte de la paciente.

Las actuaciones anómalas que se imputan a la Administración son las siguientes:

1. No derivación a Atención Especializada para extirpación del pólipo descubierto en el colon de la paciente.

Según relata la actora, el 7 de abril de 2004 acude a su médico de atención primaria para mostrarle el resultado de una endoscopia baja realizada en un centro privado, en la que se aprecia que porta un pólipo colónico pediculado, respecto del cual un especialista privado en digestivo le aconseja que se lo extirpe *“sin prisa, pero sin pausa”*.

Afirma que, a la vista del resultado de la endoscopia, su médico de cabecera le aconseja que no se lo extirpe, pues a su juicio el pólipo no prosperaría; consejo que siguió la paciente.

El informe médico aportado al procedimiento por la aseguradora del SMS califica como un error claro contrario a normopraxis diagnosticar un pólipo pediculado en una colonoscopia y no proceder a su extirpación en ese momento. Esta decisión, referida en el informe a la actuación del médico privado que detectó el pólipo, permite considerar que también sería erróneo que, una vez conocida la existencia del pólipo por el médico de cabecera, éste aconsejara a la paciente la no extirpación y no la derivara al especialista a tal efecto, pues, como indica la Inspección Médica, *“uno de los métodos de prevención del cáncer de colon es la detección temprana y el tratamiento de pólipos”*. Y éste es, precisamente, el reproche que se efectúa a la actuación del médico de atención primaria.

Sin embargo, del expediente se deduce que tal derivación al especialista sí se realizó por el médico de cabecera. En efecto, al folio 30 del expediente consta el informe del indicado facultativo, que, en relación a la consulta de abril de 2004, manifiesta: *“acude con informe de médico privado (-) por realización de endoscopia baja y diagnóstico de pólipo pediculado a 40 cm. de ano, realizando un TAC abdominal que resulta ser normal, por lo que es derivada al especialista de digestivo para extirpación de dicho pólipo”*. Así se confirma al examinar la historia clínica, donde en la consulta de 7 de abril de 2004, consta la anotación *“INT.- digestivo”* (folio 40 del expediente), lo que, de conformidad con la Inspección Médica, significa que se cursó solicitud de interconsulta al especialista de digestivo. Sin embargo, también señala la Inspección Médica que, *“consultados los responsables del archivo de consultas de digestivo del Hospital Naval y del Hospital Santa María del Rosell, refieren que no hay documentación que refleje que la paciente hubiese acudido en 2004”*.

Concluye la Inspección que en la consulta de abril de 2004, el médico de atención primaria, ante la constancia de hallazgos patológicos, derivó a la paciente al especialista, si bien no consta que ésta acudiera.

Llama, entonces, la atención que en la historia clínica de atención primaria se contenga una anotación, de fecha 14 de septiembre de 2004, del siguiente tenor: *“tac normal, eco normal,*

*endoscopia con pequeño pólipo sigmoide*". En relación con este episodio, el médico de cabecera reseña en su informe que "se recibe informe de TAC y Ecografía normales, con endoscopia de pequeño pólipo sigmoide". No obstante, no consta que la paciente se realizara una nueva endoscopia distinta y posterior a la que aportó en abril de 2004, pues ni ella lo indica en su relato de los hechos, ni la Inspección Médica, tras la investigación realizada tanto en la sanidad pública como ante el centro privado en el que la paciente se había realizado la anterior colonoscopia, constata la existencia de esa prueba. En consecuencia, cabe considerar que la endoscopia a que se refiere la historia clínica en la anotación correspondiente al 14 de septiembre de 2004 es la misma que aportó la paciente en abril de 2004, que sería nuevamente referenciada en la historia por el médico de cabecera para agrupar el resultado de todas las pruebas diagnósticas referidas a la patología abdominal de la paciente.

Ésta, por su parte, afirma que en la consulta de 7 de abril de 2004 el médico le aconseja que no se intervenga del pólipo pues, por su edad, lo más probable es que no prosperara. Sin embargo, la reclamante no aporta prueba alguna que dé soporte a dicha afirmación, la cual, de ser cierta, resultaría contradictoria con la actuación del facultativo, esta sí contrastada en la historia clínica, de remitir a la paciente al especialista en digestivo.

En consecuencia, cabe afirmar que el médico de atención primaria actuó correctamente al derivar a la paciente al especialista de digestivo, sin que conste que aquella siguiera tal indicación.

2. No calificar como urgente la extirpación del pólipo en la consulta de digestivo de septiembre de 2006.

Para la reclamante, la digestóloga que le asiste en septiembre de 2006, tras ser derivada por su médico de atención primaria al persistir y agravarse las molestias abdominales que venía padeciendo desde años atrás, yerra al calificar la realización de colonoscopia y polipectomía como preferente y no como urgente, pues ello conlleva una demora en el tratamiento quirúrgico que hace peligrar su vida.

La paciente es citada para la intervención el 2 (no el 11 como de forma errónea señala en la reclamación) de noviembre de 2006 (folio 9 del expediente).

Al folio 48 del expediente consta el informe de la especialista en digestivo que atiende a la paciente en consulta de 6 de septiembre de 2006. Explica que "la vía urgente queda reservada para los casos de riesgo vital inmediato que no lo había en este caso por no estar la paciente con anemia sintomática, obstruida ni con sangrado activo en cuyo caso le hubiera propuesto el ingreso

*hospitalario*". Esta decisión es considerada acertada por la Inspección Médica, compartiendo esta apreciación los peritos de la aseguradora, para quienes al no existir una urgencia vital (paciente con rectorragias que no le producían inestabilidad hemodinámica, ni presentaba clínica de obstrucción) la solicitud de colonoscopia preferente era adecuada. Estos últimos inciden también en que, a la vista del desarrollo de los hechos, *"la realización de una endoscopia baja el 2/11/06 ó 3 semanas antes* (la paciente es intervenida en la sanidad privada el 13 de octubre de 2006), *no hubiera modificado para nada el curso de la enfermedad*". Es decir, la demora derivada de acudir a los servicios médicos asignados por la sanidad pública no habría supuesto un riesgo para la vida e integridad física de la paciente ni una pérdida de oportunidades de curación o mejoría.

Frente a la valoración positiva que de la actuación facultativa realizan los médicos informantes y la Inspección Médica, no puede oponerse la mera apreciación de la parte reclamante acerca de la urgencia de la intervención y la inconveniencia de la demora de unas pocas semanas en llevarla a efecto, al no apoyar tal consideración en una prueba que, a la luz de la ciencia médica, permitiera desvirtuar el juicio de adecuación a la *lex artis* que de las pruebas practicadas se deduce. A tal efecto, el informe del cirujano que la intervino el 13 de octubre de 2006 y que consta al folio 11 del expediente, no efectúa una valoración crítica de la decisión facultativa en cuestión ni señala la urgencia vital de tal operación, limitándose a describir la situación pre y post operaria de la paciente, así como los resultados de la intervención.

En consecuencia, correspondiendo a la parte reclamante probar todos aquellos hechos en los que sustentar su pretensión (art. 217 LEC), al no haber acreditado que la decisión facultativa de calificar la intervención como preferente y no urgente resultaba contraria a normopraxis, no puede conectarse causalmente el daño alegado con el funcionamiento del servicio público sanitario ni afirmarse el carácter antijurídico de aquél, por lo que procede desestimar la reclamación.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 169-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por caída en la estación de autobuses de Cartagena

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 28/07/2011

**Extracto de doctrina**

Es necesario completar la instrucción del procedimiento, dando traslado de la reclamación al Ayuntamiento de Cartagena, para que pueda presentar las alegaciones que estime oportuno y aporte información al expediente acerca de la realidad de los hechos alegados y de la eventual formulación de reclamación de responsabilidad patrimonial ante dicha Corporación por la interesada, por los mismos hechos.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 18 de febrero de 2009, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la entonces Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, solicitando la declaración de su derecho a ser indemnizada por los daños que dice haber sufrido a consecuencia de una caída sufrida en los aseos de la Estación de Autobuses de Cartagena.

Relata la reclamante que el 7 de mayo de 2007 (sic) sufrió una caída en el lugar reseñado, debido a la gran cantidad de agua que había en el suelo de los aseos, careciendo además de señalización que advirtiera de tal circunstancia.

Como consecuencia de la caída, la interesada sufre lesiones de diversa consideración que, según informe de valoración que acompaña a su reclamación, consisten en policontusiones, traumatismo craneo-facial, herida inciso contusa de 2,5 cms. en región ceja derecha, que precisa sutura, y hematoma infraorbitario derecho. Tardó 30 días en curar, de los cuales 15 fueron impeditivos. Resta como secuela un perjuicio estético ligero, que se valora en 4 puntos.

Solicita una indemnización, por todos los conceptos, de 3.791,35 euros.

Aporta junto a su reclamación, además del ya citado informe de valoración médica, informe de asistencia en urgencias hospitalarias el día del accidente (7 de mayo de 2008, no de 2007, como por error se afirma en el escrito de reclamación), reportaje fotográfico expresivo de las lesiones padecidas, reclamación presentada en la misma estación de autobuses (también de fecha

7 de mayo de 2008), y copia de escritura de poder para pleitos a favor del letrado que presenta la reclamación en representación de la interesada.

Propone, asimismo, prueba testifical de una persona.

**SEGUNDO.-** Requerida la interesada, en fecha 27 de mayo de 2009, para que aporte diversa documentación e información adicional, lo cumplimenta el 19 de junio.

**TERCERO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, acerca de la titularidad de la estación de autobuses y de las competencias de mantenimiento, limpieza y conservación de la misma, se recibe informe de la Dirección General de Transportes y Puertos, del que se desprende que la estación de autobuses de Cartagena es de titularidad autonómica, que la construye en terrenos cedidos por el Ayuntamiento de Cartagena, al que por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de marzo de 1995, se cede el uso, gestión y explotación de la misma por un período de 50 años. La referida Corporación Local debía explotar el inmueble cedido mediante concesión administrativa otorgada por concurso, si bien provisional e inicialmente, la explotación se llevó a cabo por la Sociedad -- hasta que se resolviera el indicado concurso para la adjudicación de la concesión. En la fecha del informe la explotación corresponde a la empresa --, constituida el 1 de febrero de 1996, que sucede a la anterior mercantil explotadora.

La limpieza de la estación corresponde a la empresa --, en virtud de contrato de limpieza suscrito entre ésta y la empresa concesionaria --.

Se adjunta al informe, entre otros documentos, los siguientes: a) Orden de 19 de abril de 1995, de la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas, por la que se aprueban las tarifas de aplicación y el Reglamento de Régimen Interior de la Estación de Autobuses de Cartagena; b) concesión administrativa para la gestión del servicio; y c) contrato de limpieza.

**CUARTO.-** Intentada la práctica de la prueba testifical propuesta por la interesada, la testigo manifiesta su imposibilidad de comparecer ante el órgano instructor, proponiendo éste a la interesada la aportación de declaración de la testigo, sin que conste en el expediente dicha declaración.

Por el letrado de la interesada se interesa la práctica de prueba testifical en la persona del marido de la accidentada, a lo que se accede. Practicada la prueba el 8 de marzo de 2010, el testigo se somete al interrogatorio propuesto por la interesada, sin que por el órgano instructor se formulen repreguntas.

La declaración confirma la versión de los hechos en que se basa la pretensión indemnizatoria, en el sentido de que había agua en el suelo de los aseos y que no existía señalización alguna en el momento del accidente. Cuando volvieron del hospital ya sí estaba la señal puesta.

**QUINTO.-** Conferido trámite de audiencia a la interesada, presenta escrito de alegaciones para ratificarse en las formuladas en su solicitud inicial, considerando que han quedado acreditados los hechos en los que se basa la reclamación y la concurrencia de los requisitos establecidos por el ordenamiento para que nazca la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

**SEXTO.-** Con fecha 16 de marzo de 2011, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no constar acreditada la concurrencia de los requisitos a los que la Ley vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el hecho acaecido, con su efecto lesivo, y el funcionamiento del servicio público de carreteras (sic).

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 16 de mayo de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

#### **SEGUNDA.- Omisión de actos de instrucción necesarios.**

Si bien, según se desprende del informe de la Dirección General de Transportes y Puertos que consta en el expediente, la titularidad del inmueble en la que se produce el accidente corresponde a la Comunidad Autónoma, la gestión y explotación del mismo para el servicio público a que se destina está cedida al Ayuntamiento de Cartagena desde el año 1995, que gestiona dicho servicio de forma indirecta mediante una concesión administrativa a una empresa, que, a su vez, tiene contratado el servicio de limpieza con una empresa de servicios.

Es evidente que existe una pluralidad de sujetos que pueden ser centros de imputación del daño lo que, como primera incógnita a desentrañar en el supuesto sometido a consulta, exige establecer a cuál de los sujetos intervinientes resulta achacable el daño y a cuál de las dos Administraciones Públicas corresponde la titularidad del servicio a cuyo funcionamiento se pretende anudar causalmente el perjuicio alegado.

Y es que Comunidad Autónoma y Ayuntamiento concurren en la prestación del servicio. Este último como entidad responsable del uso de un bien de titularidad autonómica, en los términos establecidos en el artículo 76 de la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que tiene por destino servir de infraestructura material para la prestación de un servicio, el de estación de transporte de viajeros, cuya explotación realiza la Corporación Local mediante gestión indirecta por concesión.

*Prima facie*, esta explotación municipal del servicio podría llevar a considerar que éste es estrictamente municipal; sin embargo, de conformidad con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en Sentencia 118/1996, *“las estaciones de transporte son elementos imprescindibles y complementarios del transporte que a través de ellas discurre y, por consiguiente, la distribución de competencias respecto de ellas ha de ser la misma que rige los transportes”*, de modo que en presencia de una estación de autobuses destinada al transporte interurbano de viajeros, las competencias normativas, autorizatorias y de supervisión y control sobre la misma corresponden a la Comunidad Autónoma, no al Ayuntamiento, cuya competencia es meramente ejecutiva.

En consecuencia, la Comunidad Autónoma, en su día, debió de autorizar la prestación del servicio de estación de transporte de viajeros (arts. 128 de la Ley 16/1987 de 30 julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y 184 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, ambos en la versión vigente al momento en que se establece la estación de autobuses de Cartagena), impuso la modalidad en la que había de prestarse el servicio (art. 41.5 RD 1211/1990) y aprobó las tarifas a aplicar y el reglamento de régimen interior de la estación.

Por tanto, considera el Consejo Jurídico que es necesario completar la instrucción del procedimiento, dando traslado de la reclamación al Ayuntamiento de Cartagena, para que pueda presentar las alegaciones que estime oportuno y aporte información al expediente acerca de la realidad de los hechos alegados y de la eventual formulación de reclamación de responsabilidad patrimonial ante dicha Corporación por la interesada, por los mismos hechos.

Procede, en consecuencia, completar el expediente en los términos indicados.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución, al considerar el Consejo Jurídico que procede completar la instrucción del procedimiento con las actuaciones indicadas en la Consideración Segunda de este Dictamen.

Una vez realizadas aquéllas habrá de formularse nueva propuesta de resolución y recabar el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 170-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x. en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

**Fecha** 28/07/2011

**Extracto de doctrina**

En supuestos de daños producidos durante la clase de educación física, es constante y reiterada la doctrina de los consejos consultivos que excluye la responsabilidad de la Administración cuando el ejercicio se desarrolla dentro del riesgo que en sí misma entraña la práctica deportiva.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante un escrito de 24 de enero de 2011 x interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo, solicitando una indemnización de 72,85 euros, precio de las gafas que el reclamante hubo de reponer al resultar rotas las de su hijo, x, el 17 de diciembre último, por el impacto de un balón cuando jugaba al básquet en clase de educación física correspondiente a cuarto de la ESO, en el IES Diego Tortosa, de Cieza. Justifica el importe de las gafas mediante factura de un establecimiento especializado. El accidente escolar fue comunicado por el Director del Instituto el 17 de diciembre de 2010.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora por Resolución de la Secretaría General de 16 de febrero de 2010, notificada el 24 siguiente, fue solicitado informe ampliatorio del Centro; emitido el 24 de febrero de 2011, indica que la actividad que se realizaba en la hora de educación física está recogida en la programación didáctica del centro, y presenta los riesgos propios la actividad física moderada y reglada; señala que el accidente fue presenciado por el profesor de la asignatura y por los restantes alumnos, según los cuales el accidente fue producto de un lance propio del juego, al verse sorprendido el alumno por la inesperada trayectoria del balón.

**TERCERO.-** Conferida audiencia al reclamante, no consta que formulara alegaciones; el 12 de mayo de 2011 se formuló propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación. A partir del relato del profesor de educación física considera probado que el impacto del balón se produce fortuitamente, a pesar de la actitud diligente de los profesores.

Y en tal estado, cumplimentado el expediente con el reglamentario índice de documentos y con el extracto de secretaría, fue formulada la consulta, que tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 20 de mayo de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

La reclamación ha sido formulada por persona legitimada y dentro del plazo de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo competente la Consejería consultante para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Centro en el que ocurrieron los hechos.

#### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

El Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente que, según la jurisprudencia del TS, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial administrativa de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el suceso dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos y con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. Particularmente en supuestos de daños producidos durante la clase de educación física, es constante y reiterada la doctrina de los consejos consultivos que excluye la responsabilidad de la Administración cuando el ejercicio se desarrolla dentro del riesgo que en sí misma entraña la práctica deportiva.

En el caso de la consulta, es cierto que el efecto dañoso existe y que se produce en el seno del servicio público entendido como “giro o tráfico administrativo”, aun siendo el instituto de titularidad pública y su gestión una competencia de la Administración regional, no existen, al menos probadas, otras circunstancias que permitan imputar a la Consejería tales efectos dañosos. De los hechos recogidos en el informe del centro puede calificarse el accidente como un suceso desafortunado, pero en ningún caso atribuible directa ni indirectamente al funcionamiento del servicio público ni a la actuación de algún profesor. Puede afirmarse que el grado de diligencia exigible al centro no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas. Se percibe que el daño se debe a las circunstancias propias del ejercicio, y es de resaltar que el reclamante no achaca al centro ni a su personal conducta alguna que pudiera haber influido en el suceso, circunstancias todas que no permiten apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**-Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, dada la ausencia de los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 171-2011**

**Asunto** Proyecto de Decreto de Régimen Jurídico de la Gestión Electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas (2008)

**Fecha** 02/08/2011

**Extracto doctrina**

1. El Proyecto persigue el desarrollo de la LAE para permitir implantar en el ámbito de la Administración regional ese novedoso modo de hacer las cosas que supone la Administración electrónica y que, en definitiva, no es sino aplicar medios modernos a las mismas realidades y situaciones que la Administración ha debido afrontar desde siempre, para aprovechar las funcionalidades que ofrece la técnica, facilitando una actuación administrativa más ágil y eficiente en el servicio a los ciudadanos. Por ello, la utilización de los medios electrónicos ha de conjugarse con las normas del procedimiento administrativo, que subsisten y han de ser respetadas, sin perjuicio de las puntuales adaptaciones que tanto a través de las modificaciones normativas como de la interpretación de los preceptos exigen las singularidades tecnológicas de las nuevas herramientas.

2. Si de ordinario la determinación del órgano competente para promover el dictado de una norma reglamentaria atenderá a la competencia sustantiva que se ejerce con la iniciativa reglamentaria, en ocasiones, el elemento instrumental adquiere tal relevancia que obliga a reconocerle una sustantividad propia. Considera el Consejo Jurídico que así ocurre en el Proyecto sometido a consulta, pues en definitiva y al margen de los cambios que en el régimen jurídico de los actos y el procedimiento administrativos haya que introducir, éstos serán los necesarios para posibilitar que el futuro Decreto alcance su objetivo principal como es el desarrollo y aplicación en el ámbito de la Administración regional de la LAE, cuyo centro de gravedad lo constituyen los medios electrónicos y las tecnologías de la información, para posibilitar su uso en las relaciones de los ciudadanos con las Administraciones Públicas, en la actividad administrativa y en las relaciones de las distintas Administraciones entre sí.

3. Se advierte la contradicción de algunos preceptos del Proyecto con la doctrina de este Consejo Jurídico sobre los estrictos límites con que la Ley 6/2004 configura la potestad reglamentaria de los Consejeros, quienes sólo están habilitados para el dictado de normas de carácter organizativo interno de sus respectivos Departamentos, pudiendo aprobar reglamentos con eficacia ad extra sólo cuando vengan expresa y específicamente habilitados por una norma de rango legal.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 9 de septiembre de 2008, la Consejería de Economía y Hacienda y la Universidad de Murcia suscriben convenio de colaboración para el estudio jurídico y desarrollo

normativo del uso de medios electrónicos por la Administración Pública, en particular en el procedimiento electrónico en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Fruto de este convenio y tras diversas reuniones de trabajo, la Universidad elabora un primer texto articulado, que no se ha incorporado al expediente remitido al Consejo Jurídico.

**SEGUNDO.-** Con fecha 20 de julio de 2009 y sobre la base del texto elaborado por la Universidad, la Inspección General de Servicios, adscrita a la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos, elabora un borrador de Anteproyecto de Decreto de Administración Electrónica de la Región de Murcia, al que se añaden “adaptaciones y modificaciones”.

Este texto se remite a todas las Consejerías y Organismos de la Administración regional, solicitando informe al borrador y determinación de las consecuencias económicas que podría originar.

Asimismo, se solicita informe a la Dirección General de Informática y al Centro de Documentación e Información (CEDI).

**TERCERO.-** Como consecuencia de la consulta efectuada, formulan observaciones los siguientes órganos y organismos:

- Secretarías Generales de las Consejerías de Cultura y Turismo; de Educación, Formación y Empleo (informes jurídico y del Servicio de Gestión Informática); de Agricultura y Agua (informes jurídico y del Servicio de Gestión Informática); de Política Social, Mujer e Inmigración; de Sanidad y Consumo.

- Direcciones Generales de Arquitectura y Vivienda; de Universidades y Política Científica; y de Industria, Energía y Minas.

- Instituto Murciano de Acción Social.

- Boletín Oficial de la Región de Murcia (BORM).

- Agencia Regional de Recaudación.

- Instituto de Fomento de la Región de Murcia (INFO).

- CEDI.

La Dirección General de Informática y Comunicaciones, por su parte, analiza las exigencias técnicas que derivan de la regulación contenida en el texto e informa acerca de su operatividad o no en la actualidad y del coste de implantación de las no operativas, coste que asciende a 648.000 euros para el desarrollo del servicio y 120.000 euros para la gestión del proyecto y soporte.

**CUARTO.-** Con fecha 22 de septiembre de 2009, el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas emite el preceptivo informe sobre el texto. Formula observaciones de técnica normativa y al contenido, para lograr su mejor adecuación a la normativa básica, y pone de manifiesto diversas carencias formales derivadas de la omisión de trámites del procedimiento de elaboración reglamentaria, por lo que concluye devolviendo el expediente para que sea completado.

**QUINTO.-** El 14 de enero de 2010, la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos elabora una memoria justificativa de la futura disposición, según la cual, supone un nuevo hito en la incorporación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) a la Administración regional y constituye un desarrollo reglamentario de las previsiones establecidas en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (LAE).

A tal efecto, se señala como finalidad del Proyecto la de establecer el marco general de la gestión electrónica de la Administración regional, mediante su sistematización en un solo texto, al objeto de dotar de seguridad jurídica y de mayor eficacia a la actuación administrativa, estableciendo para ello la previa autorización de las distintas aplicaciones y la figura del informe previo. Así, se desarrollan los derechos de los ciudadanos ante la Administración, las actuaciones administrativas automatizadas, los sistemas de identificación y autenticación de la Administración y de los ciudadanos, la sede electrónica de la Administración, el tablón de anuncios electrónico, la gestión documental, el registro electrónico único, las comunicaciones y notificaciones electrónicas, la simplificación de procedimientos y la utilización de medios electrónicos en la tramitación del procedimiento.

**SEXTO.-** El 18 de enero, una Inspectora General de Servicios realiza un extenso y detallado informe valorativo de las alegaciones y sugerencias formuladas al primer texto, justificando su rechazo o incorporación a la futura disposición.

Al parecer, de dicho informe se dio traslado a las Consejerías, Organismos Públicos y Entidades de Derecho Público dependientes de la Administración regional, lo que motivó diversas observaciones de los siguientes órganos y entes:

- Secretarías Generales de las Consejerías de Educación, Formación y Empleo, y de Economía y Hacienda.

- INFO

- BORM

Dichas observaciones fueron objeto de valoración y contestación expresa por parte de la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos.

**SÉPTIMO.-** El 4 de febrero se incorpora al expediente un informe de impacto por razón de género.

**OCTAVO.-** El 15 de febrero se elabora el preceptivo estudio económico, que pone de manifiesto cómo una buena parte de los costes derivados de la aplicación del futuro Decreto no supondrán un aumento de gasto, toda vez que se refieren a medidas que ya están implantadas en la Administración regional. Se calcula el coste de implantación de las medidas derivadas del futuro Decreto en una cifra cercana a los 800.000 euros.

**NOVENO.-** El 8 de marzo, y a propuesta de su Vicesecretaría, la Consejería promotora del Proyecto lo somete a información pública, siendo publicado el correspondiente anuncio en el BORM número 82, de 12 de abril de 2010.

**DÉCIMO.-** Durante dicho trámite, formulan alegaciones la Dirección General del Libro, Archivos y Bibliotecas, dependiente de la Consejería de Cultura y Turismo, y la mercantil --, que son objeto de valoración por la Inspección General de Servicios, que asume algunas de las indicadas por el citado centro directivo, rechazando las formuladas por la mercantil.

**UNDÉCIMO.-** El 1 de julio de 2010, la Vicesecretaría de la Consejería impulsora del Proyecto emite su informe preceptivo, en sentido favorable al mismo.

Se incorpora al expediente un autodenominado "texto autorizado", fechado el 24 de junio de 2010 y carente de firma, que incorpora las modificaciones operadas como consecuencia de las

observaciones y alegaciones formuladas a lo largo del procedimiento de elaboración reglamentaria. Se trata de la tercera versión del texto que consta en el expediente.

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 14 de julio de 2010, la Inspección General de Servicios emite informe valorativo de las observaciones y alegaciones formuladas al texto por el Servicio de Gestión Informática de la Consejería de Educación, Formación y Empleo.

**DECIMOTERCERO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 6 de octubre de 2010, en sentido favorable al Proyecto, si bien se formulan observaciones de diversa naturaleza y alcance. Así, se pone de manifiesto la omisión de trámites preceptivos, como el informe de la Dirección General de Presupuestos, el trámite de audiencia y el informe de coherencia con el Plan Estratégico de la Región de Murcia 2007-2013, en atención al carácter de proyecto emblemático que reviste el desarrollo de una administración electrónica fácil y accesible.

Analiza el informe el reparto competencial orgánico y sanciona, con matices, el sistema establecido en el Proyecto de decisión compartida entre las Consejerías competentes en materia de innovación de los servicios públicos y de informática.

Efectúa advertencias acerca de la técnica de la *lex repetita* y de las habilitaciones a los Consejeros para determinadas actuaciones, que pudieran contrariar la reserva de norma con rango legal para efectuar habilitaciones reglamentarias a los titulares de los Departamentos.

La Dirección de los Servicios Jurídicos, asimismo, formula objeciones de legalidad a los artículos 4 (para establecer un catálogo de derechos); 19 (concepto de representación del ciudadano por un funcionario público); 34.2 y 57.1 (rango normativo inadecuado para imponer una carga a los ciudadanos); 58.3 (limitaciones a los cambios abusivos de medio de comunicación no amparada en legislación básica); 59.7 (falta de adecuación a la legislación básica); y 71.3 (contradicción con la norma básica).

**DECIMOCUARTO.-** El 26 de octubre, una Inspectora General de Servicios elabora un documento valorativo sobre las observaciones efectuadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, asumiéndolas en su mayor parte y justificando el rechazo de las restantes.

Como resultado de las modificaciones derivadas de las observaciones asumidas, se elabora una nueva versión del texto, la cuarta.

**DECIMOQUINTO.-** El 22 de noviembre, el Inspector Jefe elabora una memoria de repercusiones presupuestarias del Proyecto, en la que sostiene que su aprobación “*no supone ninguna obligación presupuestaria adicional por encima de lo ya previsto para las Administraciones Públicas en la LAE y por tanto no impone ningún requerimiento presupuestario adicional a lo ya establecido por la legislación básica estatal, no resultando, a nuestro juicio, preceptiva la elaboración de una memoria económica*”.

**DECIMOSEXTO.-** Con fecha 29 de octubre, se dicta Resolución de la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos, por la que se acuerda la apertura del trámite de audiencia, siendo publicada tal resolución en el BORM núm. 260 de 10 de noviembre.

Con fecha 25 de noviembre, presenta alegaciones la mercantil --, que aboga por regular en el Proyecto la posibilidad de efectuar notificaciones administrativas a través de mensajes SMS certificados, aportando diversa documentación justificativa de la, a su entender, plena validez y adecuación al régimen de las notificaciones electrónicas establecido por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (LAE).

Esta alegación es analizada en sentido desfavorable por la Inspección General de Servicios, por lo que se rechaza su incorporación al texto.

Del mismo modo, a lo largo del mes de diciembre de 2010, se procede a conferir trámite de audiencia a las siguientes entidades y organizaciones: Thader, Federación Murciana de Asociaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios; Unión de Consumidores de Murcia; Consumur (Facua); Confederación Regional de Organizaciones Empresariales de Murcia; Cámaras de Comercio de Murcia, Cartagena y Lorca.

Ninguna de las organizaciones oídas formula observaciones al texto.

**DECIMOSÉPTIMO.-** Con fecha 19 de enero de 2011 se elabora una nueva memoria económica, con base en cuyas estimaciones, el 3 de febrero se emite el preceptivo informe de la Dirección General de Presupuestos. En él se indica que la aplicación del futuro Decreto tendrá un coste económico de 1.909.700,28 euros para el ejercicio 2011, existiendo crédito suficiente en cada una de las partidas y proyectos asignados a cada actuación, si bien, dichos créditos ya se están ejecutando.

**DECIMOOCCTAVO.-** Consta en el expediente que se ha emitido informe de coherencia con el Plan Estratégico de la Región de Murcia 2007-2013.

**DECIMONOVENO.-** A los folios 19 y siguientes del expediente consta un texto del Proyecto autorizado por la Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas, fechado el 14 de febrero de 2011.

**VIGÉSIMO.-** Con fecha 14 de febrero, el Vicesecretario de la Consejería proponente formula nuevo informe favorable al Proyecto.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 23 de febrero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

1. El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), conforme al cual el Consejo habrá de ser consultado en relación con los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo de legislación básica del Estado.

2. El alcance de la actuación del Consejo Jurídico de la Región de Murcia cuando del examen de las disposiciones reglamentarias se trata, comporta el estudio de la competencia de la Comunidad Autónoma, la habilitación del Consejo de Gobierno para dictar la norma en cuestión, la comprobación de que se hayan seguido los trámites procedimentales previstos en la Ley para elaborarlo y, especialmente, el análisis de su adecuación al ordenamiento jurídico vigente. Todo ello sin olvidar la posibilidad de formular sugerencias acerca de eventuales deficiencias a evitar o de posibles mejoras, tanto de contenido como de técnica normativa, con el objetivo primordial de facilitar su pacífica inserción en el ordenamiento y procurar la mayor perfección de la futura norma.

#### **SEGUNDA.- Texto sometido a consulta.**

El texto autorizado que como versión definitiva del Proyecto se somete a consulta del Consejo Jurídico consta de índice, una parte expositiva innominada, 71 artículos, 10 disposiciones adicionales, dos transitorias y una derogatoria.

El articulado se estructura en los siguientes Títulos y Capítulos:

Título I. Disposiciones Generales.

Título II. Identificación y autenticación.

Capítulo I. Disposiciones Comunes.

Capítulo II. Identificación y Autenticación de la  
Administración Pública.

Capítulo III. Identificación y Autenticación de los Ciudadanos.

Título III. Sede y Tablón Electrónico.

Capítulo I. Sede Electrónica de la Administración Pública de la  
Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Capítulo II. Publicación de Actos Administrativos en la Sede  
Electrónica.

Título IV. Gestión Documental.

Capítulo I. Principios Generales.

Capítulo II. Documentos Electrónicos.

Capítulo III. Derechos de los Ciudadanos.

Capítulo IV. Expediente Administrativo Electrónico.

Capítulo V. Conservación y Archivo.

Título V. Registros, Comunicaciones y Notificaciones Electrónicas.

Capítulo I. Registro Electrónico Único.

Capítulo II. Comunicaciones y Notificaciones Electrónicas.

Título VI. Utilización de Medios Electrónicos en la Tramitación del Procedimiento.

**TERCERA.- Procedimiento de elaboración reglamentaria y conformación del expediente.**

En términos generales la tramitación del Proyecto se ha ajustado a las normas que rigen el ejercicio de la potestad reglamentaria, contenidas en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, sin que se aprecien carencias esenciales. No obstante, cabe hacer las siguientes observaciones:

a) De conformidad con el artículo 53.3, letra b) de la Ley 6/2004, la decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados deberá ser motivada por el órgano que acuerde dicho trámite. Sin embargo, no consta tal motivación.

Asimismo, considera el Consejo Jurídico que habría sido conveniente recabar el parecer del Consejo Asesor Regional para el Desarrollo de la Sociedad de la Información, creado por Decreto 136/2005, de 2 de diciembre, toda vez que una de las finalidades declaradas de la Ley cuyo desarrollo se efectúa por el Proyecto es, precisamente, contribuir al desarrollo de la Sociedad de la Información en el ámbito de las Administraciones Públicas y en la sociedad en general (art. 3.7 LAE).

Del mismo modo, no consta que se haya dado traslado del Proyecto a las Corporaciones Locales de la Región de Murcia, ni de forma individual ni a través de los órganos que tienen atribuida la función de participación institucional como el Consejo Regional de Cooperación Local, a pesar de contener el Proyecto determinadas previsiones que pueden afectarles en el ejercicio de sus competencias. Así, los artículos 3, letra b), o 19.3 del Proyecto. Debe recordarse que el artículo 3 de la Ley de creación del indicado organismo, le asigna las funciones de emitir informe sobre los proyectos de reglamento reguladores de los distintos sectores de la acción pública de la Administración regional que afecten al ámbito de competencias de la Administración local (apartado 1, letra a) y de conocer e informar cuantos asuntos, no previstos expresamente en el indicado artículo, convengan a la mejor coordinación entre ambas Administraciones Públicas.

b) Carece el expediente de la relación de disposiciones cuya vigencia resultará afectada por la entrada en vigor de la nueva norma. Adviértase que, de los términos en que se expresa el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, cabe interpretar que cualquier afección de la vigencia ha de ser tenida en cuenta, es decir, no sólo la más radical que supone la derogación, sino también otras incidencias de menor intensidad, tales como las modificaciones, expresas o tácitas, de preceptos concretos, el desplazamiento de la aplicación por vía de supletoriedad de normas estatales por la aprobación de normas regionales, etc. Y es que la exigencia contenida en el precepto legal se enmarca, en la fase de elaboración normativa, entre aquellas actuaciones que persiguen aportar un conocimiento pleno no sólo de las razones o motivos que justifican la oportunidad y necesidad de la norma en general o de las concretas determinaciones normativas que establezca, sino también de las consecuencias de toda índole que tendrá su aprobación, para posibilitar su mejor inserción en el ordenamiento, evitando indeseables antinomias y vacíos de regulación.

c) Carece el expediente de la propuesta de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas al Consejo de Gobierno para la aprobación del texto como Decreto.

d) Adolece el expediente remitido al Consejo Jurídico de un criterio homogéneo de ordenación, lo que dificulta su consulta y manejo. Así, aunque parece seguir un criterio cronológico, éste no se aplica de modo uniforme, pues documentos y trámites posteriores en el tiempo se preordenan a otros anteriores y viceversa.

e) Una de las funciones que cumple el expediente en el procedimiento de elaboración reglamentaria es ilustrar acerca de los cambios de redacción introducidos a lo largo de la gestación de la futura norma, para lo que resulta esencial la unión al expediente de los diversos borradores o versiones del texto. En el supuesto sometido a consulta, el expediente no incluye el texto elaborado por la Universidad de Murcia y que sirvió como punto de partida o documento de trabajo para el primer borrador del texto.

#### **CUARTA.- Competencia material y habilitación reglamentaria. Competencia orgánica.**

1. La materia en que se incardina el Proyecto sometido a consulta es la del procedimiento de producción de los actos administrativos, que se contempla en el artículo 105,c) CE y que, en lo que se refiere al procedimiento administrativo común, tiene reservado el Estado, ex artículo 149.1,18ª CE dejando a salvo la regulación de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, que corresponde a cada una de ellas.

La delimitación competencial de la materia entre Estado y Comunidades Autónomas exige, en primer lugar, determinar el alcance del “procedimiento administrativo común”, en tanto que espacio vedado a la actividad normativa regional. Un segundo límite vendrá establecido por la concreción de qué ha de entenderse por normas procedimentales derivadas de las especialidades organizativas propias.

De conformidad con la doctrina constitucional, *“el adjetivo “común” que la Constitución utiliza lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del iter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento”* (STC 227/1998). Sin embargo, *“de ello no puede deducirse que forme parte de esa materia competencial toda regulación que de forma indirecta pueda tener alguna repercusión o incidencia en el*

*procedimiento así entendido o cuyo incumplimiento pueda tener como consecuencia la invalidez del acto” (STC 50/1999).*

Es en esta precisión que pone de relieve el Tribunal Constitucional donde se incardina la competencia autonómica en la materia, de forma que el procedimiento administrativo común no llega a agotar toda la regulación del cauce formal de elaboración de los actos administrativos, sino que establece los elementos y garantías esenciales, que habrán de ser respetados por los procedimientos específicos que se dicten para la producción de determinados actos y disposiciones, cuya normación no está constitucionalmente reservada al Estado.

Así, señala el Tribunal Constitucional que *“sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del "procedimiento administrativo común", que en la actualidad se encuentran en las Leyes generales sobre la materia -lo que garantiza un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones públicas, como exige el propio art. 149.1.18ª,- coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa "ratione materiae". La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración (...) En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias” (STC 227/1988).*

Las normas del procedimiento administrativo común coexisten en la LPAC con las relativas al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de los actos administrativos, cuyas bases corresponde dictar al Estado (art. 149.1.18ª CE). Entre dichas normas, el artículo 45.1 impone a las Administraciones Públicas la obligación de impulsar el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes.

La aprobación de la LAE, norma básica en su mayor parte y que resulta aplicable a todas las Administraciones Públicas, a los ciudadanos en sus relaciones con éstas y a las relaciones interadministrativas, consagra, como afirma su Exposición de Motivos, *“la relación con las Administraciones Públicas por medios electrónicos como un derecho de los ciudadanos y como una*

*obligación correlativa para tales Administraciones*". El reconocimiento de tal derecho y su correspondiente obligación se erigen así en el eje central de la Ley.

Como ponen de relieve los órganos consultivos con ocasión de sus dictámenes sobre los proyectos normativos de desarrollo de la LAE (por todos, Dictamen 284/2009, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha), se supera de este modo la mera previsión de impulsar el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos dirigida a la Administración por la LPAC, estableciendo un marco jurídico que facilite la extensión de estas tecnologías. Para ello -como señala también la LAE en su parte expositiva- "*esta Ley pretende dar el paso del "podrán" por el "deberán"*", a cuyo fin deroga diversas previsiones facultativas contenidas en la LPAC: apartado 9 del artículo 38, sobre registros telemáticos; apartados 2, 3 y 4 del artículo 45, sobre incorporación de medios electrónicos a las Administraciones Públicas; y apartado 3 del artículo 59, sobre notificaciones por medios telemáticos, y la disposición adicional decimoctava, sobre presentación telemática de solicitudes y comunicaciones dirigidas a la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos.

Como consecuencia de lo anterior, el artículo 6 de la citada Ley 11/2007 reconoce con carácter general en su apartado 1 el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 LPAC, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos. Tal derecho se completa, en el apartado 2 del indicado artículo 6, con la enumeración de otros concretos derechos que derivan de tal posibilidad general (a elegir el canal por el que relacionarse por medios electrónicos; a no aportar documentos o datos que obren en poder de las Administraciones Públicas, que los recabará por medios electrónicos; a la igualdad en el acceso electrónico a los servicios administrativos; a conocer por dichos medios el estado de tramitación de los procedimientos; a obtener copias electrónicas de documentos electrónicos; a la conservación en formato electrónico por las Administraciones Públicas de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente; a obtener los medios de identificación electrónica necesarios, pudiendo las personas físicas utilizar en todo caso los sistemas de firma electrónica del Documento Nacional de Identidad para cualquier trámite electrónico con cualquier Administración Pública; a la utilización de otros sistemas de firma electrónica admitidos en el ámbito de las Administraciones Públicas; a la garantía de seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas; a la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos; y a elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con las Administraciones

Públicas siempre y cuando utilicen estándares abiertos o, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos).

La materialización de tales derechos lleva a regular en el texto legal los aspectos relativos a la sede electrónica y las publicaciones por este medio en boletines oficiales, las formas de identificación y autenticación, la firma electrónica -completando la regulación ya prevista en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, dedicada a dicha materia-, los registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas, los documentos, archivos y expedientes electrónicos, así como la gestión electrónica de los procedimientos.

El desarrollo parcial de esta norma en el ámbito de la Administración General del Estado se ha producido mediante el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, que desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, y que contempla aspectos relativos a transmisión de datos, sedes electrónicas y punto de acceso general, identificación y autenticación, registros electrónicos, comunicaciones y notificaciones y documentos electrónicos y sus copias. Dado su ámbito de aplicación, la disposición carece de carácter básico, lo que no impedirá su aplicación supletoria en la Administración regional y en sus relaciones con los ciudadanos y con otras Administraciones.

Asimismo, revisten especial trascendencia por su carácter vertebrador de la Administración electrónica y de los nuevos modos de trabajo y relación que la LAE impone, los Reales Decretos 3 y 4/2010, de 8 de enero, por los que se regulan, respectivamente, los Esquemas Nacionales de Seguridad y de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica. Tales normas tienen carácter básico y constituyen un denominador común para las distintas Administraciones Públicas, esencial para garantizar tanto una política de seguridad en la utilización de los medios electrónicos que permita la adecuada protección de la información en las relaciones de los ciudadanos con las Administraciones Públicas y de éstas entre sí, como para asegurar la comunicación entre sus sistemas de información y aplicaciones en cuanto que manifestación del principio de cooperación en la utilización de medios electrónicos por las Administraciones Públicas. Estos reglamentos, sin embargo, no han tenido apenas reflejo en el texto sometido a consulta -salvo una puntual remisión contenida en el artículo 34 al Esquema Nacional de Interoperabilidad, limitada a la gestión documental-, lo que debería corregirse. Del mismo modo, debería incluirse una referencia a los mismos en la parte expositiva del futuro Decreto.

En el ámbito regional, el artículo 10.Uno,29 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU) atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia.

En ejercicio, entre otras, de esta competencia, la Comunidad Autónoma dicta la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. En su artículo 4, la Ley proclama como finalidad esencial de la Administración regional la actuación al servicio de los ciudadanos, con objeto de asegurar la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella, consagrando, en lo que aquí interesa, como principios relacionales Administración-ciudadano los de efectividad de los derechos de éste, y la sencillez, claridad y proximidad. Del mismo modo, su artículo 3 sujeta la actuación de la Administración regional a los principios, entre otros, de eficacia, eficiencia, racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión, y de transparencia.

El artículo 31, encabezando el capítulo denominado “Procedimiento Administrativo”, establece la sujeción de la actuación administrativa regional a las normas del procedimiento administrativo común y a las que se establezcan en razón de las especialidades derivadas de su propia organización.

A nivel reglamentario autonómico y prescindiendo de antecedentes más remotos, la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda, de 14 de junio de 2006, crea un registro telemático auxiliar del Registro General de la Comunidad Autónoma y establece criterios de tramitación electrónica de determinados procedimientos, orden que se deroga expresamente en el Proyecto. Con posterioridad, el Decreto 18/2009, de 27 de febrero, modifica el artículo 6 del Reglamento que desarrolla la Ley 3/1985, de 10 de julio, de Creación del Organismo Autónomo Imprenta Regional de Murcia (Decreto 51/1986, de 23 de mayo), para regular la edición electrónica del indicado diario oficial.

Finalmente, los Decretos 236/2010, de 3 de septiembre, de Atención al Ciudadano en la Administración Pública de la Región de Murcia, y 286/2010, de 5 de noviembre, sobre medidas de simplificación documental en los procedimientos administrativos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, impulsan el empleo de medios electrónicos en la actuación de la Administración regional, en sus relaciones con los ciudadanos y con otros entes públicos.

En el escenario competencial y legal expuesto, el Proyecto persigue el desarrollo de la LAE para permitir implantar en el ámbito de la Administración regional ese novedoso modo de hacer las cosas que supone la Administración electrónica y que, en definitiva, no es sino aplicar medios modernos a las mismas realidades y situaciones que la Administración ha debido afrontar desde siempre, para aprovechar las funcionalidades que ofrece la técnica, facilitando una actuación

administrativa más ágil y eficiente en el servicio a los ciudadanos. Por ello, la utilización de los medios electrónicos ha de conjugarse con las normas del procedimiento administrativo, que subsisten y han de ser respetadas, sin perjuicio de las puntuales adaptaciones que tanto a través de las modificaciones normativas como de la interpretación de los preceptos exigen las singularidades tecnológicas de las nuevas herramientas.

2. Para el desarrollo de la LAE existe habilitación suficiente en su Disposición final octava, que deja al Gobierno y a las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, el dictado de las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de la Ley. Del mismo modo la Disposición final primera de la Ley 7/2004, contiene una autorización similar, respecto del Consejo de Gobierno.

3. A lo largo del procedimiento de elaboración del futuro reglamento se ha puesto de manifiesto una controversia competencial entre la Consejería impulsora del Proyecto, de la que en el momento de su elaboración dependía la Inspección General de Servicios, y la de Economía y Hacienda, Departamento al que se adscribe la entonces Dirección General de Informática, Telecomunicaciones y Sociedad de la Información (hoy Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, según Decreto 142/2011, de 8 de julio, por el que se establecen los órganos directivos de la Consejería de Economía y Hacienda).

Dicha controversia resulta ineludible al coexistir una competencia si se quiere material o sustantiva, la de innovación de los servicios públicos, que exige una modificación del régimen jurídico de la Administración y del procedimiento administrativo, con otra de carácter instrumental, la informática.

Si de ordinario la determinación del órgano competente para promover el dictado de una norma reglamentaria atenderá a la competencia sustantiva que se ejerce con la iniciativa reglamentaria, en ocasiones, el elemento instrumental adquiere tal relevancia que obliga a reconocerle una sustantividad propia. Considera el Consejo Jurídico que así ocurre en el Proyecto sometido a consulta, pues en definitiva y al margen de los cambios que en el régimen jurídico de los actos y el procedimiento administrativos haya que introducir, éstos serán los necesarios para posibilitar que el futuro Decreto alcance su objetivo principal como es el desarrollo y aplicación en el ámbito de la Administración regional de la LAE, cuyo centro de gravedad lo constituyen los medios electrónicos y las tecnologías de la información, para posibilitar su uso en las relaciones de los ciudadanos con las Administraciones Públicas, en la actividad administrativa y en las relaciones de las distintas Administraciones entre sí.

Considera el Consejo Jurídico, en consecuencia, que el Proyecto afecta no sólo a las competencias propias de la Inspección General de Servicios, sino también a las de la entonces Dirección General de Informática, Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, centro directivo que tenía asignadas las funciones de planificación informática; sistemas de información y aplicaciones informáticas corporativas; así como la coordinación de redes y la administración electrónica. Le corresponde, además, la coordinación de todas las unidades informáticas de las diferentes consejerías, organismos públicos y demás entes de derecho público, así como el desarrollo de las competencias en materia de Sociedad de la Información.

Corolario de lo expuesto es que el Proyecto debió ser tramitado conjuntamente por las entonces Consejerías de Presidencia y Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, correspondiendo a sus respectivos titulares la propuesta conjunta del mismo al Consejo de Gobierno, de conformidad con lo establecido en los artículos 37.1, letra c) de la Ley 6/2004 y 25.2 de la Ley 7/2004, en relación este último a la posibilidad de la propuesta conjunta de un Proyecto de Decreto.

En cualquier caso, aunque la Secretaría General de la Consejería de Economía y Hacienda trasladó sus objeciones competenciales a la Consejería impulsora del Proyecto, no llegó a plantear el oportuno conflicto de atribuciones ante el Presidente del Consejo de Gobierno, previsto en el artículo 5.12 de la Ley 6/2004, limitándose a dejar constancia de su postura (folio 293 del expediente). Además, la controversia se ha visto finalmente superada tras la reciente adscripción del órgano directivo impulsor del Proyecto (la Inspección General de Servicios dependiente de la Dirección General de Empleo Público y Calidad de los Servicios) a la Consejería de Economía y Hacienda, por Decreto 142/2011.

4. Asimismo, algún órgano preinformante ha señalado la necesidad de elevar el rango jerárquico de la disposición en Proyecto. Considera el Consejo Jurídico que el desarrollo de las bases estatales, en tanto que primera traslación al ordenamiento jurídico regional, debería realizarse mediante un instrumento normativo de rango primario, pues ello permite un mayor margen de decisión y disposición sobre la materia en cuestión, aunque tampoco ha de olvidarse que tratándose del desarrollo de la normativa básica, el principio que rige la relación entre los ordenamientos estatal y autonómico no es el jerárquico, sino el de competencia. La conveniencia del rango legal no conlleva una exigencia jurídica estricta a menos que esté comprometida alguna reserva de ley, lo que no es el caso, y ha permitido que numerosas Comunidades Autónomas hayan escogido el rango reglamentario para proceder al primer desarrollo, en sus respectivos ámbitos, de la LAE. Así ocurre, por citar sólo algunos ejemplos, de los Decretos 12/2010, de 16 de marzo, por el que se regula la utilización de medios electrónicos en la actividad de la

Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y 19/2011, de 10 de febrero, por el que se regula la utilización de los medios electrónicos en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

**QUINTA.-** Las referencias del Proyecto a determinados órganos: necesidad de mayor precisión.

1. El “órgano directivo competente en materia de informática”.

A lo largo del texto del Proyecto se utiliza de forma reiterada esta expresión para referirse a la actual Dirección General de Informática, Telecomunicaciones y Sociedad de la Información. Sin embargo, tal denominación resulta un tanto confusa, dada la dispersión orgánica de las competencias en materia de informática. Así, junto a la aludida Dirección General, también puede considerarse órgano directivo competente en materia de informática la Vicesecretaría de todas y cada una de las Consejerías, al atender los servicios comunes de éstas, entre los cuales se encuentra la gestión informática, e integrarse en su organización el respectivo Servicio de Informática.

Del mismo modo, la atribución a la Inspección General de Servicios de las funciones de implantación de modelos y sistemas corporativos de gestión, y de seguimiento, control y evaluación de todos los sistemas de información de carácter horizontal y de los sistemas de la Red Informática Corporativa (art. 16.1, letra f) del Decreto 32/2006), también permitiría incluirla en el concepto de “órgano directivo competente en materia de informática”.

Sería más preciso, por tanto, aludir a la Dirección General competente en materia de planificación informática, sistemas de información y aplicaciones informáticas corporativas (art. 9 del Decreto 142/2011, de 8 de julio, que establece los órganos directivos de la Consejería de Economía y Hacienda). Y es que si bien es deseable que las normas, destinadas a perdurar en el tiempo, utilicen expresiones que les permitan sortear y superar los cambios organizativos, tal objetivo no puede ir en detrimento de la claridad de la regla, presupuesto, a su vez, del principio de seguridad jurídica que ha de inspirar la elaboración y redacción de las normas.

Las consideraciones anteriores referidas a la expresión “órgano directivo competente en materia de informática” han de hacerse extensivas, con mayor razón si cabe, al “órgano competente en materia de informática”, al que el artículo 22.2 del Proyecto atribuye la coordinación de las tareas de administración de la Sede Electrónica de la Administración regional.

2. El artículo 38.2 del Proyecto alude al órgano directivo competente en materia de informática y de archivos, con lo que parece aludir a un único órgano con competencias en ambas materias, que se desconoce exista en el entramado organizativo de la Administración regional. En cualquier caso, parece que la referencia ha de entenderse hecha a dos órganos, lo que exige consignar en plural la expresión “órgano directivo” y tomar en consideración lo dicho *ut supra* acerca del “órgano directivo en materia de informática.

3. Los “órganos equivalentes” a las Secretarías Generales en los organismos públicos y entidades de derecho público.

El artículo 22.3 del Proyecto alude a estos órganos para atribuirles la responsabilidad de velar por la actualización de la información y de los servicios que se ofrezcan a través de la sede electrónica. Considera el Consejo Jurídico que es necesaria una mayor precisión en la determinación de los órganos a los que se refiere el precepto, pues la Ley 7/2004 no permite establecer ese pretendido paralelismo entre las Secretarías Generales y determinados órganos directivos de los organismos y entidades de la Administración institucional, por lo que la atribución funcional queda indeterminada en cuanto al órgano.

**SEXTA.- Las habilitaciones para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los Consejeros.**

Se advierte la contradicción de algunos preceptos del Proyecto con la doctrina de este Consejo Jurídico sobre los estrictos límites con que la Ley 6/2004 configura la potestad reglamentaria de los Consejeros, quienes sólo están habilitados para el dictado de normas de carácter organizativo interno de sus respectivos Departamentos, pudiendo aprobar reglamentos con eficacia *ad extra* sólo cuando vengan expresa y específicamente habilitados por una norma de rango legal. Dicha doctrina, basada en los artículos 38 y 52.1 de la indicada Ley 6/2004, reiteradamente expuesta en muchos de nuestros Dictámenes (por todos, Dictamen 176/2008), es conocida por la Consejería consultante, lo que excusa su exposición *in extenso* en el presente Dictamen.

Por añadidura, las habilitaciones para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los Consejeros contenidas en normas de rango inferior a la Ley vulneran la reserva que a esta última efectúa la Ley 6/2004 para prever tal atribución de potestad reglamentaria.

Se exponen a continuación aquellos preceptos del Proyecto en los que se faculta al titular de un Departamento a dictar normas reglamentarias fuera del ámbito estrictamente organizativo

interno de su Consejería, generando obligaciones o imponiendo cargas adicionales a los ciudadanos:

1. En el artículo 9, se atribuye al “*titular de la Consejería u organismo público competente por la razón de la materia a que se refiera el procedimiento o actuación*”, el establecimiento de condiciones adicionales para el uso de la firma electrónica, a fin de salvaguardar las garantías específicas de cada actuación o procedimiento.

La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, (LFE) (art. 4) y el RD 1671/2009 (art. 23.3) atribuyen el establecimiento de las condiciones adicionales generales para el uso de la firma electrónica al Consejo de Ministros mediante Real Decreto.

Si bien las condiciones adicionales a que se refiere el Proyecto no revestirían el carácter de generalidad que poseen las contempladas en los indicados preceptos estatales, sino que, al parecer, vendrían limitadas a cada procedimiento o actuación concreta, ello no obsta para considerar que el establecimiento de condiciones adicionales para el uso de la firma electrónica (y dado que no se establecen cuáles pudieran ser), podría llegar a suponer una carga extra para los ciudadanos que quieran relacionarse con la Administración a través de medios electrónicos, cargas que, aunque no lleguen a obstaculizar el uso de la firma electrónica por parte del ciudadano en su relación con la Administración, como prevé el precepto, sí que podrían llegar a dificultarlo o hacerlo más gravoso.

El carácter normativo de tales previsiones y su eficacia *ad extra* impedirían su aprobación por Orden del titular de la Consejería u organismo público competente. Debe señalarse, asimismo, que no es correcto aludir al “titular del organismo público competente”, siendo más adecuado referirse al titular del Departamento de adscripción del organismo.

No obstante, a la luz del artículo 4 LFE, parece desprenderse que las condiciones adicionales que pudieran llegar a imponerse son las exigidas por cada aplicación y por las exigencias mismas del propio procedimiento administrativo, como el fechado electrónico (ha de recordarse que la LFE regula el uso general de la firma electrónica, no sólo en el ámbito de las Administraciones Públicas y que es precisamente cuando se refiere a éstas cuando permite el establecimiento de las indicadas condiciones adicionales), que podrían no afectar al ciudadano, sino que se referirían más bien al ámbito interno de los procedimientos. De ser así, no habría obstáculo a su aprobación por Orden del Consejero correspondiente.

2. El artículo 10.2 del Proyecto atribuye al titular de la Consejería competente en materia de innovación de los servicios públicos, poder autorizar mediante Orden la utilización de otras modalidades de firma electrónica que no estén basadas en sistemas criptográficos.

El fundamento de esta previsión se encuentra en los artículos 13 y 16 LAE, dejando este último a cada Administración Pública la determinación de “los supuestos y condiciones de utilización por los ciudadanos de otros sistemas de firma electrónica, tales como claves concertadas en un registro previo, aportación de información conocida por ambas partes u otros sistemas no criptográficos”.

Adviértase que la utilización de dichos sistemas exige que la Administración fije los supuestos y sus condiciones de utilización, lo que evidentemente constituye una labor de carácter normativo que, en la medida en que es susceptible de extender sus efectos a los ciudadanos, no cabe calificar de meramente organizativa, por lo que correspondería al Consejo de Gobierno.

Cuestión distinta sería que mediante Decreto (el sometido a Dictamen sería adecuado para ello) se establecieran las condiciones de utilización de cada uno de estos sistemas y los supuestos en que podrían llegar a aplicarse, para que, en un segundo momento, cada Consejero decidiera qué sistema en concreto utilizar, en atención a los datos e intereses afectados y previa justificación (art. 16 LAE), lo que ya no constituiría actuación normativa.

3. El artículo 38.2 del Proyecto prevé que mediante Orden se fijen las condiciones y requisitos que han de reunir los distintos tipos de documento electrónico. La aplicación de tales extremos a los documentos generados por la Administración permitiría caracterizar dicha regulación como meramente organizativa, pero la extensión de sus efectos a los documentos presentados por los ciudadanos, que realiza el artículo 39.2, determina que la regulación de estos aspectos tenga incidencia sobre la actuación de los ciudadanos, a quienes se imponen condiciones para poder aportar documentos a los procedimientos o para su constancia en los registros administrativos, lo que desborda el ámbito de lo estrictamente doméstico.

**SÉPTIMA.- Las actuaciones administrativas automatizadas.**

Son definidas en el Anexo de la LAE como aquellas actuaciones administrativas que son producidas por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular, incluyendo la producción de actos de trámite o resolutorios de procedimientos, así como de meros actos de comunicación.

1. La actuación administrativa a la que se refiere la Ley, atendido el último inciso en el que se expresan los tipos de actos que es posible dictar enteramente a través de medios electrónicos, reconduce el ámbito de la actuación administrativa automatizada al de la actividad formalizada, en el que la Administración ejerce una determinada potestad en el marco de un procedimiento administrativo, realizando actuaciones jurídico-formales, no materiales. Sin embargo, el artículo 5.3 del Proyecto alude también a una “actuación de carácter material que no suponga el ejercicio de una competencia”.

El expediente guarda silencio acerca de cuáles sean tales actuaciones automatizadas materiales, no obstante, cabe identificarlas quizás con las contempladas en el hoy derogado artículo 5.2 del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regulaba la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado y que aludía a programas y aplicaciones de utilización meramente instrumental, *“entendiendo por tales aquellos que efectúen tratamientos de información auxiliares o preparatorios de las decisiones administrativas sin determinar directamente el contenido de éstas”*.

En cualquier caso, que la actuación administrativa automatizada contemplada en la LAE no es de carácter material, sino jurídico-formal, se refuerza con fundamento en el último inciso del artículo 39 LAE (precepto no básico), cuando señala que de forma previa a la previsión de una determinada actuación administrativa automatizada, “se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación”, impugnabilidad que sólo cabe predicar de los actos administrativos en sentido estricto (conforme se desprende de los artículos 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y 107 LPAC), es decir, aquellos que producen efectos jurídicos ad extra, no de las meras actuaciones materiales de la Administración.

En consecuencia, y ante la ausencia de justificación en el expediente, las previsiones relativas a la identificación y autenticación de las actuaciones administrativas automatizadas de índole meramente material, contenidas en los artículos 5.3 y 13.1 del Proyecto deberían suprimirse, toda vez que tales actuaciones instrumentales no parecen encajar en el concepto de “actuación administrativa automatizada” que ofrece la LAE.

2. El artículo 5.1 del Proyecto establece el contenido de la resolución por la que se autorizará la adopción de determinadas actuaciones administrativas en forma automatizada. Se formulan dos observaciones al precepto:

- La actual letra b) debería ser el primer elemento de la enumeración de contenidos, debiendo ajustar su redacción, indicando las actuaciones que podrán ser adoptadas en forma automatizada. En la redacción actual, se refiere más bien a las actuaciones y procedimientos en los que podrá ser utilizado el sello del órgano o entidad.

- La identificación y autenticación en las actuaciones administrativas automatizadas se realiza mediante los sistemas contemplados en los artículos 12, 13 y 14 del Proyecto, que se refieren, respectivamente, al sello del órgano, sello de la entidad y “otros sistemas de autenticación” -en realidad únicamente se regulan los denominados sistemas de código seguro de verificación, lo que debería trasladarse al epígrafe que intitula el artículo 14-.

El artículo 12.1 del Proyecto establece que en este tipo de actuaciones automatizadas se debe utilizar el sello electrónico correspondiente al órgano administrativo que tenga atribuida la competencia para llevarla a cabo, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar sistemas de código seguro de verificación, prevista en el artículo 14 del Proyecto. El sello del órgano es distinto del denominado sello de entidad, regulado en el artículo 13, y que identifica de modo genérico a la Administración General de la Comunidad Autónoma y a cada uno de sus organismos y entidades vinculados y dependientes de ella. El uso de este sello de entidad queda restringido a las actuaciones automatizadas de carácter material, las cuales ya hemos indicado que quedan fuera del concepto de actuación automatizada a que se refiere la LAE.

En consecuencia, el artículo 5.1, letra a) del Proyecto, debería limitarse a exigir que en la orden autorizatoria de la adopción de actuaciones administrativas en forma automatizada constara el órgano titular del sello, como órgano responsable a efectos de una eventual impugnación del acto, en tanto que órgano al que se imputa la autoría de la actuación automatizada, eliminando la referencia al Organismo. De hecho, a efectos de una impugnación, lo relevante para la determinación del régimen aplicable a la misma será el órgano (pues ello es lo que determina que el acto ponga fin o no a la vía administrativa y, en consecuencia, su recurribilidad y por qué medio y ante qué órgano), cuyo sello, además, ya incorporará la información relativa al organismo o entidad de adscripción (art. 12.2 del Proyecto). Así lo exige también el artículo 39 LAE, al establecer que para la realización de actuaciones administrativas en forma automatizada, habrá de indicarse “el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación”.

3. Derogados los artículos 45.4 LPAC y 5 del Real Decreto 263/1996, la LAE no contiene una obligación expresa de dotar de difusión pública a los programas y aplicaciones a utilizar por la Administración. No obstante, al menos respecto de las actuaciones automatizadas, la doctrina administrativista viene señalando que el principio de transparencia aconseja dar a conocer a los

interesados en el procedimiento con base a que criterios y de que forma se va a adoptar la decisión finalizadora del mismo, permitiendo así, ante una eventual impugnación del acto, reconstruir el entero proceso de formación de la voluntad del órgano administrativo. También se invoca a tal efecto el principio de legalidad, en la medida en que el conocimiento de la aplicación permite el control de la actuación automatizada generada por aquélla.

De ahí que se sugiera al órgano impulsor de la norma la conveniencia de prever una publicación de la Orden contemplada en el artículo 5.4 del Proyecto.

**OCTAVA.- La Sede Electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

La sede electrónica se define en el artículo 10 LAE como la dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a una Administración Pública, órgano o entidad administrativa en el ejercicio de sus competencias.

El Proyecto opta por el establecimiento de una sede única para toda la Administración regional, constituyéndose así en el instrumento clave para el ejercicio por los ciudadanos de sus derechos relativos al acceso electrónico a los servicios públicos regionales, en la medida en que será a través de esta dirección electrónica como se relacionen y comuniquen con la Administración autonómica para formular solicitudes, realizar trámites o efectuar consultas por medios electrónicos.

1. Se comprende entonces la relevancia de la sede a efectos de la aplicación de la regulación contenida en el Proyecto, lo que exige su inmediata creación. Sin embargo, no hay en el texto sometido a consulta una norma que de forma expresa cree la sede electrónica, aun cuando la exposición de motivos afirma que así se hace en el Título III del Proyecto. No es así, pues el artículo 21.1 cabe interpretarlo más como una descripción del citado instrumento que como una disposición generadora o de creación. Debe, en consecuencia, añadirse un nuevo apartado 1 en el que se cree de forma expresa la sede electrónica de la Administración regional.

2. De conformidad con el artículo 10.2 LAE, el establecimiento de una sede electrónica conlleva la responsabilidad del titular respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y de los servicios a los que puede accederse a su través.

El Proyecto, en el artículo 22, distribuye entre diversos órganos la responsabilidad sobre cada uno de dichos extremos, pero omite la relativa a la veracidad de la información, lo que debería ser subsanado.

3. Como se ha dicho, una de las funcionalidades de la sede electrónica es permitir al ciudadano obtener información por medios electrónicos sobre los aspectos de la actividad administrativa que afectan directamente a sus derechos, intereses legítimos y obligaciones. Con tal finalidad, el Proyecto (art. 24.4) impone a los diferentes órganos y unidades administrativas de la Administración regional, la exigencia de establecer los mecanismos para hacerlo posible, garantizando la identidad y autenticidad del solicitante.

Esta doble exigencia de identidad y autenticidad no debería, sin embargo, imponerse para el acceso por los ciudadanos a la información general y especializada a que se refieren los artículos 9 y 10 del Decreto 236/2010, que expresamente rechazan la necesidad de acreditar legitimación alguna por parte del solicitante. No es acorde con la finalidad facilitadora del ejercicio de los derechos de los ciudadanos que inspira el Proyecto sometido a consulta, que se imponga a éstos una obligación adicional (acreditar su identidad y autenticidad), carente de justificación, y en atención únicamente al medio utilizado para la obtención de la información.

Para evitar esta aparente contradicción entre el Decreto regulador de la Atención al Ciudadano y el Proyecto, bastaría con precisar el tipo de información para la que se exige acreditar la identidad y autenticidad del solicitante.

4. La sede electrónica ha de ofrecer al ciudadano una relación de las actuaciones y procedimientos respecto de los cuales pueda ejercer sus derechos por medios electrónicos, y así lo prevé el artículo 26.3 del Proyecto. Sin embargo, esta previsión no se establece “sin perjuicio de” lo establecido en la Disposición final tercera de la LAE, sino más bien de conformidad con ella, pues en su apartado 1, el precepto estatal básico impone a cada Administración la obligación de hacer pública y mantener actualizada la relación de actuaciones y procedimientos en relación con los cuales podrán ser ejercidos los derechos contemplados en el artículo 6 LAE. Y no otra cosa se dispone para la sede electrónica de la Administración regional en el indicado precepto del Proyecto.

Debería completarse esta previsión, no obstante, con la contenida en el apartado 5 de la Disposición final tercera LAE, incorporado tras la reforma de esta última por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en cuya virtud, las Comunidades Autónomas en las que los derechos reconocidos en el artículo 6 LAE no puedan ser ejercidos a partir del 31 de diciembre de 2009 respecto de la totalidad de sus actuaciones y procedimientos, deberán hacer públicos los

programas necesarios para corregir dicha situación y los correspondientes calendarios de trabajo, atendiendo a las disponibilidades presupuestarias. Atendida la íntima relación que guarda esta previsión con la exigencia de informes periódicos acerca del estado de cumplimiento de la LAE en la Administración regional que establece la Disposición adicional primera del Proyecto, se sugiere la incorporación de las medidas contempladas en la Disposición final tercera LAE a la indicada Disposición adicional.

5. Según el artículo 7.5 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios) los Estados miembros y la Comisión tomarán las medidas complementarias para fomentar que en las ventanillas únicas pueda accederse a la información a que se refiere dicho artículo en otras lenguas comunitarias. Podría valorarse, en consecuencia, la posibilidad de acceder a determinados contenidos de la sede electrónica, singularmente aquéllos que puedan afectar de modo más directo a los prestadores de servicios y a los procedimientos relativos al acceso a una actividad de servicios, en otras lenguas comunitarias.

#### **NOVENA.- La gestión documental.**

1. El Proyecto (art. 33) opta por una gestión centralizada de la información y documentación obrante en soporte electrónico, pero omite establecer a qué órgano corresponde realizar dicha función. Del mismo modo, se afirma que el órgano o unidad encargado de la supervisión de la información o documentación, establecerá los criterios de acceso a dicha información, pero tampoco precisa el órgano o unidad a que se refiere, con lo que no se sabe si éste es el encargado de la gestión centralizada o lo es el responsable de la actualización y veracidad de información y documentación, función que corresponde al competente por razón de la materia a que aquéllas se refieren.

Ha de concluirse, pues, que el Proyecto está necesitado de mayor precisión en la atribución orgánica de los distintos cometidos que integran la gestión documental.

2. El régimen de las copias que se regula en el artículo 36, resulta incompleto, pues aborda tan sólo dos actuaciones: la digitalización de los documentos generados o aportados al procedimiento en soporte papel y la expedición de copias en papel de documentos electrónicos. Para ambos tipos de copias se prevé la utilización en exclusiva de sendas aplicaciones informáticas. Omite el Proyecto, sin embargo, regular la expedición de copias electrónicas de documentos electrónicos, lo que debería abordarse para complementar con las especificidades

propias de los documentos electrónicos la regulación contenida en el artículo 50 del Decreto 236/2010, sobre la expedición de copias auténticas.

3. En relación con la exclusividad en el uso de las aplicaciones corporativas para la expedición de copias en papel de documentos electrónicos, se niega validez a las copias generadas por otros medios. En la redacción actual del precepto, cabría interpretar que carecerán de validez no sólo las copias generadas con posterioridad a la aprobación de la aplicación, sino también las expedidas con anterioridad, que perderían su validez y eficacia de forma sobrevenida (una vez se aprobara la aplicación), aun cuando hubieran sido generadas con las garantías exigidas por los artículos 46 LPAC y 30.5 LAE. Del mismo modo, con la redacción proyectada, se estaría negando validez a cualesquiera copias en papel de documentos electrónicos emitidas por otras Administraciones Públicas que pretendieran presentar los interesados ante la Administración regional, aun cuando de conformidad con el artículo 30.5 LAE y si se cumplen los requisitos allí establecidos, tales copias tendrían la consideración de copias auténticas. Ello iría, además, en contra del principio de cooperación en la utilización de medios electrónicos por las Administraciones Públicas, consagrado por el artículo 4, letra e) LAE, en cuya virtud, se garantizará el reconocimiento mutuo de los documentos electrónicos que se ajusten a lo dispuesto en la referida Ley.

Procede, en consecuencia, suprimir el último inciso del artículo 36.4 del Proyecto.

4. El capítulo destinado a los documentos electrónicos (Capítulo II) debería contener una referencia a los artículos 45.5 y 46 LPAC, en la medida en que tales preceptos contienen las normas cabeceras del régimen jurídico de los documentos administrativos y los requisitos y condiciones de validez de los mismos.

5. De conformidad con el artículo 29.2 LAE, “los documentos electrónicos incluirán referencia temporal, que se garantizará a través de medios electrónicos cuando la naturaleza del documento lo requiera”. De esta redacción (singularmente por la ausencia de una coma tras “medios electrónicos”) se desprende que la referencia temporal es consustancial al documento administrativo, por lo que ha de incluirse siempre. De ahí que dicha referencia haya de incluirse como contenido necesario del documento administrativo electrónico a que se refiere el artículo 38.1 del Proyecto y no remitir a una Orden la determinación de cuándo resulta necesario incluir una referencia temporal, como hace el apartado 2 de dicho precepto.

Dicha norma ulterior lo que sí podrá establecer es en qué supuestos será necesario garantizar por medios electrónicos esa referencia, es decir, cuándo deberán contar con sellado de

tiempo, entendido como la acreditación a cargo de un tercero de confianza (un prestador de servicios de certificación) de la fecha y hora de emisión de ese documento administrativo.

#### 6. La conservación de los documentos.

a) El Capítulo V del Título IV, destinado a la conservación y archivo de los documentos electrónicos debería comenzar con una norma que, inspirada en el artículo 21.1, letra h) RD 4/2010, exigiera la garantía de conservación del documento electrónico a lo largo de su ciclo de vida, de forma que se pueda asegurar su recuperación de acuerdo con el plazo mínimo de conservación determinado por las normas administrativas y las obligaciones jurídicas, se garantice su conservación a largo plazo, se asegure su valor probatorio y su fiabilidad como evidencia electrónica de las actividades y procedimientos, así como la transparencia, la memoria y la identificación de los órganos de la Administración regional y de los organismos y entidades de Derecho Público vinculados o dependientes de aquélla que ejercen la competencia sobre el documento o expediente.

Por otra parte, este Capítulo parece la ubicación sistemática más adecuada para la norma relativa a la digitalización de los documentos obrantes en soporte papel y la posterior destrucción de los originales, una vez convertidos en documentos electrónicos, integrando la regulación contenida en el artículo 36.2 del Proyecto con los artículos 47.2 y 49.3 que norman la misma realidad.

b) En relación con este peculiar extremo relativo a la conservación de los documentos, si bien la digitalización se somete a un procedimiento administrativo en el que, entre otros extremos, se determinarán los documentos que serán susceptibles de destrucción, considera el Consejo Jurídico que debe incorporarse una advertencia similar a la contenida en el artículo 3 del Real Decreto 1164/2002, de 8 de noviembre, por el que se regula la conservación del patrimonio documental con valor histórico, el control de la eliminación de otros documentos por la Administración General del Estado y sus organismos públicos y la conservación de documentos administrativos en soporte distinto al original. El aludido precepto estatal dispone que en ningún caso se podrá autorizar la eliminación ni se podrá proceder a la destrucción de documentos de la Administración, en tanto subsista su valor probatorio de derechos y obligaciones de las personas físicas o jurídicas o no hayan transcurrido los plazos que la legislación vigente establezca para su conservación.

Ello permitiría, además, salvaguardar las previsiones del artículo 12.4 de la Ley 6/1990, de 11 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de la Región de Murcia, que prohíbe destruir

ningún documento en tanto subsista su valor probatorio de derechos y obligaciones. Por otra parte, y dado que tras la digitalización se prevé la posibilidad de destrucción del documento en el soporte original no electrónico, ha de considerarse el requisito procedimental que establece la Disposición transitoria cuarta de la misma Ley 6/1990 y que exige la previa autorización de la Consejería competente en materia de Archivos para la destrucción de cualquier documento público que forme parte del patrimonio documental de la Región de Murcia.

Debe advertirse que, en la redacción actual del Proyecto, se prevé la intervención de dicho Departamento en el procedimiento de aprobación de la aplicación corporativa que se utilizará en la digitalización de los documentos, pero no, como debiera, en el procedimiento posterior de digitalización de los documentos en el que, de conformidad con el artículo 36.2 del Proyecto, se determinarán los documentos que sean susceptibles de destrucción. A tal efecto, debería incorporarse al procedimiento la exigencia de un informe favorable a la eliminación, emitido por el correspondiente órgano de la Consejería competente en materia de archivos que tenga atribuidas las funciones propias de una Comisión Calificadora de Documentos, como trámite preceptivo para proceder a la destrucción de los documentos una vez digitalizados. Es evidente que, para la operatividad de la intervención de la indicada Consejería y salvo casos excepcionales derivados de la singularidad de los documentos afectados, aquélla debería informar en relación con tipos de documentos y no en relación a documentos individualizados. Esta previsión podría incorporarse, bien en el artículo 36, bien en el 49, ambos del Proyecto.

Para evitar una posible contradicción entre la nueva regulación y la de patrimonio documental y eliminación de documentos, debería efectuarse una salvaguardia general de la vigencia de esta normativa, con las adaptaciones necesarias, singularmente en relación con la destrucción de los documentos en soporte papel de los que se haya realizado previamente una copia electrónica.

c) En el artículo 48.1 del Proyecto, debería suprimirse la expresión “o en su caso”, toda vez que induce a considerar que para la conservación y archivo de los documentos electrónicos podrán utilizarse formatos no compatibles con los admitidos por el Sistema Nacional de Interoperabilidad, lo que sería contrario a lo establecido en el artículo 23 en relación con el 11, ambos del RD 4/2010.

d) El artículo 48.2 importa al ordenamiento regional la regla básica contenida en el artículo 31.3 LAE (de lo que debería quedar constancia en el precepto) y añade que en los cambios de formato “deberán quedar garantizadas las operaciones de conversión”. Quizás sería más adecuado establecer, en orden a la claridad de la norma, que las garantías a que se refiere el primer inciso

del precepto se mantendrán tras la operación de conversión y que dicha conversión se realizará conforme a las normas que sobre realización de copias se contienen en el futuro Decreto.

e) La regulación de la conservación de los documentos electrónicos, como ya se ha dicho, no ha de entrar en colisión con las normas sobre el patrimonio documental de la Región de Murcia, sino que ha de integrarse y armonizarse con ella. A ello se dirigen, además de las observaciones realizadas más arriba acerca de la eliminación de los documentos en soporte papel una vez copiados electrónicamente y sobre la salvaguardia de la vigencia de tales normas, las previsiones contenidas en los apartados 4 y 5 del artículo 49 del Proyecto.

En la indicada normativa sobre patrimonio documental se utiliza la expresión “vigencia administrativa”, que se identifica con la producción de efectos del documento, de modo que éste dejará de estar vigente una vez haya producido la totalidad de sus efectos (arts. 7.3 y 12.1 Ley 6/1990), circunstancia que determina el traslado del documento a un archivo intermedio. Por ello, el artículo 49.4, debería aludir a este concepto de vigencia administrativa en relación con la obligación de conservación documental que incumbe a los órganos administrativos hasta el paso del documento al Archivo Regional, sustituyendo el término valores por el de efectos.

Del mismo modo, no es correcto aludir a la firmeza de los documentos o expedientes. En rigor, lo adecuado sería referir esta condición (atributo de los actos o resoluciones que devienen inatacables en vía administrativa y jurisdiccional por el concurso de diversas circunstancias establecidas en el ordenamiento jurídico) a los actos administrativos producidos como resultado de los procedimientos cuya plasmación documental constituye el expediente administrativo, o, al menos, y como apunta el artículo 7.2 Ley 6/1990, a los expedientes en los que se hayan dictado actos que pongan término a dichos expedientes, siempre que sean firmes y se hayan practicado por la Administración las actuaciones conducentes a la total ejecución de sus pronunciamientos.

#### **DÉCIMA.- El Registro Electrónico Único.**

1. Comoquiera que el Proyecto no contiene normas que reglamenten la futura creación del indicado registro y dado que el artículo 51 del Proyecto se denomina “creación del registro electrónico único”, cabe entender que la voluntad del órgano redactor del Proyecto es proceder a su creación en el mismo. A tal efecto, el apartado 1 del indicado artículo debería modificar su redacción y establecer de modo expreso que se crea el señalado registro en la Sede Electrónica.

En la medida en que ello convertiría al Proyecto en una norma de creación de registros electrónicos le serían de aplicación las exigencias mínimas de contenido establecidas por el

artículo 25.1 LAE, debiendo especificar el órgano o unidad responsable de su gestión, así como la fecha y hora oficial y los días declarados como inhábiles a los efectos del cómputo de plazos. Estas últimas previsiones podrían ser cumplimentadas mediante una remisión al artículo 27 del Proyecto.

2. Dispone el artículo 24 LAE que los registros electrónicos de las Administraciones Públicas podrán admitir tanto documentos electrónicos normalizados correspondientes a los servicios, procedimientos y trámites que se especifiquen en la norma de creación del registro, como cualquier solicitud, escrito o comunicación distinta de los anteriores, dirigido a cualquier órgano o entidad del ámbito de la Administración titular del registro.

De conformidad con esta norma básica, la exigencia de que los documentos electrónicos susceptibles de ser presentados en el registro electrónico estén expresamente previstos en la norma de creación del mismo, hoy (tras la derogación del artículo 38.9 LPAC) sólo es admisible respecto de los procedimientos y actuaciones que precisan de la utilización de modelos normalizados, a los que se refiere el artículo 24.2, letra a) LAE. Por ello, y para evitar una posible interpretación errónea de la norma, se sugiere una modificación del artículo 51.1 del Proyecto, suprimiendo el término “establecidos” en referencia a los procedimientos y actuaciones de la competencia de los órganos y entes que integran la Administración regional.

Del mismo modo, y tomando como obligada referencia el indicado precepto básico, podría modificarse la redacción del apartado 1 del artículo 51 del Proyecto, para señalar que se crea el registro electrónico único para la recepción y remisión por medios electrónicos de cualesquiera solicitudes, escritos y comunicaciones correspondientes a los procedimientos y actuaciones de la competencia de la Administración Pública de la Región de Murcia.

3. Entre las funciones del registro, no debería omitirse la referencia a la recepción de los documentos que acompañen a la correspondiente solicitud, escrito o comunicación, siempre que cumplan los estándares de formato y requisitos de seguridad que se determinen en los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y de Seguridad, así como la emisión de los recibos acreditativos de la entrega de tales documentos que garanticen la integridad y el no repudio de los documentos aportados (art. 25.4 LAE). La conveniencia de tal previsión expresa es aún mayor si se advierte que nada se dice en el Capítulo destinado a la regulación del registro electrónico de la posibilidad de aportar junto a la solicitud esta documentación adicional.

4. En los supuestos de interrupción del servicio, el artículo 54 del Proyecto prevé la prórroga automática de los plazos para la cumplimentación de trámites por los interesados, por el tiempo que dure dicha interrupción.

A lo largo de la tramitación del expediente de elaboración reglamentaria, se ha discutido extensamente acerca de la eventual contradicción entre esta prórroga automática y el artículo 49 LPAC, que exige una resolución expresa de ampliación de plazo.

Considera el Consejo Jurídico que existen diversas posibilidades para conseguir que los ciudadanos que hagan uso del registro electrónico no se vean perjudicados en sus derechos por las interrupciones del servicio y al mismo tiempo se preserven las normas comunes sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

Así, en primer lugar, cabría configurar el acto de trámite en que consiste la ampliación de los plazos como una actuación administrativa automatizada, lo que permitiría contar con una resolución expresa de ampliación de plazos, la cual, además, por su inmediatez, podría emitirse antes de la finalización de plazo aun cuando la solicitud del interesado se presentara el último día de aquél, lo que permitiría cumplir con lo establecido en el artículo 49.3 LPAC. Ello exigiría regular todos los extremos a que se refiere el artículo 39 LAE en relación con este tipo de actuaciones. Esta solución, no obstante, no está exenta de dificultades, una de las cuales reside en determinar a qué órgano imputar la autoría de esa actuación automatizada, porque el órgano competente para acordar una ampliación de plazos es el que lo es para la tramitación de cada procedimiento.

En cualquier caso, el verdadero perjuicio para los ciudadanos puede darse en los plazos de inminente vencimiento, por lo que si la interrupción del servicio de registro se produce el último día del plazo, bastaría con prever que, en tal caso, ese día y los que durara la interrupción del servicio serían inhábiles a efectos de cómputo de plazos, lo que, de conformidad con el artículo 48.3 LPAC permitiría entender prorrogado el plazo al primer día hábil siguiente, que, a estos efectos, sería aquél en que el servicio se hubiera restaurado. Debe recordarse aquí que, de conformidad con los artículos 25.1 y 26.5 LAE, la norma de creación del registro electrónico especificará, entre otros extremos, los días declarados inhábiles a efectos del cómputo de plazos. Una solución similar, aunque no idéntica, puede encontrarse en el artículo 27.7 del Decreto 19/2011, de 10 de febrero, por el que se regula la utilización de los medios electrónicos en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Y todo ello sin olvidar la posibilidad de establecer un redireccionamiento a registros electrónicos de otras Administraciones Públicas con las que se haya suscrito el oportuno convenio, conforme a lo establecido en el artículo 52.5 del Proyecto.

5. Cuando resulte preceptiva la utilización de un formulario normalizado y no aparezcan cumplimentados todos los campos necesarios para la tramitación de la actuación de que se trate, no debería procederse sin más a consignar la imposibilidad de la presentación y a informar al ciudadano de esta circunstancia, como prevé el artículo 55, sino que debe dársele la posibilidad de subsanación del defecto de su solicitud al amparo de lo establecido en el artículo 71 LPAC. Para ello, bastaría consignar esta circunstancia como una de las que pueden justificar el rechazo de la presentación de la instancia del interesado por medios electrónicos y que se recogen en el artículo 54.5 del Proyecto, pues su apartado 6 ya prevé expresamente la posibilidad de subsanación para tales supuestos de rechazo.

### **UNDÉCIMA.- Comunicaciones y notificaciones electrónicas.**

#### 1. De la obligatoriedad de la comunicación a través de medios electrónicos.

El régimen legal al respecto viene establecido en el artículo 27 LAE; en especial, por una parte, sus apartados 1 y 6; por otra, su apartado 3.

Así, por lo que se refiere a los dos primeros apartados citados, en ellos se establece, en primer lugar, una regla general: *“Los ciudadanos podrán elegir en todo momento la manera de comunicarse con las Administraciones Públicas, sea o no por medios electrónicos, excepto en aquellos casos en los que de una norma con rango de Ley se establezca o infiera la utilización de un medio no electrónico. La opción de comunicarse por unos u otros medios no vincula al ciudadano, que podrá, en cualquier momento, optar por un medio distinto del inicialmente elegido”*. Y en su número 6, el artículo 27 dispone que *“reglamentariamente, las Administraciones Públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando sólo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos”*.

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de septiembre de 2009 parte del presupuesto de que *“si la regla general es que la elección de la forma de comunicación es una facultad que corresponde al ciudadano, siendo la excepción que la Administración puede establecer por la vía reglamentaria que la comunicación se realice de forma obligatoria por medios electrónicos, tenemos como pauta interpretativa que este supuesto, como excepcional que es, habrá de ser interpretado de forma restrictiva.”*

A partir de ello, expresa que *“no desconoce la Sala que en los tiempos actuales las comunicaciones por vía telemática se están extendiendo cada vez más, lo que ciertamente ha de ponderarse en la labor de interpretación que llevan a cabo los operadores jurídicos, ello conforme a lo que dispone el artículo 3.1 del Código Civil (“las normas se interpretarán... según... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas...”); mas ello no puede hacernos ignorar la concreta regulación que contienen las normas sectoriales, y en particular ahora la de la reiterada Ley 11/2.007 que, como hemos dicho, configura la posibilidad de establecer la comunicación mediante medios electrónicos como un derecho de los ciudadanos, permitiendo, sí, que la Administración pueda establecerlo de forma obligatoria, pero ello siempre que quede demostrado que concurren determinados presupuestos...”*

Por su parte, en el Dictamen 1858/2009, de 17 de diciembre de 2009, el Consejo de Estado, en relación con el comentado artículo 27.6 LAE, insiste en *“el carácter general con que ésta contempla la voluntariedad en la elección del medio para comunicarse con la Administración tributaria y la excepcionalidad del carácter obligatorio de la comunicación a través de medios electrónicos”*. Añadía el Dictamen que *“parece que debiera ser la sede reglamentaria el lugar adecuado para precisar qué puede entenderse por “otros motivos acreditados”, a efectos de imponer o no la obligación de comunicación por medios electrónicos”*.

Partiendo de tales interpretaciones, este Consejo Jurídico en Dictamen 155/2011, afirma que se defraudaría en la práctica la finalidad del artículo 27.6 LAE si, para hacer operativo su supuesto excepcional y, en consecuencia, habilitar la imposición reglamentaria de una obligación de comunicación electrónica con la Administración, las normas jurídicas sectoriales establecieran de forma indiscriminada la obligación de los interesados de tener que disponer de los correspondientes medios tecnológicos, pues lo que pretende dicho precepto es que tal disponibilidad se derive de una previa capacidad de aquéllos a la vista de alguna de las circunstancias que se expresan en el citado precepto legal, que deberán ser ponderadas en cada caso en que se aborde una regulación sectorial de las comunicaciones electrónicas entre los interesados y la Administración competente. Por ello, concluíamos allí que la legalidad de la imposición reglamentaria de una vía determinada para comunicarse con la Administración dependerá de que en el expediente de elaboración normativa quede debidamente acreditado que todos los destinatarios de la norma cuentan con los recursos tecnológicos suficientes para cumplir con la obligación de comunicación telemática que se les pretende imponer.

Tales consideraciones, expresadas con ocasión de una norma sectorial, son plenamente trasladables al reglamento ahora proyectado, que establece a su vez normas sobre los futuros Decretos que pretendan imponer la indicada obligación (el artículo 57.2 del Proyecto regula su

contenido mínimo). Considera el Consejo Jurídico que debe incorporarse una previsión relativa al procedimiento de elaboración reglamentaria de tales Decretos, en el sentido de exigir que quede plenamente acreditado que se cumplen los requisitos exigidos (garantía de acceso electrónico y disponibilidad de medios tecnológicos por parte de los sujetos obligados) por el artículo 27.6 LAE para poder excepcionar el derecho de los ciudadanos a la libre elección del medio de comunicación con la Administración.

Debería desarrollarse, además, la expresión legal “otros motivos acreditados”, diferentes de la capacidad económica o técnica o la dedicación profesional, que permitan considerar que los ciudadanos disponen de los medios necesarios para mantener comunicaciones electrónicas con la Administración.

2. Prevé el Proyecto (art. 59.3) la posibilidad de que el ciudadano efectúe una solicitud genérica para ser notificado por medios electrónicos en todos los procedimientos de la Administración regional.

En primer lugar debe advertirse que el objeto de la notificación no es el procedimiento, sino los actos emanados del mismo, precisión terminológica que debe trasladarse al Proyecto.

Por otra parte, la operatividad de esta previsión que supone que el interesado ha de ser notificado por medios electrónicos de todos y cada uno de los actos que se produzcan en cualquiera de los procedimientos en los que ostente la condición de interesado y que tramite cualquier órgano de la Administración regional, exigiría el previo establecimiento de un sistema que, en cada caso, comunicara al órgano competente para la tramitación o para la resolución de cada procedimiento la opción elegida por el ciudadano, pues ésta le vincula, obligando a practicar cualesquiera notificaciones por tales medios. De tal forma que, si se concede esta posibilidad al interesado y la Administración le practica una notificación por medios no electrónicos, habría obviado el medio preferente señalado por aquél a efectos de notificaciones (artículos 59.1 y 70.1 LPAC).

Se propone, en consecuencia, limitar el alcance de la solicitud de notificación electrónica, de forma que sólo vincule a la Administración respecto de los actos correspondientes a cada concreto procedimiento en que el interesado haya solicitado ser notificado por medios electrónicos.

3. De los medios válidos de notificación electrónica.

Para la práctica de notificaciones por medios electrónicos, la LAE no establece un número tasado de medios, sino que opta por establecer los requisitos que deben quedar garantizados, dejando libertad en cuanto a la elección del recurso o medio tecnológico que dé soporte a la comunicación. Ello permite al Proyecto establecer una enumeración abierta de los medios de notificación que pueden ser utilizados para efectuar notificaciones (puesta a disposición en una dirección electrónica habilitada al efecto, correo electrónico, comparecencia en la sede electrónica y otros medios que puedan establecerse) al tiempo que posibilita a los “prestadores de servicios de comunicaciones por los medios electrónicos que se determinen” solicitar la validación de sus servicios para que sean considerados como medios válidos de notificación.

Esta previsión genera, sin embargo, la incógnita de quién y a través de qué instrumento se determinarán esos otros medios electrónicos que pueden ser validados como medios de notificación, pues nada dice el Proyecto al respecto.

#### 4. La limitación de la forma o canal específico de notificación por medios electrónicos.

Ya se ha señalado que cabe limitar el derecho de los ciudadanos a elegir el canal (electrónico o no) de comunicación con la Administración (art. 27.1 LAE), en los términos expresados en el artículo 27.6 de la misma Ley, de forma que a las personas jurídicas y a determinados colectivos de personas físicas que reúnan los requisitos establecidos en el indicado precepto legal, reglamentariamente, puede imponérseles la obligación de comunicarse con la Administración por medios electrónicos. Sin embargo, la limitación del derecho que habilita la Ley se reduce a la imposición de medios electrónicos, pero no llega a posibilitar que el correspondiente Decreto imponga un determinado medio electrónico, excluyendo el resto de los medios electrónicos válidos y que estén disponibles, pues al margen de ser tal previsión contraria al derecho reconocido en el artículo 6.2, letra a) LAE (derecho a elegir, entre aquellos que estén disponibles, el canal a través del cual comunicarse por medios electrónicos con la Administración), el carácter limitativo de derechos que tiene la previsión del artículo 27.6 LAE obliga a su interpretación restrictiva, por lo que no puede admitirse que el artículo 59.7 del Proyecto limite la libertad de elección del ciudadano entre las distintas formas de comunicación electrónica con la Administración.

Del mismo modo, el artículo 62.1 del Proyecto establece una nueva limitación al indicado derecho, cuando señala un límite a la posibilidad de practicar notificaciones en las direcciones de correo electrónico que los ciudadanos elijan, pues la condiciona a que ello no suponga coste económico para el órgano u organismo público actuante. Dada la falta de previsión legal de esta limitación, podría reconducirse a que la notificación por correo electrónico se realizara utilizando estándares abiertos (el anexo LAE define estos estándares como aquellos de uso gratuito o cuyo

coste no suponga una dificultad de acceso y cuyo uso o aplicación no esté condicionado al pago de un derecho de propiedad intelectual o industrial) u otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos, con lo que probablemente se pueda conseguir el mismo objetivo de gratuidad, pero ahora con el apoyo del artículo 6.2, letra k) LAE.

5. Los requisitos que ha de reunir un medio electrónico para que pueda ser considerado como medio válido de notificación son los que se establecen en el artículo 28.2 LAE (debe permitir la acreditación de la fecha y hora en que el acto objeto de notificación es puesto a disposición del interesado, así como la de acceso a su contenido). En consecuencia, debería completarse la previsión del artículo 60.3, letra b) del Proyecto, cuando señala, entre los medios válidos de notificación electrónica, aquellos que puedan establecerse siempre que quede constancia de la recepción por el interesado. No es bastante con acreditar la recepción, sino que es necesario poder probar dos acontecimientos: a) aquel en que se pone el acto administrativo a disposición del interesado, pues es a partir de ese momento que comienza a computarse el plazo de diez días, transcurrido el cual sin haberse producido el acceso a la información, se entenderá rechazada la notificación; y b) el acceso al contenido de la notificación, instante en que ésta se entiende practicada de forma efectiva.

6. Cuando se establezca la práctica obligatoria de notificaciones por medios electrónicos, podría contemplarse en el artículo 61 del Proyecto la generación de oficio de una dirección electrónica para cada sujeto obligado, sin necesidad de solicitud a instancia de parte.

7. Imposibilidad técnica o material de acceder al contenido del acto notificado.

Dispone el artículo 28.3 LAE que, cuando existiendo constancia de la puesta a disposición de la notificación, transcurrieran diez días naturales sin que se haya producido el acceso a la misma por parte del interesado, habrá de entenderse rechazada con los efectos previstos en el artículo 59.4 LPAC, salvo que se constate la imposibilidad técnica o material del acceso.

De este precepto se deduce que la imposibilidad del acceso, únicamente evita el efecto de tener por rechazada la notificación una vez transcurra el plazo de los diez días desde la puesta a disposición de la notificación, pero no habilita a la Administración para dar un nuevo plazo de diez días naturales al interesado para que pueda acceder, como prevé el artículo 64 del Proyecto. En realidad, la imposibilidad del acceso, y sólo en la medida en que no fuera imputable al destinatario (hay que recordar el carácter voluntario de la elección de medios electrónicos para ser notificado), únicamente debería producir una interrupción en el cómputo del indicado plazo, que debería volver

a correr una vez solventada la indicada imposibilidad, previa indicación de dicha circunstancia al destinatario.

**DUODÉCIMA.- La utilización de medios electrónicos en la tramitación del procedimiento.**

1. La declaración responsable como medida de simplificación documental.

Recoge el artículo 67 del Proyecto los criterios que para la gestión electrónica establece el artículo 34 LAE y, entre ellos el de la simplificación documental, si bien, a diferencia de la norma estatal, en el Proyecto se incorpora la presentación de declaración responsable como medida específica de supresión o reducción de la documentación requerida a los ciudadanos para su aportación al procedimiento.

En primer lugar, y dado que en el apartado 2, letra a) se menciona el Decreto 236/2010, sería lógico que, al regular la supresión de determinadas obligaciones de aportación documental de los ciudadanos, se incluyera una remisión a lo establecido en el reglamento regional que de forma específica norma dicha materia, el Decreto 286/2010.

Por otra parte, y como ya señaló este Consejo Jurídico en el Dictamen 141/2010 emitido con ocasión del Proyecto que a la postre resultaría en el último de los Decretos citados, no es correcto identificar la institución de la declaración responsable con un mero instrumento de acreditación documental, como se configura en el artículo 67.2, letra b) del Proyecto. La acepción con que se utiliza el término “declaración responsable” es excesivamente limitada respecto de la naturaleza y alcance con que la normativa básica construye esta figura jurídica.

Atendido el contexto en que se inserta la mención a la declaración responsable, ésta parece equivaler a un mero instrumento de simplificación documental que evita al ciudadano tener que aportar determinados documentos para acreditar el cumplimiento de algún requisito o trámite. Sin embargo, el concepto de declaración responsable ha sido fijado legalmente en el artículo 71 bis LPAC y tiene una significación diferente, al menos en teoría, al mero acto de manifestación a que lo reduce el texto proyectado, constituyendo más bien una técnica autorizatoria o permisiva del ejercicio de actividades. Así se desprende del apartado 3 del indicado artículo 71 bis, en cuya virtud, la mera presentación de la declaración responsable permitirá, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas. Es decir, la declaración responsable no sólo exime al interesado de aportar la documentación acreditativa en un momento anterior al ejercicio de la

actividad, sino que produce un efecto habilitante que emana directamente de la norma, siendo la declaración responsable una carga necesaria para el despliegue de ese efecto.

En consecuencia, este instrumento excede el ámbito de la mera simplificación documental para integrarse en el más amplio de la simplificación administrativa, dada la reducción de trámites que conlleva.

Se debe, por consiguiente, eliminar la mención a la declaración responsable y sustituirla por una remisión a lo establecido en el Decreto 286/2010.

## 2. Participación ciudadana por medios electrónicos.

El artículo 68 del Proyecto regula diversos aspectos de la participación ciudadana en la actividad administrativa, tanto en el procedimiento de elaboración normativa como en el de los procedimientos tendentes a la producción de actos administrativos.

Con carácter general se establece que se posibilitará la realización por medios electrónicos del trámite de información pública en todos los procedimientos y en particular en el de elaboración de disposiciones generales, y el de audiencia, aunque sólo en este último tipo de procedimientos. En la medida en que el precepto impone un mandato en términos de mera posibilidad, ha de interpretarse que la utilización de medios electrónicos es meramente potestativa para los ciudadanos.

Por el contrario, respecto de los procedimientos en materia de medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo, el artículo 68.3 del Proyecto dispone que ambos trámites (información pública y audiencia) se efectuarán “preferentemente” por medios electrónicos. A diferencia de la mera posibilidad a que hacen referencia los apartados anteriores del artículo objeto de comentario, la preferencia en la utilización de medios electrónicos impone a la Administración el uso generalizado de tales medios, de forma que la información pública y la audiencia realizada por comparecencia personal en las oficinas administrativas quedaría relegada a supuestos excepcionales.

No discute el Consejo Jurídico la bondad de dicha medida en cuanto a la eficacia de la actividad administrativa, pero ha de advertirse que podría entrar en colisión con el derecho de los ciudadanos a elegir el canal de comunicación con la Administración (art. 27.1 LAE), cuando la imposición de tal preferencia por los medios electrónicos no se encuentre recogida en la normativa sectorial, como ocurre, por ejemplo en el artículo 70 ter de la Ley de Bases de Régimen Local

(introducido por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo), que impone a las Administraciones publicar por medios telemáticos el anuncio del sometimiento a información pública de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística. Adviértase, no obstante, que la norma indicada sólo impone el medio electrónico para la publicación del anuncio, no para el desarrollo del trámite de información pública.

Del mismo modo, la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, en relación con la utilización de medios electrónicos para facilitar la participación de los ciudadanos, se limita a imponer en su artículo 16.1, que se informe al público, mediante avisos públicos u otros medios apropiados, como los electrónicos, cuando se disponga de ellos, sobre cualesquiera propuestas de planes, programas o disposiciones de carácter general, o, en su caso, de su modificación o de su revisión. Del mismo modo, en el artículo 5 se establece la obligación de las Administraciones Públicas de fomentar el uso de tecnologías de la información y de las telecomunicaciones para facilitar el acceso a la información y en el artículo 6 se imponen determinadas medidas en relación a la difusión de la información ambiental.

De dicha normativa, sin embargo, no puede deducirse la preferencia por el uso de los medios electrónicos para el desarrollo de los trámites de audiencia e información pública en los sectores aludidos, por lo que debe eliminarse del texto, sin perjuicio de posibilitar e incluso fomentar su uso, si bien siempre con carácter voluntario para los ciudadanos.

### 3. Información sobre el estado de tramitación de los procedimientos.

El artículo 69.5 del Proyecto recoge el derecho reconocido por los artículos 6.2, letra d) y 37 LAE, a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en que se tenga la condición de interesado. El Proyecto efectúa una remisión al artículo 37.1 LAE, limitada al concreto extremo de los contenidos de la información a dar al interesado (relación de actos de trámite realizados, con indicación de su contenido y fecha de realización), por lo que no contempla la restricción señalada en el artículo 6.2, en cuya virtud el referido derecho no se podrá ejercer en los supuestos en que la normativa de aplicación establezca restricciones al acceso a la información sobre aquellos. Considera el Consejo Jurídico que esta restricción debería tener también su reflejo en el Proyecto.

## **DECIMOTERCERA.- Observaciones particulares al texto.**

### I. A la Exposición de Motivos.

1. Debe actualizarse la descripción de la estructura de la norma, pues la que consta en la parte expositiva responde a versiones anteriores del Proyecto en cuanto al número de disposiciones adicionales (diez, no nueve) y transitorias (dos, no una).

2. Al exponer el sistema de aprobación de las aplicaciones informáticas, se alude a un informe “preceptivo y vinculante” como instrumento de coordinación que dote de coherencia al sistema. En realidad el carácter vinculante del informe previsto en el artículo 6 del futuro Decreto lo es a un solo efecto, en la medida en que se exige el carácter favorable del mismo para poder aprobar la aplicación. No obstante, ese carácter favorable, o meramente habilitante, no obliga al órgano competente para tal aprobación, que una vez emitido el informe, podría decidir no aprobar la aplicación.

En consecuencia, la Exposición de Motivos ganaría en precisión si se calificara el referido informe como preceptivo y favorable.

3. Al sintetizar algunas de las medidas contempladas en el Título II del Proyecto se vuelve a utilizar la expresión “representación por funcionario público” que, como consecuencia de observaciones efectuadas por órganos preinformantes, acertadamente se abandonó en la parte dispositiva de la norma por la falta de adecuación entre el objeto de la regulación (“identificación y autenticación de los ciudadanos por funcionario público”, art. 19) y la institución jurídica de la representación. Debería adecuarse la Exposición de Motivos a dicha modificación operada durante la tramitación del Proyecto.

4. En relación con los contenidos de la Sede Electrónica, la parte expositiva les otorga un carácter meramente facultativo, al señalar “entre los servicios que pueden ofrecerse...”, en contraposición con el carácter obligatorio y necesario con que el artículo 26.3 regula tales contenidos al establecer que “a través de la Sede se ofrecerán los siguientes servicios:”. Debe corregirse esta contradicción.

5. Debe realizarse una revisión ortográfica general de la parte expositiva en orden a corregir errores sintácticos y en la utilización de los signos de puntuación, que dificultan la lectura del texto (así, a modo de ejemplo, el primer inciso del noveno párrafo de la Exposición de Motivos).

6. En el párrafo octavo debe corregirse la expresión “Comunidades Autonómicas”.

7. Atendido el amplio proceso de participación habido durante la elaboración y tramitación del Proyecto, con intervención de la Universidad de Murcia y el sometimiento del mismo a

información pública, debería plasmarse en la parte expositiva, de conformidad con lo señalado en la Directriz 13 de las de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005.

## II. Al articulado.

### - Artículo 2. Ámbito de aplicación.

a) Para evitar tener que repetir sucesivamente en los restantes preceptos del Proyecto que sus previsiones son de aplicación a los órganos de la Administración General de la Comunidad Autónoma, a sus organismos públicos y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ella, cabría señalar que el Proyecto es de aplicación a la Administración Pública de la Región de Murcia, comprendida a efectos de este Decreto por tales órganos y entes.

De esta forma, cuando las normas sean de general aplicación a la Administración regional, incluida la Administración instrumental, no será necesario especificarlo, sino sólo cuando se pretenda establecer normas de aplicación restringida a alguno de los elementos que la componen.

b) Debe precisarse en el texto que el futuro Decreto no será de aplicación a las actividades desarrolladas en régimen de Derecho privado por la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, exclusión establecida por el artículo 2.2 LAE (precepto básico).

### - Artículo 3. Principios.

a) En el primer párrafo del precepto debería incorporarse una referencia al uso de los medios electrónicos en las relaciones de la Administración regional, no sólo con los ciudadanos, sino también con el resto de Administraciones Públicas.

b) La libertad de opción por el uso de los medios electrónicos no es tanto un principio inspirador de la futura normativa, cuanto un derecho de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración.

De hecho, el precepto señala que tal libertad de opción informa “la utilización de medios electrónicos por la Administración... en su propia actividad y en las relaciones con los ciudadanos”, cuando de hecho tal libertad no existe para la Administración, que, de una parte, viene compelida a utilizarlos preferentemente en sus relaciones con el resto de Administraciones Públicas (art. 27.7 LAE); y de otra, para comunicarse con los ciudadanos, sólo podrá utilizarlos cuando así se

establezca en norma legal o reglamentaria o cuando aquéllos así lo hayan solicitado o consentido expresamente (art. 27, apartados 1, 2 y 6, LAE).

c) La expresión “entidades públicas cuyo ámbito competencial se ejercite exclusiva o preferentemente en la Región de Murcia”, que utiliza la letra b) del precepto, resulta injustificadamente limitativa del elenco de entidades con las que habrá de cooperarse en la utilización de los medios electrónicos, pues en atención a tal redacción podría entenderse fuera del concepto la Administración General del Estado. Se sugiere, en consecuencia, bien la supresión del inciso transcrito, bien un cambio de redacción.

- Artículo 4. Derechos de los ciudadanos.

La redacción del precepto puede simplificarse mediante la eliminación de frases y giros innecesarios. Así, puede suprimirse la cláusula de salvaguardia de los derechos reconocidos por la normativa general o sectorial aplicable, pues los derechos que se reconocen en el precepto no entran en colisión con aquéllos. Del mismo modo, es innecesario reiterar que lo dispuesto en el precepto lo es para el ámbito de aplicación del futuro Decreto.

- Artículo 7. Órganos colegiados.

La redacción del precepto es de difícil lectura, dando la impresión de una norma circular, en la que se afirma que las disposiciones que regulen el uso de medios electrónicos en la convocatoria y celebración de sesiones de los órganos colegiados, habrán de garantizar el cumplimiento de las normas reguladoras de los órganos colegiados, que, a su vez, habrán de adaptarse a las singularidades del uso de los medios electrónicos.

Sugiere el Consejo Jurídico una redacción más próxima a la establecida por la Disposición adicional primera LAE, que, en su segundo apartado (no básico), ya expone algunas de las citadas garantías. Además, el primer inciso del precepto proyectado, debería recoger el primer apartado de la Disposición estatal, apartado básico, pues en su redacción actual, la remisión a lo que establezcan las propias normas de cada órgano colegiado es mucho menos específica que el mandato básico de respeto a los trámites esenciales establecidos en los artículos 26 y 27.1 LPAC.

- Título II (Identificación y Autenticación), Capítulo I (Disposiciones Comunes)

El Capítulo debería reordenarse. Así, en primer lugar, debería ubicarse la norma más general, es decir, la relativa a la exigencia de firma electrónica avanzada para las actuaciones de la

Administración regional y para que los ciudadanos se relacionen con ella y que se contiene en el artículo 10 del Proyecto.

Una vez establecida esta regla general, ya cabría determinar los requisitos de los certificados electrónicos (art. 8 del Proyecto, aunque en su redacción actual se refiere a los prestadores de los servicios de certificación que los emiten), y las condiciones adicionales que se establezcan para el uso de la firma electrónica.

- Artículo 8. Prestadores de servicios de certificación.

a) Ya se ha anticipado que el precepto no se refiere tanto a los prestadores de los servicios de certificación como a tales servicios y, más concretamente, al resultado material de su prestación que es el certificado electrónico en el que se basan los sistemas de firma electrónica. Por ello, debería modificarse no sólo el epígrafe que intitula el precepto, sino también su apartado 4, de forma que la relación que ha de publicarse en la sede electrónica de la Administración regional no sería tanto la de los prestadores sino la de los sistemas de firma electrónica avanzada admitidos para relacionarse con dicha Administración, adecuándose así mejor el precepto al mandato de publicidad y accesibilidad por medios electrónicos de dichos certificados establecido por el artículo 15.2 LAE (precepto básico). De hecho este precepto ya prevé que en dicha relación se incluirán, entre otros extremos, los prestadores que expiden tales certificados.

Ello, por supuesto, no obsta a que se publique también una lista de los prestadores de servicios de certificación admitidos, tal y como prevé en el ámbito de la Administración estatal el artículo 24.3 RD 1671/2009.

b) El apartado 2 debería precisar a qué comprobación se refiere. Si se pretende aludir a la comprobación de la identidad y demás circunstancias de los solicitantes y a la fiabilidad y las garantías de los servicios de certificación que presten (artículo 11 LFE, en relación con los certificados electrónicos reconocidos), debería precisarse, pues de lo contrario el precepto queda confuso.

- Artículo 9. Condiciones adicionales.

El precepto debería contener una remisión genérica al artículo 4 LFE, norma de la que obtiene su fundamento y que establece algunas limitaciones a las condiciones que pueden establecerse, que no han sido recogidas en el Proyecto, como la contenida en el artículo 4.2 LFE,

en cuya virtud, tales condiciones adicionales sólo podrán hacer referencia a las características específicas de la aplicación de que se trate.

- Artículo 10. Sistemas de identificación y autenticación.

a) El precepto omite referirse a las relaciones de la Administración regional con el resto de Administraciones Públicas, relaciones en las que igualmente serán exigibles sistemas de identificación y autenticación de aquéllas.

b) El apartado 2, recoge sólo de forma parcial el régimen de los sistemas de firma electrónica alternativos, por lo que debería completarse con una mención expresa al artículo 16 LAE.

- Artículo 11. Identificación de la sede electrónica.

Este precepto debería refundirse con el artículo 23, pues ambos coinciden en el objeto de la regulación.

- Artículo 12. Sellos de órgano.

Entre los contenidos del sello, podría incorporarse una descripción del tipo de certificado, con la denominación “sello electrónico”.

- Artículo 13. Sellos de entidad.

El sello de entidad, en la medida en que cabe considerarlo incluido entre los previstos en el artículo 18.1, letra a) LAE, debe contener, por mandato expreso de dicho precepto básico (art. 18.2 LAE), la indicación del número de identificación fiscal de la entidad, lo que no se prevé en la redacción actual, que remite el contenido de este sello al apartado tercero del artículo 12, en el que no consta tal extremo.

- Artículo 14. Otros sistemas de autenticación en las actuaciones automatizadas.

Conforme a lo establecido en el artículo 48.2 del Proyecto, en cuya virtud debe asegurarse la integridad y autenticidad de los documentos y expedientes durante el tiempo en que exista obligación de conservarlos, el plazo de disponibilidad en la sede electrónica del sistema de verificación que permita la comprobación de la integridad de los documentos, a que se refiere el

apartado 4, o bien se hace coincidir con el período de tiempo durante el que exista obligación de conservarlos, o bien se prevé de forma expresa la adopción de medidas que garanticen la constancia de la autenticación e integridad de los documentos con posterioridad al vencimiento del plazo de disponibilidad del sistema de verificación (art. 20.5 RD 1671/2009).

Debe establecerse esta previsión de forma expresa, sin que sea suficiente la imprecisa expresión “sin perjuicio de”.

- Artículo 15. Uso de la firma electrónica por el personal al servicio de la Administración regional.

Podría preverse la posibilidad de utilizar el certificado electrónico a que se refiere el precepto, no sólo para el ejercicio de las funciones propias del empleado público, sino también para que éste pueda relacionarse con su Administración en el ámbito de la relación de empleo que le une a ella.

- Artículo 16. Otros sistemas de firma electrónica.

El epígrafe del precepto no se ajusta a su contenido. En primer lugar sólo se regula un sistema y, además, no está basado en firma electrónica. Se trata del “intercambio electrónico de datos en entornos cerrados de comunicación” (art. 20 LAE), epígrafe que se propone como más adecuado.

- Artículo 17. Reglas generales (identificación y autenticación de los ciudadanos).

a) En el apartado 1 debe precisarse que la norma se refiere a los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas, pues de lo contrario se estaría normando en ámbitos sobre los que la Comunidad Autónoma carece de competencia, como en materia de legislación civil (art 149.1, 8ª de la Constitución Española). Para ello, sería adecuado aludir al artículo 13.2 LAE, pues contiene la regla general de carácter básico en relación al uso de la firma electrónica en las relaciones de los ciudadanos con la Administración.

b) El apartado 2 debería incorporar la identificación del ciudadano actuante como elemento a asegurar con la utilización de la firma electrónica avanzada, pues tal identificación, salvo en contadas excepciones en que puede concebirse una actuación anónima ante la Administración (quejas y sugerencias, de modo paradigmático), será siempre requisito de cualquier solicitud que

se formule ante ella (artículos 70.1 LPAC y 42 del Decreto 236/2010, de 3 de septiembre, de Atención al Ciudadano en la Administración Pública de la Región de Murcia).

c) Los apartados 3 y 4 deberían intercambiar su lugar en el precepto, para cumplir con el criterio de ordenación que exige ir de lo más general a lo particular. Así, tras el establecimiento de la firma electrónica avanzada como forma ordinaria de identificación y autenticación de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, debería señalarse que si sólo es precisa la identificación y no la autenticación de la actuación o documentación aportada, podrán utilizarse los sistemas alternativos a que se refiere el actual apartado 4.

El actual apartado 3, por su parte, recoge la regla contenida en el artículo 16 LAE (de lo que debería dejarse constancia en el precepto) para un supuesto concreto y específico de actuación, con unos requerimientos de autenticación inferiores a los generales, lo que permite utilizar medios no basados en la criptografía, que, en todo caso (mejor que “no obstante”), habrán de garantizar la integridad y no repudio de los documentos. En tanto que regla específica, debe ubicarse después de las más generales.

De admitirse el intercambio en la numeración de los apartados, deberá armonizarse la remisión contenida en el artículo 18.1 del Proyecto.

- Artículo 18. Personas físicas.

El apartado 2 prevé la posibilidad de actuar por representante, pero omite establecer el régimen de las habilitaciones que el artículo 23 LAE exige como previas y necesarias para que una persona pueda realizar transacciones electrónicas en representación de otra. Dadas las previsiones que deben contener las referidas habilitaciones, en relación con las condiciones y obligaciones a que se comprometen los representantes, debería abordarse tal regulación en el presente Proyecto (así lo hacen los artículos 13 a 15 RD 1671/2009) y no limitarse a remitir a lo que establezcan las normas específicas de cada “modalidad de representación”, concepto éste oscuro -salvo que se pretenda referir al carácter general o específico de las habilitaciones a que se refiere el artículo 23 LAE-, y que no ha merecido una mínima justificación o aclaración en el expediente.

- Artículo 19. Identificación y autenticación de los ciudadanos por funcionario público.

a) La referencia al Decreto regional que encabeza el apartado 1, debe hacerse mediante su cita completa, incorporando su denominación oficial, pues es la primera vez que se cita en la parte

dispositiva del Proyecto, observación que se hace extensiva a la LFE, citada en el artículo 20.1 del Proyecto.

Por otra parte, una alusión tan genérica a lo establecido en el citado reglamento regional no permite conocer a qué concreto aspecto de su contenido se refiere el precepto objeto de la presente consideración.

b) Debería sustituirse la expresión “artículos 17 y 18 de este Decreto” por la de “artículos 17 y 18 del presente Decreto”, para evitar una eventual confusión acerca de la norma reglamentaria a que se refiere, dada la cercanía de la cita del Decreto 236/2010.

c) Debe efectuarse una indicación expresa del precepto legal objeto de desarrollo (art. 22 LAE), que establece condiciones para que el ciudadano pueda acogerse a este servicio (identificación y otorgamiento de consentimiento expreso), que no han sido recogidas en el texto del Proyecto.

d) Del mismo modo, debería determinarse qué órgano será el encargado de establecer y llevar el registro de funcionarios habilitados para prestar este servicio a los ciudadanos, registro a que se refiere el artículo 22.3 LAE, así como para habilitar a tales empleados públicos para permitir el acceso electrónico a los ciudadanos que carecen de los instrumentos o medios necesarios para ello.

- Artículo 20. Personas jurídicas.

Debe eliminarse la imprecisa referencia al “órgano competente”, sustituyéndola por la determinación concreta del órgano que establecerá qué trámites y actuaciones de las personas jurídicas ante la Administración regional podrán realizar utilizando los certificados electrónicos de persona jurídica.

- Artículo 21. Constitución de la sede electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

De la lectura del apartado 1, pudiera deducirse que la sede electrónica se constituye en el punto de acceso electrónico de los ciudadanos a cualquier Administración Pública, cuando en realidad lo es sólo de la Administración regional, sin perjuicio de la posibilidad de prever enlaces a otras Administraciones. Debería, en consecuencia, precisarse la redacción del último inciso del precepto.

- Artículo 25. Accesibilidad de la información.

La referencia a la “Guía de Servicios”, debería hacerse con su denominación oficial: “Guía de Procedimientos y Servicios” regulada en el Título I, Capítulo III, Sección 2ª, del Decreto 236/2010. Así también en el artículo 26 del Proyecto.

- Artículo 26. Contenido (de la Sede Electrónica).

a) El apartado 3, letra f) señala como servicios que se ofrecerán en la Sede Electrónica el de perfil del contratante y “demás servicios previstos en la normativa básica de contratos del sector público”. Debería precisarse que tales servicios son los que la indicada normativa prevé que se presten a través de medios electrónicos (expedición de certificaciones, subasta electrónica, acceso a los pliegos, etc.).

Con posterioridad a la remisión del Proyecto para Dictamen y estando pendiente de despacho, se publica la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), que modifica la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), estableciendo la Plataforma de Contratación del Estado, como plataforma electrónica que permita dar publicidad a través de internet a las convocatorias de licitaciones y sus resultados y a cuanta información consideren relevante relativa a los contratos que celebren, así como prestar otros servicios complementarios asociados al tratamiento informático de estos datos. En ella se integrarán los perfiles de contratante de los órganos de contratación del Estado.

De crearse en el futuro la correspondiente plataforma de contratación regional, podría optarse bien por su integración plena en la Sede Electrónica, bien por su constitución separada, aunque enlazada con aquélla, al modo de la plataforma estatal (art. 309 LCSP). De optarse por la primera alternativa, la redacción actual del apartado 3, letra f) del artículo objeto de consideración sería adecuada. No lo sería, por el contrario, de optarse por la segunda, por lo que se sugiere una redacción más abierta que pudiera acoger las distintas posibilidades expuestas.

b) En el apartado 4, debería incorporarse la información a que alude el artículo 18.3 LAE, relativa a la relación de sellos electrónicos utilizados por la Administración regional, incluyendo las características de los certificados electrónicos y los prestadores que los expiden.

Del mismo modo, podría incluirse, aunque esta vez en el apartado 3, como servicio que presta la Sede, el sistema de verificación no sólo de la integridad de los documentos generados

mediante actuaciones automatizadas (ya previsto en la letra h), sino también de los certificados aludidos en el párrafo precedente de esta consideración.

c) El apartado 4, letra f) establece como información accesible en la sede electrónica, la relativa a “la estructura orgánica de cada Departamento hasta el nivel de negociado”. La expresión “estructura orgánica” remite a la previsión legal contenida en el artículo 14 de la Ley 7/2004, en cuya virtud, la de cada Consejería y sus organismos públicos será establecida por Decreto, fijándose normas específicas relativas tanto a la iniciativa normativa como a su tramitación. Tales decretos de estructura orgánica únicamente descienden hasta el nivel de las Jefaturas de Sección, de forma que las unidades administrativas inferiores, como los negociados, no forman parte de la estructura orgánica, al menos en el sentido estrictamente legal, pues su creación, modificación o extinción se realiza por Orden del Consejero de adscripción (art. 14.3 Ley 7/2004), no a través de los denominados decretos de estructura orgánica.

Por ello, sugiere el Consejo Jurídico que, si se pretende mantener en la Sede Electrónica la información de la estructura de la Administración hasta el nivel de negociado, se utilice una expresión diferente a la de “estructura orgánica”, sustituyéndola por la de “estructura organizativa”, y que ésta se refiera no sólo a los Departamentos o Consejerías, sino también a los organismos y entidades de la Administración institucional, pues están incluidos en el ámbito subjetivo de la Sede Electrónica.

- Artículo 27. Fecha y hora oficial.

Señala el artículo 27 del Proyecto que las actuaciones que se realicen a través de la sede electrónica se entenderán realizadas en la fecha y hora oficial en la Región de Murcia. Tales extremos también deben constar en la Sede Electrónica, toda vez que el artículo 26.1 LAE así lo exige, al señalar que los registros electrónicos se regirán a efectos de cómputo de los plazos imputables tanto a los interesados como a las Administraciones Públicas por la fecha y hora oficial de la sede electrónica de acceso que, además de contar con las medidas necesarias para garantizar su integridad, debe figurar visible.

No ha de olvidarse que, en el procedimiento administrativo, el conocimiento por los particulares del momento exacto en que se presenta un determinado escrito o comunicación o se realiza cualquier trámite ante la Administración puede resultar determinante para el reconocimiento de derechos o situaciones jurídicas subjetivas o para el cumplimiento temporáneo de sus obligaciones. Por ello, y en atención a un elemental principio de seguridad jurídica, la constancia y

visibilidad en la Sede Electrónica de la fecha y hora oficial que se tomará en consideración para la realización por el interesado de sus trámites por medios electrónicos deviene esencial.

- Artículo 29. Tablón de Anuncios Electrónico.

El apartado 1 ganaría en claridad incorporando la redacción del artículo 12 LAE, que le dota de fundamento, estableciendo, como regla general, que la publicación de actos administrativos y comunicaciones que, por disposición legal o reglamentaria, deban publicarse en un tablón de anuncios o de edictos, habrá de hacerse en la Sede Electrónica, en la sección denominada Tablón de Anuncios Electrónico, que deberá resultar claramente visible para el ciudadano.

Las excepciones a esta regla general son las que se indican en el artículo 31.1 y 3, las cuales son susceptibles de simplificación y refundición. Así, no es necesario efectuar la salvaguardia expresa relativa a la publicación de las leyes, pues ya en el artículo 29 se habrá indicado que lo que es objeto de exposición en el Tablón son actos administrativos y comunicaciones. Del mismo modo, debería sustituirse la indicación al tablón de anuncios del Ayuntamiento del último domicilio conocido del interesado, por la mención a los tabloneros de anuncios de otras Administraciones, y la del Boletín Oficial de la Región de Murcia, por la de un diario oficial, pues determinados actos han de ser publicados, por ejemplo, en el Boletín Oficial del Estado.

- Artículo 35. Protección de datos personales.

Este precepto se encuadra en el Título III del Proyecto, dedicado a la gestión documental. Sin embargo, sus prescripciones sobre el respeto a la normativa en materia de protección de datos personales no son únicamente predicables del acceso a los documentos, sino también a cualesquiera ficheros en soporte electrónico, por lo que encontraría un mejor acomodo sistemático en un Título más generalista.

- Artículo 37. Acceso por otras entidades públicas.

El precepto debería ponerse en relación con el artículo 9 LAE y con la Disposición final primera del Decreto 286/2010, de 5 de noviembre, sobre medidas de simplificación documental en los procedimientos administrativos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

- Artículo 43. Presentación de documentos por los ciudadanos.

a) Atendiendo a la ubicación sistemática del precepto en un Capítulo denominado “Derechos de los Ciudadanos”, la referencia contenida en el apartado 1 al Decreto 236/2010, que contiene el régimen reglamentario de la aportación de documentos ante la Administración regional, quizás debería hacerse extensiva también al Decreto 286/2010, en el que se regula un aspecto íntimamente relacionado con el anterior como es el derecho a la no aportación de determinados documentos.

b) El apartado 2 precisa de una matización para aclarar su sentido. El derecho al que se refiere, el del artículo 35.2 LAE, es el consistente en que los interesados puedan aportar al expediente copias digitalizadas de documentos originales en soporte no electrónico. Estos documentos originales pueden obrar en archivos administrativos o no, pues pueden estar en poder del propio interesado, pudiendo tratarse incluso de documentos privados.

El precepto objeto de consideración, sin embargo, no hace esta distinción y obliga al interesado a señalar la entidad en cuyo poder se encuentra el documento original, desconociendo la posibilidad de que el original no esté en archivo administrativo alguno, por lo que la norma habría de matizarse.

c) La aportación de documentos por los interesados se realizará, de ordinario, en el seno de un procedimiento administrativo en el que tales documentos acreditarán requisitos o servirán como elementos de juicio para garantizar el acierto de la resolución del procedimiento. En tales casos, el requerimiento de subsanación a que se refiere el apartado 3 sólo podrá efectuarse cuando el documento cuya copia digitalizada se pretenda aportar al procedimiento tenga carácter preceptivo. De no ser así, la omisión de la información acerca de la entidad en cuyo poder se encuentre el documento original no puede equipararse a un defecto de la solicitud que impida su tramitación. Antes bien, el fundamento legal del requerimiento de aportación de dicha información en relación a documentos no preceptivos ha de buscarse en el artículo 76 LPAC que, como único efecto anudado a la desatención de aquél por parte del interesado prevé la pérdida del derecho al trámite y no el más drástico del desistimiento a que conduce desoír el requerimiento de subsanación efectuado al amparo del artículo 71 LPAC.

d) Regula el apartado 4 la comunicación al Ministerio Fiscal de la eventual falsedad en que pudiera haber incurrido el interesado que aporta una copia que no se corresponde con el original.

La mera previsión de esta norma apunta una especial desconfianza en los medios electrónicos, pues el Decreto 236/2010 carece de una previsión similar respecto de la aportación de

copias al procedimiento administrativo por otros medios. Por ello, se sugiere su supresión, lo que no incidiría en la obligación de los funcionarios públicos de denunciar la comisión de delitos conocidos por razón de su cargo, conforme al artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *notitia criminis* que puede formularse no sólo ante el Ministerio Fiscal, sino también ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

- Artículo 44. Compulsas en soporte electrónico.

a) El precepto ganaría en claridad si se indicara que el supuesto que regula es el de la obtención de una copia electrónica a efectos de compulsas de un documento original en soporte no electrónico que el interesado pretende aportar al procedimiento. Por ello, debería integrarse su redacción con lo previsto en el artículo 49 del Decreto 236/2010 en el que se establece el régimen de compulsas.

A tal efecto, debería indicar el Proyecto que, cuando de acuerdo con las normas que resulten de aplicación, los ciudadanos deban acompañar copia compulsada de los documentos exigidos a las solicitudes que presenten, se estará a lo dispuesto en el referido artículo 49, pudiendo los ciudadanos solicitar de la oficina receptora de la documentación la expedición de una copia electrónica a efectos de compulsas. Dicha copia electrónica tendrá el carácter de copia compulsada y es la que se incorporará al expediente.

Por otro lado, en la redacción actual del precepto se establece la posibilidad de los ciudadanos de solicitar la expedición de copia electrónica a efectos de compulsas como un derecho que no está sometido a restricción, cuando la prudencia aconsejaría establecer una salvaguardia en el sentido de posibilitar el ejercicio de este derecho sólo cuando las disponibilidades técnicas en las oficinas habilitadas para recibir documentos de los interesados así lo permitan, máxime cuando el artículo 36 del Proyecto limita las copias electrónicas válidas a aquellas expedidas a través de la correspondiente aplicación corporativa.

b) El apartado 3 debería aludir más que “a la información a que se refiera la compulsas” a la información contenida en la copia electrónica compulsada y, mejor que a la utilización de información, debería establecer la posibilidad de la Administración de acceder y tratar la información personal contenida en ella.

De tales extremos debería informarse al ciudadano en el momento de la compulsas, así como de los mecanismos existentes para revocar su consentimiento al indicado tratamiento.

- Artículos 45 y 46. Expediente administrativo electrónico.

a) El índice electrónico que debe incorporar como contenido necesario todo expediente electrónico tiene por finalidad garantizar la integridad del expediente (art. 32.2 LAE y 21.1, letra b RD 4/2010), más que la de los documentos que en él se insertan y la autenticidad de éstos, como señala el artículo 45.2, b) del Proyecto, pues tales garantías en relación con los documentos singulares que integran el expediente, vendrán ofrecidas por las respectivas firmas que incorpore cada uno de ellos.

Así pues, el índice electrónico y la firma de éste han de garantizar que el expediente está completo, que en él se contienen todos los documentos correspondientes a un determinado procedimiento administrativo, y la posibilidad de su recuperación. Para ello, la Ley identifica el índice electrónico con el foliado del expediente, previsión que debería incorporarse al Proyecto.

b) Del mismo modo, el artículo 46 del Proyecto prevé la posibilidad de puesta a disposición del expediente electrónico a otra entidad pública, como sustitutiva de su remisión. Esta posibilidad, para que sea realmente efectiva, debería contener previsiones homogeneizadoras que garantizaran la interoperabilidad de los expedientes, en términos similares a los establecidos en el artículo 53 RD 1671/2009.

- Artículo 59. Comunicaciones y notificaciones electrónicas a los ciudadanos.

En el apartado 8 debe concretarse la remisión a las normas de la LPAC, refiriéndola a la práctica de la notificación, es decir, a su artículo 59. Asimismo, el lugar señalado por el interesado como sustitutivo del medio electrónico, a que se refiere el artículo 59.5 del Proyecto, habrá de ser considerado como lugar indicado a efectos de notificaciones en los términos del artículo 59.2 LPAC, para la notificación por medios no electrónicos.

- Artículo 62. Notificación mediante recepción en dirección de correo electrónico.

Debe suprimirse el segundo inciso del apartado 2, pues parece establecer que las notificaciones por correo electrónico no podrían surtir efectos jurídicos. Muy al contrario de lo que afirma el precepto, tales notificaciones, en la medida en que reúnan los requisitos exigidos por el artículo 28.2 LAE y 62.2 primer inciso del Proyecto (es decir, que el soporte tecnológico de las aplicaciones de correo electrónico permita generar automáticamente y al margen de la voluntad del destinatario los recibos de recepción y acceso a la información por parte de aquél) han de considerarse válidas y producen plenos efectos jurídicos.

- Artículo 66. Otras comunicaciones y alertas por medios electrónicos.

El último inciso del segundo apartado (de idéntica redacción al inciso cuya supresión se sugiere en la observación inmediatamente anterior), establece una norma para el futuro, pero que en el estado actual de la técnica los redactores del Proyecto no consideran aplicable. Por ello, en la medida en que aquéllos consideran que el supuesto de hecho a que se refiere la previsión no es posible en la actualidad, no impone un verdadero mandato jurídico, sino una regla que sólo será efectiva cuando se den las condiciones técnicas para poder practicar notificaciones por estos otros medios, y aún así será necesario entonces establecer de forma más detallada su régimen jurídico. Se propone, en consecuencia, su supresión del articulado y su ubicación, en su caso, en la Exposición de Motivos del Proyecto.

- Artículo 69. Iniciación y tramitación del procedimiento por medios electrónicos.

El apartado 1 dispone que cualquier interesado podrá iniciar un procedimiento que esté habilitado para su tramitación telemática, “con las excepciones establecidas en el artículo anterior”. Comoquiera que tal artículo se refiere a la participación de los interesados en el procedimiento para la producción de actos administrativos o para la elaboración reglamentaria, mediante los trámites de audiencia e información pública, que nada tienen que ver con la iniciación de los procedimientos, no se acierta a comprender a qué excepciones se refiere el precepto.

- Artículo 70. Instrucción del procedimiento utilizando medios electrónicos.

El precepto es una transcripción casi literal del artículo 36 LAE, de lo que debería dejarse constancia al inicio del artículo mediante la siguiente o similar expresión: “De conformidad con el artículo 36...”.

- Disposición adicional segunda. Singularidades del ámbito tributario.

Pretende el precepto salvaguardar las peculiaridades de los procedimientos tributarios, señalando que se regirán por las normas de tal ámbito y que sólo supletoriamente se les aplicará el futuro Decreto. Reitera lo establecido en la Disposición adicional cuarta LAE que, con carácter básico, señala que sus preceptos relativos a la gestión electrónica de los procedimientos (Título III) se aplicarán a los procedimientos tributarios de conformidad con lo establecido en la Disposición adicional quinta LPAC, que, como es bien sabido, somete los procedimientos tributarios y la aplicación de los tributos a las normas de tal ámbito y sólo supletoriamente se les aplicarán las

normas comunes. Debería, por tanto, efectuarse una remisión expresa al precepto estatal, lo que, además de garantizar una mejor adecuación a la norma básica, permitiría salvaguardar también las especificidades de la normativa en materia de contratación pública, respecto de las que el Proyecto guarda silencio, y que se contienen fundamentalmente en las Disposiciones adicionales decimoctava y decimonovena, y final novena, todas de la LCSP.

- Disposición adicional octava. Protección de datos en ficheros ya existentes.

a) El artículo 35 del Proyecto prevé que la creación de un fichero en soporte electrónico que contenga datos de carácter personal requerirá de un informe del servicio jurídico de la Consejería o entidad en el que se integre orgánicamente el responsable del fichero, relativo al cumplimiento de las previsiones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (LOPD) y, en particular, de las medidas de seguridad. El informe habrá de prestar especial atención a los accesos por parte de otros órganos o entidades diferentes del responsable del fichero.

La disposición adicional octava, sin embargo, en su apartado 1 impone al responsable del fichero la elaboración del informe, entrando en contradicción con la asignación que de dicha tarea realiza el artículo 35.2 al servicio jurídico del Departamento o entidad de adscripción del indicado responsable del fichero. Debe subsanarse esta contradicción.

b) La inmovilización del fichero, prevista en el apartado 3, habrá de acordarse una vez transcurrido el plazo de dos meses para la adopción de las medidas correctoras, por lo que debería suprimirse el término "inmediata".

- Disposición adicional décima. Sede electrónica del Boletín Oficial de la Región de Murcia.

La redacción del precepto únicamente salvaguarda, de forma innecesaria atendido el principio de jerarquía normativa, la regulación legal de la sede electrónica del diario oficial regional, pero no la normativa que la desarrolla y que se contiene, esencialmente, en el artículo 6 del Decreto 51/1986, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 3/1985, de 10 de julio, de creación del Organismo Autónomo Imprenta Regional de Murcia, y establece el funcionamiento del «Boletín Oficial de la Región de Murcia», en la redacción dada por Decreto 18/2009, de 27 de febrero.

Al referirse la disposición únicamente a la regulación legal de la sede electrónica -que de hecho es cuasi inexistente, pues se limita a establecer la publicación electrónica del diario oficial en aquella, sin desarrollar su régimen-, queda fuera de la disposición la normativa de rango

reglamentario específica de la sede, que podría verse derogada, en caso de contradicción, por lo dispuesto en el Proyecto.

Considera el Consejo Jurídico que, dadas las peculiaridades que presenta la publicación electrónica de un diario oficial y la previsión legal de una sede electrónica específica donde realizarse tal publicación, la Disposición adicional décima del Proyecto debería extender la salvaguardia que contiene, no sólo a la regulación legal de la sede electrónica del Boletín Oficial de la Región de Murcia, sino también a su desarrollo reglamentario particular.

- Disposición transitoria segunda. Sedes y registros electrónicos existentes.

Debe precisarse que el precepto se refiere a las sedes creadas por disposición general de rango inferior a Ley.

#### **DECIMOCUARTA.- Revisión general ortográfica y gramatical.**

Se sugiere, finalmente, una revisión general del texto para depurar diversas erratas e incorrecciones que lo salpican y que, a modo de ejemplo y sin ánimo exhaustivo, se citan a continuación:

- En el artículo 1, suprimir la coma tras la conjunción “y” en la frase “y, la efectividad...”.
- En el artículo 4, segundo inciso, la palabra “le” ha de ser consignada en plural, pues su referente son “los ciudadanos”.
- En el artículo 8.1, suprimir la coma entre “prestadores” y “cumplan”.
- En el artículo 13.1, debe incluirse una coma tras “competencia”.
- En el artículo 16.1 la expresión “podrán autorizarse” debe consignarse en singular, pues su referente es “la utilización de...”.
- En el artículo 19.1 debe eliminarse una coma de las dos que por error se han consignado tras “3 de septiembre”. También en el artículo 26.3, letras c) y g).
- En el artículo 21.1, debe suprimirse “http:///”.

- En el artículo 26.5, sustituir “matera” por “materia”.
- En el artículo 49.4, consignar en plural la palabra “vigente”.
- En el artículo 52.2, incluir una coma tras “información”.
- En la Disposición transitoria primera, apartado 1, debe sustituirse la expresión “existentes en la entrada en vigor” por “existentes a la entrada en vigor”.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia material para aprobar la norma, que habrá de adoptar la forma de Decreto del Consejo de Gobierno.

**SEGUNDA.**- El procedimiento de elaboración reglamentaria se ha ajustado, en términos generales, a las normas que lo rigen, sin perjuicio de las carencias y omisiones advertidas en la Consideración Tercera de este Dictamen, singularmente respecto de la participación de las Corporaciones Locales de la Región de Murcia.

**TERCERA.**- Tienen carácter esencial las siguientes observaciones:

- Las relativas a las habilitaciones a los Consejeros para el ejercicio de la potestad reglamentaria, conforme a lo indicado en la Consideración Sexta de este Dictamen.
- Al artículo 24.4, efectuada en la Consideración Octava de este Dictamen.
- De la Consideración Novena del presente, las referidas a los artículos 36.4 y 48.1. También la exigencia de incluir la referencia temporal como contenido necesario del documento administrativo electrónico y la necesidad de armonizar la regulación sobre conservación y eliminación de documentos con la normativa sobre patrimonio documental.
- Al artículo 55, según se indica en la Consideración Décima de este Dictamen.
- A los artículos 59.7 y 60.3, en los términos de la Consideración Undécima.

- De la Consideración Duodécima, las que versan sobre los artículos 67.2 y 68.3.

- A los artículos 2 (en relación con la exclusión de las actuaciones sometidas a Derecho privado); 13; 14.4; 17.1; 27; 43.3 y 62.2, conforme a lo señalado en la Consideración Decimotercera de este Dictamen.

**CUARTA**.- El resto de observaciones, de incorporarse al texto, contribuirían a su mejora técnica y a una mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 172-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	02/08/2011

**Extracto de doctrina**

El daño se produce en una situación ordinaria de desenvolvimiento de las actividades escolares que no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las usuales, y es de resaltar que el reclamante no achaca al centro ni a su personal conducta alguna que pudiera haber influido en el suceso, circunstancias todas que no permiten apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 21 de enero de 2011 x interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo, solicitando una indemnización de 111,40 euros, precio de los honorarios que hubo de abonar a un establecimiento de óptica al resultar rotas por accidente las gafas de su hijo x en clase correspondiente a 2º de infantil, en el CEIP El Salvador, de Caravaca de la Cruz (Murcia). El accidente escolar fue comunicado por la Directora del Instituto mediante un informe también de 21 de enero, en el que indica que *“por accidente un alumno le rompió las gafas”*. Tras ser requerido el reclamante señala como fecha del accidente el 16 de diciembre de 2010.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora por Resolución de la Secretaría General de 14 de marzo de 2011, notificada el 29 de marzo siguiente, fue solicitado informe del centro que, emitido el 28 de marzo de 2011, indica que *“los niños de 4 años se encontraban en su clase con su tutora, realizando en asamblea las rutinas diarias. Viene un alumno y dice a su tutora que un compañero le ha roto las gafas; a pesar de estar presente la maestra no presenció el incidente que se produjo de manera fortuita a las 9,15 de la mañana en horario escolar”*

**TERCERO.-** Conferida audiencia al reclamante, no consta que formulara alegaciones; el 30 de mayo de 2011 se formuló propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación. Considera probado que el accidente se produjo sin conexión con el funcionamiento del servicio

público, por lo que no existen los requisitos para declarar la responsabilidad de la Administración autonómica.

Y en tal estado, cumplimentado el expediente con el reglamentario índice de documentos y con el extracto de secretaría, fue formulada la consulta, que tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 3 de junio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter de este Dictamen.**

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

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

El procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha iniciado a instancia de parte interesada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

La acción, se ha ejercitado dentro del año de producido el hecho causante del daño, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.5 LPAC.

Finalmente, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los esenciales trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

I. Según el artículo 139 LPAC, cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

El Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente que, según la jurisprudencia del TS, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial administrativa de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el suceso dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. Así, es necesario que concurren los requisitos establecidos por los artículos 139 y siguientes LPAC, aplicados por el TS, como se señala en la Sentencia de la Sala Tercera de 29 de Marzo de 2006 (y, como recuerda ésta, en otras anteriores como la de 24 de julio de 1999) exigiendo que el particular sufra un daño en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreto y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

En el caso de la consulta, es cierto que el efecto dañoso existe, pero si se tiene en cuenta que el accidente no es presenciado por la profesora y la escasa instrucción practicada, no es posible siquiera tener acreditado que se produjera en el seno del servicio público. No obstante, de tenerse por cierto, de los hechos recogidos en el informe del centro no puede calificarse el accidente como un suceso atribuible directa ni indirectamente al funcionamiento del servicio público, bajo la forma de la actuación de algún profesor o por defecto de los medios materiales, ya que el daño se produce en una situación ordinaria de desenvolvimiento de las actividades escolares que no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las usuales, y es de resaltar que el reclamante no achaca al centro ni a su personal conducta alguna que pudiera haber influido en el suceso, circunstancias todas que no permiten apreciar la existencia de un título

de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

II. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de lo manifestado por este Consejo Jurídico en reiterados Dictámenes y en la Memoria correspondiente al año 2006 sobre la conveniencia de que la Administración arbitre medidas de protección social que puedan cubrir tales riesgos.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**-Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, dada la ausencia de los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 173-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	02/08/2011

**Extracto de doctrina**

Es abundante la doctrina sentada por el Consejo Jurídico que, reiteradamente, ha propugnado la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (por todos, Dictámenes 40/2002, 8/2003 y 73/2010).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 24 de febrero de 2011, el Director del CEIP “Pérez Villanueva”, de Cehegín, emitió un informe de accidente escolar en el que la alumna, x, de 6º curso de Primaria, había sufrido la rotura de las gafas por un golpe en la cara con un balón de fútbol durante el tiempo de recreo, sin que precisase asistencia médica.

El 28 de febrero de 2011 el padre de la menor interpuso reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración, solicitando ser indemnizado en la cantidad de 172 euros, importe de las gafas que acredita con la correspondiente factura. Relata brevemente que en el recreo jugando al fútbol le dan un pelotazo y la parten las gafas haciéndole un pequeño hematoma alrededor del ojo.

**SEGUNDO.-** El 23 de marzo de 2011 el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo acordó admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del procedimiento, siendo notificada la resolución al interesado el 5 de abril del mismo año.

**TERCERO.-** Se solicitó al Director del centro un informe sobre las circunstancias del accidente; fechado el 13 de abril de 2011, expone lo que sigue:

*“Las alumnas de 6º curso de primaria se encontraban en la pista del patio y en la hora del recreo jugando un partido de fútbol. Una alumna sacó de banda y el balón fue a dar en la cara a x, partiendo la montura de sus gafas. Los profesores aclaran que no existió intencionalidad*

*manifiesta, que no fue motivado por una riña o pelea, que fue un hecho fortuito, que las alumnas no discutieron ni enemistaron ni antes ni después del hecho. Y así lo expusieron ante sus padres y su tutora. Fue un hecho accidental”.*

**CUARTO.-** El 27 de abril de 2011 se notificó al interesado la apertura del trámite de audiencia, sin que conste haber ejercitado ese derecho.

**QUINTO.-** El 18 de mayo de 2011 se formuló propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por considerar que no concurre la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama, ya que el daño no pudo ser evitado por los profesores.

Unidos el índice de documentos y el extracto de secretaría, el 20 de mayo de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

La acción ha sido ejercitada por quien ha sufrido el daño por el que se reclama. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación, Formación y Empleo competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el CEIP “Pérez Villanueva”, de Cehegín.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse la conformidad de este Consejo Jurídico con la propuesta de resolución que las concluye, al no advertir que concurran en el accidente sufrido por el alumno todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada.

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, aquéllos tienen el derecho a que la Administración les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, el Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999). El Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene también que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la

responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996).

Asimismo el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que “durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”. También es abundante la doctrina sentada por el Consejo Jurídico que, reiteradamente, ha propugnado la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (por todos, Dictámenes 40/2002, 8/2003 y 73/2010).

En el asunto consultado puede afirmarse, como se desprende de la propuesta de resolución, que ese grado de diligencia no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas, dado que el accidente se produjo durante el recreo, de forma involuntaria y sin ninguna intencionalidad, en un patio adecuado para los alumnos de esa edad, que estaban conveniente vigilados. El reclamante no ha alegado la concurrencia de circunstancias determinantes de riesgo, peligro, negligencia o mal estado de las instalaciones, que hubieran podido causar el daño que, según todos los indicios, tuvo su origen en una acción propia de los juegos infantiles, por lo que no existe la conexión con el servicio público educativo que es necesaria para estimar la pretensión indemnizatoria formulada.

Para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el procedimiento objeto de consulta, si bien es cierto que el daño existe, se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo impiden que tales hechos desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa, razonamientos éstos que debieran enriquecer la propuesta de resolución.

II. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de lo manifestado por este Consejo Jurídico en reiterados Dictámenes y en la Memoria correspondiente al año 2006 sobre la conveniencia de que la Administración arbitre medidas de protección social que puedan cubrir tales riesgos.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de Dictamen, por no ser el daño imputable a la Administración regional, ni existir relación de causalidad entre el mismo y el funcionamiento de sus servicios públicos.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 174-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 02/08/2011

**Extracto de doctrina**

En las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la “lex artis” como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 12 de julio de 2006, x, en representación de x, presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS), en el que, en síntesis, expresa que el día 1 de mayo de 2006 ingresó en el Servicio de Urgencias del hospital “*Santa María del Rosell*”, de Cartagena, para ser atendido de un edema de garganta y, después de una primera asistencia, fue abandonado en un box, donde permaneció sentado en una camilla, situada a bastante altura del suelo, sufriendo un cuadro sincopal, con pérdida del conocimiento, que lo precipitó al suelo. Dicha caída le produjo un traumatismo facial y la pérdida de seis piezas dentales, encontrándose en el momento de interponer la reclamación en tratamiento médico para su curación. Por todo ello solicita que se tramite un procedimiento de responsabilidad patrimonial.

A la reclamación se adjunta poder de representación a favor del compareciente.

**SEGUNDO.-** El 27 de julio de 2006 el Director Gerente del SMS dictó resolución de admisión a trámite, que fue notificada a las partes interesadas, requiriéndose, además, al reclamante para que aportara o propusiera las pruebas pertinentes.

**TERCERO.-** El 23 de septiembre de 2006 el reclamante presenta escrito al que adjunta diversa documentación: parte de alta del Servicio de Urgencias del referido hospital, de fecha 1 de mayo de 2006, fotografías acreditativas del traumatismo facial sufrido, parte médico de alta de incapacidad laboral temporal por contingencias comunes, de fecha 4 de julio de 2006, relativo al periodo de baja laboral en que permaneció el interesado a consecuencia de la caída, y un plan de tratamiento y presupuesto dental de la zona realizado por el Dr. x, por importe de 9.850 euros.

Además, solicita que se requiera al citado hospital para que identifique a los facultativos que estuvieron presentes en el momento en que el reclamante sufrió el síncope vagal, así como al que suscribió el informe de alta del Servicio de Urgencias, y al responsable de dicho Servicio, a fin de que prestasen declaración acerca de los hechos que presenciaron o de los que tuvieron noticias. También solicita la prueba testifical en la persona de x.

**CUARTO.-** Solicitada al referido hospital copia de la historia clínica del reclamante, relativa a su asistencia en el Servicio de Urgencias del Hospital el día 1 de mayo de 2006, e informe de los facultativos intervinientes en la misma, ello fue cumplimentado mediante oficio de 25 de octubre de 2006.

De dicha documentación se destaca el ya reseñado informe de alta del Servicio de Urgencias, que hacía constar lo siguiente: *“Acude por edema de úvula durante esta madrugada. (...) Estando en el Servicio, al administrarle la medicación consistente en una vía intravenosa, sufre un cuadro sincopal, que recupera a normalidad, con traumatismo facial y rotura de incisivos y pequeña herida no suturable en labio inferior. En la evolución con corticoides mejoría”.*

Asimismo, se remite informe de 11 de octubre de 2006 del Jefe de la Unidad de Urgencias, en el que hizo constar lo siguiente:

*“El paciente fue atendido en todo momento de forma correcta por nuestro personal facultativo y de enfermería. Un episodio sincopal ocurre de forma brusca, sin que se pueda prevenir en la mayoría de las ocasiones, pudiendo caerse en su propio domicilio, en una sala de espera, estando sentado o acostado. De cualquier forma, sentimos que sufriera dicha caída y le deseamos que su restablecimiento sea de forma satisfactoria”.*

**QUINTO.-** Solicitado al hospital de referencia para que identificara al personal facultativo y de enfermería que se encontraba presente en el momento en el que el reclamante sufrió el síncope vagal, y emitiera informe sobre los hechos, fue remitido informe de 11 de enero de 2007 de la Directora de Enfermería, en el que indicaba lo siguiente:

*“Según refiere la enfermera x, el paciente x estaba en la camilla del área de reconocimiento de Enfermería, con un suero y el acompañante en la silla.*

*La enfermera le preguntó si se encontraba bien, le comentó que sí, la enfermera salió al WC y cuando estaba a cuatro metros, oye que llaman a la Enfermera y se encuentra al paciente en el suelo boca abajo, y el acompañante que ni se levantó de la silla”.*

**SEXTO.-** Previa citación de los interesados, el 23 de febrero de 2007 se practica prueba testifical en las personas de x, novia del reclamante y presente en el referido Servicio de Urgencias el día de los hechos, y en la persona de la enfermera x, con el resultado que obra en el expediente.

A la vista de la prueba testifical practicada, se solicitó al hospital que enviase un croquis de la ubicación y distribución de la sala de triaje de enfermería de Urgencias, así como que se identificase a la auxiliar de clínica que trabajaba con la enfermera x el día 1 de mayo de 2006. En cumplimiento de lo solicitado, el 27 de marzo de 2007 el hospital remitió el croquis del Área de Urgencias y un informe del Coordinador de Enfermería, que expresa que la auxiliar de clínica de turno el citado día era x. Obra diligencia de la instructora, de fecha 28 de junio de 2007, en la que se hace constar que, en conversación telefónica con esta última, manifiesta no recordar los sucesos relatados, que hubiera recordado de haberlos presenciado, dada su índole, siendo posible que en tal fecha hubiera cambiado el turno con otro compañero, lo que no recuerda.

**SÉPTIMO.-** Consta en el expediente la interposición por el reclamante de un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación.

**OCTAVO.-** Obra en el expediente Dictamen médico aportado por la compañía aseguradora del SMS de fecha 16 de septiembre de 2009, en el que se concluye lo siguiente:

*“1. El paciente sufre un síncope mientras le administraban una medicación intravenosa, correctamente prescrita para el cuadro clínico que presentaba.*

*2. Sin patología previa conocida, el origen del mismo pudo ser ortostático o vagal. Cualquiera de ellos es de aparición brusca.*

*3. La medicación administrada no ha sido la causa del mismo, al no ser un fármaco posiblemente productor de síncope.*

*4. La posición de sedestación en la camilla para la administración del fármaco fue completamente correcta, no debiendo, adoptar medida de especial vigilancia ni contención ante un paciente joven y consciente.*

*5. La caída fue completamente accidental.”*

**NOVENO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 6 de julio de 2010, en el que, después de analizar la etiología del desmayo o síncope que sufrió el reclamante, resaltando que estos trastornos suelen ser de causa desconocida e inesperada y deberse a muy variadas circunstancias, formula entre otras, las siguientes consideraciones:

En cuanto a *“la administración de 80 mg. de corticoides (urbasón) por vía intravenosa y en un tiempo aproximado de 10 a 15 minutos”*, como sucedió en el caso, señala que *“no hay descritos casos en que la administración de corticoides por sí mismos den lugar a sufrir un síncope”*.

En cuanto a la organización y el funcionamiento del Servicio de Urgencias, expresa que *“no puede decirse, por tanto, que el paciente estaba abandonado a su suerte, sino que estaba vigilado, y de cerca, tal y como lo describe la acompañante del mismo”*.

En cuanto a las medidas existentes en el momento de la administración del fármaco en cuestión, señala que *“la posición de estar sentado en una camilla mientras se administra un fármaco en la zona ambulatoria (triaje) de urgencias, es la adecuada para pasar un suero, más aún hay que tener en cuenta que el paciente sufría un edema de úvula y la posición de decúbito supino podría empeorar la situación en la vía glótica y aumentar la dificultad respiratoria/deglutoria”*.

Por lo anterior, señala que ni *“la acompañante que estaba cerca del paciente, como el personal sanitario (enfermera, auxiliar y médico), que estaban a escasos metros, pudieron hacer nada por sujetar al paciente, ya que puede que él mismo no notara algunos de los pródromos o auras que suceden antes de perder el conocimiento. Sólo la acompañante o alguien que estuviera pegado a él y le estuviera mirando en ese momento habrían podido evitar la caída, algo que corresponde más al azar que a un protocolo de trabajo en un área ambulatoria de urgencias”*, concluyendo que la actuación sanitaria fue correcta.

**DÉCIMO.-** Mediante oficio de 29 de septiembre de 2010 se otorgó a los interesados un trámite de audiencia y vista del expediente, sin que comparecieran a tal efecto ni conste la presentación de alegaciones.

**UNDÉCIMO.-** El 3 de diciembre de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la resolución; en síntesis, por considerar que, en el caso planteado, de acuerdo con los informes médicos emitidos, no se ha acreditado la existencia de mala praxis médica, lo que es un requisito necesario para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

**DUODÉCIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas (RRP).

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al reclamante, por ser quien sufre los daños (determinados gastos médicos y período de incapacidad temporal) por los que se reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.**  
**Consideraciones generales.**

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación de éste ha de regirse por la denominada *“lex artis ad hoc”*, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso

acudir al criterio de la *“lex artis”* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *“lex artis”*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

En este sentido, sólo si se produce una infracción de la *“lex artis”* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o las lesiones derivadas de una

complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la “*lex artis*”, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama. Inexistencia.**

A la vista de los escritos presentados por el reclamante, se advierte que la pretensión indemnizatoria, inherente a la promoción del presente procedimiento por parte del interesado, no ha sido finalmente cuantificada; no obstante, y a partir de una interpretación antiformalista y “*pro actione*” de la cuestión, lo anterior no impide el examen de las cuestiones de fondo que se desprenden del expediente, por cuanto debe considerarse que, a estos efectos resarcitorios, mediante la documentación que aporta el reclamante se efectúa una referencia a determinados conceptos indemnizatorios (unos concretos gastos médicos y un periodo de incapacidad temporal) que son susceptibles de valoración económica, aspecto que habría de abordarse en el caso de considerar que concurren los requisitos legales determinantes de la responsabilidad patrimonial cuya declaración se pretende.

A tal efecto, debe comenzarse por señalar que, del escrito inicial de reclamación (único en el que se contienen verdaderas alegaciones en apoyo de la pretendida responsabilidad de la Administración regional), se desprende que el único motivo por la que el interesado considera que

ésta debe ser responsable de los daños producidos a consecuencia de su caída en el Servicio de Urgencias del hospital “*Santa María del Rosell*” el día 1 de mayo de 2006, consiste en el hecho de que, durante la administración del corticoide (urbasón) entonces prescrito para tratar el edema de úvula que le aquejaba, el personal sanitario lo dejó sólo en el box de enfermería y sentado en una camilla, de forma que no pudo evitar la caída al suelo derivada del síncope que sufrió en tal momento. De ello hemos de extraer que, para el reclamante, tal omisión de vigilancia, o la inadecuada acomodación del paciente, constituye un supuesto de mala praxis sanitaria.

Sin embargo, el interesado no aporta informe alguno que permita aceptar tal conclusión, lo que, conforme con lo expresado en la Consideración precedente, permitiría ya sin más desestimar su reclamación. Pero es que, además, y prescindiendo del dato de si en el momento de sufrir el síncope el paciente se encontraba o no acompañado, dentro del concreto box en el que se encontraba, por algún profesional sanitario (de lo actuado parece que no fue así, pues aunque la presencia allí de una auxiliar de enfermería fue afirmada por la enfermera encargada de la asistencia, no se ha conseguido una declaración al respecto de tal auxiliar), lo relevante es que los informes emitidos consideran que ni la patología (edema de úvula) por la que el paciente acudió al Servicio de Urgencias requería de una acomodación del mismo en el box distinta de la que se dispuso para la administración del suero prescrito (inocuo, además, a los efectos de propiciar un síncope vagal como el acaecido), ni tampoco aquella patología sugería en modo alguno que pudiera producirse este síncope, por lo que, en consecuencia, no se requería de los profesionales sanitarios una presencia junto al paciente tan próxima, continuada y con un grado de atención tan intenso sobre el mismo como para poder prevenir dicho síncope y evitar la caída en cuestión, todo ello por las razones expresadas en dichos informes, a los que nos remitimos.

En consecuencia, no pudiéndose afirmar la existencia de mala praxis en el caso enjuiciado, o infracción de la “*lex artis ad hoc*”, no existe la adecuada relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños a considerar, que es jurídicamente necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, por lo que procede desestimar la reclamación objeto de Dictamen.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** No habiéndose acreditado la existencia de mala praxis sanitaria en el caso enjuiciado, o infracción de la “*lex artis ad hoc*”, no existe la adecuada relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama, que es

jurídicamente necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA**- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto es desestimatoria de la reclamación de referencia, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 175-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x. y otra, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	29/08/2011

**Extracto de doctrina**

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 27 de julio de 2006, x, y, en nombre propio y en representación de su hijo incapacitado , según reconoce la Sentencia de 25 de abril de 2005 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Murcia, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial por los siguientes hechos:

Los reclamantes describen que su hijo, pese a sufrir un trastorno mental por el que se encontraba en tratamiento médico, hacía una vida normal. El 3 de noviembre de 2003 fue ingresado en el Hospital Psiquiátrico Román Alberca por “*descompensación de cuadro psicótico*”, estando de guardia su psiquiatra de zona, que había advertido que “*presenta un difícil manejo psicofarmacológico con intolerancia a numerosos fármacos*”.

Según exponen, su hijo sufrió en un período de 46 días, desde el 3 de noviembre hasta el 16 de diciembre de 2003, episodios graves motivados por una incorrecta administración de fármacos, presentando “*impregnación medicamentosa*”, que motiva su traslado al Hospital Virgen de la Arrixaca por “*haber entrado en un estado de inconsciencia, sin responder a estímulos, respiración ronca y entrecortada*”, sin que se le comunicara dicho traslado a los padres, ni el grave estado de su hijo.

Además señalan que ese episodio ocurrió cuando el día anterior, el 15 de diciembre de 2003, su hijo se mostraba “*muy agresivo y golpeó a una auxiliar*”, teniendo la sospecha que tras ese incidente de agresividad se le administró una medicación en dosis más elevada para

neutralizar dicho cuadro, constando en el parte de urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca “¿*posible ingesta de BZD?*”, que evidentemente le administraron en el Hospital Psiquiátrico Román Alberca. Tras ser dado de alta ese mismo día y volver al centro de procedencia, al día siguiente, a las 23,30 horas, es derivado nuevamente al Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, siendo ingresado el 17 de diciembre en el Hospital Morales Meseguer debido al deterioro físico que presenta: “*Confuso, con desorientación temporoespacial, inhibición psicomotriz, discreta flexibilidad cérea, cambios vegetativos, intensa actividad delirante, rechazo a la ingesta de alimentos e incontinencia de esfínteres*” según consta en el informe de alta de 1 de agosto de 2005, estando actualmente ingresado en la Clínica San Felipe del Mediterráneo, por ser un gran inválido que necesita de una tercera persona.

Consideran que existió una prestación del servicio sanitario psiquiátrico anómala, pues entró en el Hospital Psiquiátrico Román Alberca con un cuadro psicótico descompensado y salió con unas lesiones cerebrales gravísimas por errónea administración de fármacos que le resultaban incompatibles, por todo lo cual solicitan una indemnización de 6.0000.000 euros para el enfermo, más los intereses legales. Para los padres, por el trastorno vital producido y por el sufrimiento padecido, reclaman la cantidad de 300.000 euros, más los intereses legales desde la fecha de presentación de la reclamación.

Finalmente, acompañan los documentos que obran en los folios 12 a 25 del expediente, entre ellos:

- El informe de alta del Hospital Psiquiátrico Román Alberca, suscrito por el Dr. x (folio 13):

*“Paciente que acude a este centro (el 3 de noviembre de 2003), debido a no poder ingresar en el Hospital de referencia, presentando cuadro delirante con ideas de persecución y perjuicio, pérdida de la línea directriz del pensamiento, verborrea, inquietud, etc.*

*Conociendo la dificultad en el manejo psicofarmacológico del paciente, se inicia tratamiento con neurolépticos atípicos, mejorando el cuadro, pero apareciendo una impregnación manifiesta. Al intentar reducir la dosis hasta que desaparezcan los síntomas secundarios debido al tratamiento, se vuelve a reagudizar. Se comenta la posibilidad de TEC (Terapia Electroconvulsiva) a la familia y ésta se opone, por lo que se intenta estabilizar con otro tipo de fármacos, ocurriendo una evolución similar a la anterior.*

*Ante esto se decide darle unas sesiones de TEC, lo que es autorizado por el padre, pero aparece un cuadro de pérdida de consciencia, por lo que es remitido al CSVA (Hospital Virgen de la*

*Arrixaca), siendo diagnosticado de impregnación de BDZ (la única BDZ que lleva era dormodor/30 mg. por noche). Ante esto, no se le aplica TEC y se suspende todo el tratamiento, y se cita exploración mediante TAC cerebral. A las 24 horas vuelve a presentar cuadro vegetativo con oscilaciones del nivel de conciencia e intensa actividad delirante, por lo que se traslada a CSVA, siendo posteriormente ingresado en el H. Morales Meseguer”.*

- El informe de Alta del Servicio de Psiquiatría del Hospital General Universitario Reina Sofía de 1 de agosto de 2005 (folios 24 y 25), que contiene su evolución y el juicio diagnóstico de esquizofrenia hebefrénica y retraso mental leve, recomendándose el mantenimiento del tratamiento psicofarmacológico y el internamiento del paciente en la Unidad de Larga Estancia, por lo que se procede a su traslado a la Unidad de Psiquiatría de la Clínica San Felipe del Mediterráneo.

- El historial correspondiente a los días de ingreso en el Hospital Psiquiátrico Román Alberca (folios 16 a 22).

**SEGUNDO.-** Con fecha 14 de septiembre de 2006 se dicta por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud Resolución de admisión a trámite, que es notificada a las partes interesadas.

Al mismo tiempo se solicita la historia clínica e informes médicos a la Clínica San Felipe del Mediterráneo y a los Hospitales Morales Meseguer, Virgen de la Arrixaca, Reina Sofía y Psiquiátrico Román Alberca.

También se notifica la reclamación presentada a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Con fecha 18 de octubre de 2006 se remite copia de la historia clínica por el Hospital General Universitario Reina Sofía (folios 42 al 404) e informe de los Dres. x, y (folios 39 a 41), según el cual:

*“En relación con la reclamación patrimonial interpuesta por x, y relativa a su hijo x incoada con el n°. de expediente 399/06, y después de revisar la historia clínica de dicho paciente durante su ingreso en nuestra Unidad de Hospitalización Psiquiátrica, tenemos el honor de manifestar lo siguiente:*

*PRIMERO.- Que x ingresó en nuestra Unidad el día 17 de diciembre de 2003, procedente de la Ciudad Sanitaria Virgen de la Arrixaca, por descompensación de su cuadro psicótico de varios años de evolución previa a dicho ingreso.*

*SEGUNDO.- Que el diagnóstico de x, existente previamente al ingreso en nuestra Unidad, era de ESQUIZOFRENIA y RETRASO MENTAL y había sido tratado por psiquiatras del Servicio Murciano de Salud, en el Centro de Salud Mental de Infante.*

*TERCERO.- Que en el momento del ingreso el paciente estaba deteriorado físicamente, como consta en la historia clínica, y resultado de su propia enfermedad y de los efectos secundarios de los psicofármacos que se le habían administrado para el tratamiento de su patología psiquiátrica prescritos por los psiquiatras que le habían tratado antes de su llegada a nuestro hospital.*

*CUARTO. - Que los efectos secundarios sufridos por el paciente como consecuencia del tratamiento de su enfermedad, son comunes y que pueden afectar más a unos pacientes que a otros, y que el manejo de dichos efectos secundarios incluye la suspensión o reducción temporal del tratamiento, actitud que se tomó tras su llegada, a nuestro hospital, con el resultado de que cuatro días después habían desaparecido dichos efectos secundarios y mejorado la condición física del paciente: por tanto se pudo reiniciar el necesario tratamiento de su patología psiquiátrica, teniendo en cuenta la mala tolerancia del paciente a fármacos antipsicóticos manejando dicha circunstancia con el cuidado que dichos casos requieren.*

*QUINTO.- Que la esquizofrenia y retraso mental del paciente entre otros síntomas incluía episodios de heteroagresividad hacia el personal sanitario y hacia su propia familia, llegando incluso a agredir a sus padres durante las visitas (consta en las hojas de evolución clínica de médicos y enfermería). El grado de agresividad mostrado precisó en algunas fases de su ingreso de contención mecánica, y reducción del paciente por parte del personal del hospital (enfermería y seguridad). Incluso en el proceso de contención mecánica en una de las ocasiones y como consecuencia de la resistencia que ofreció el paciente para ser contenido, arrastró al suelo al personal que intentaba realizar la sujeción mecánica y en esa caída se produjo el paciente una fractura del cúbito derecho. En dicha caída un enfermero se lesionó también el tendón de un flexor de la mano (consta en historia clínica).*

*SEXTO.- Que el paciente ya tenía una mala evolución de su enfermedad previamente al ingreso en nuestro hospital. Que no había respondido adecuadamente al tratamiento administrado para su enfermedad ni previamente al ingreso, ni durante el mismo, evolucionando a la cronicidad y*

*finalmente precisando ser ingresado en un establecimiento para enfermos crónicos. Esta evolución hacia un cuadro defectual grave esquizofrénico se produce aproximadamente entre un 14-24% de casos de esquizofrenia (como se recoge en el Tratado de Psiquiatría de Vallejo y Leal, año 2005. capítulo 62 de Segarra y Cols, sobre el curso pronóstico de la esquizofrenia), y por tanto no es una circunstancia excepcional, ni tampoco se puede afirmar que sea dependiente de haber sufrido efectos secundarios de fármacos utilizados para el tratamiento de la propia enfermedad.*

*SÉPTIMO.- Que a lo largo del ingreso hospitalario los padres del paciente solicitaron una segunda opinión sobre la evolución de su hijo. Que se les ofreció trasladarlo a la Ciudad Sanitaria Virgen de la Arrixaca para esa segunda opinión, y los padres se negaron a ello alegando una posible falta de objetividad diciendo textualmente que "eran colegas nuestros" (hoja evolución clínica 14-10-2004). Posteriormente y después de que ellos mismos solicitasen que la valoración de segunda opinión se hiciese en el Hospital Gregorio Marañón de Madrid, se les gestionó el traslado a dicho centro, cuando todo estaba preparado para ello y en el último momento se opusieron sorprendentemente al mismo alegando que su hijo tenía que "permanecer en nuestra unidad hasta que se cure" (hoja evolución clínica 14-12-2004). A partir de esa fecha los padres decidieron por su cuenta que no hablarían más con los médicos de nuestro servicio. Estos extremos constan en la historia clínica en las hojas de evolución clínica señaladas.*

*OCTAVO.- Posteriormente, en abril 2005, y después de estar cuatro meses sin contactar con el médico responsable, gestionaron el traslado a otro centro psiquiátrico sin decir a qué centro se trasladaba. Ante esta anomalía y por la responsabilidad que podría comportar el autorizar el traslado a un centro desconocido del que no se sabía si era adecuado para dicho paciente, los servicios jurídicos del Hospital Morales Meseguer contactaron con el Juzgado nº. 9 y el Sr. Juez autorizó dicho traslado. Con motivo de estos hechos se realizó informe de fecha 25 de abril firmado por Dr. x (médico responsable) y Dr. x (jefe del servicio) recomendando una serie de medidas de seguridad para dicho traslado.*

*NOVENO.- Con posterioridad volvió a ingresar en nuestra Unidad, y dado que se trataba de un enfermo crónico permaneció ingresado hasta el día 1-8-2005 en que se trasladó a la Clínica. San Felipe del Mediterráneo con el diagnóstico de Esquizofrenia Hebefrénica y Retraso Mental Leve.*

*DÉCIMO.- Que como se ha manifestado la esquizofrenia es una enfermedad grave que puede evolucionar a la cronicidad, independientemente del tratamiento que se haya seguido. Que un manejo difícil psicofarmacológico con intolerancia a los fármacos es común en algunos pacientes esquizofrénicos, pero la necesidad de tratar dicha enfermedad hace que se tengan que*

*utilizar dichos psicofármacos y ello a pesar de que comporten efectos secundarios. En medicina la valoración riesgo-beneficio preside la actuación médica en la mayoría de los casos. En el caso de un paciente como el referido y dada la gravedad de los síntomas, fue necesario utilizar distintos tratamientos en función de la respuesta presentada y de la tolerancia a los mismos.*

*UNDÉCIMO.- Que a pesar de que se detectó la cronicidad de dicho paciente desde los primeros meses de ingreso, no se procedió a trasladar al paciente a la Unidad de media estancia para enfermos psiquiátricos debido a que los padres se opusieron sistemáticamente a dicho traslado por estar esa unidad ubicada en el Hospital Psiquiátrico Román Alberca”.*

**CUARTO.-** El 10 de octubre de 2006, la Directora Médica del Hospital Psiquiátrico Román Alberca remite copia de la historia clínica e informe del Dr. x (folios 410 y 411), que describe el tratamiento administrado al paciente.

**QUINTO.-** Por el Hospital Virgen de la Arrixaca se remite copia de la historia clínica de aquél, consistente en un informe de alta del Servicio de Urgencias de fecha 15 de diciembre de 2003 e informe del Dr. x, en el que se señala (folio 453):

*“El x, es traído a la Puerta de Urgencias del Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca” el día 15 de diciembre de 2003, en situación de inconsciencia desde el Hospital Psiquiátrico.*

*El paciente presenta trastorno explosivo de la personalidad y retraso mental que precisó tratamiento neuroléptico por agitación doce horas antes (día 14 de diciembre de 2003); hoy (por el día 15 de diciembre de 2003), tras la dosis de medicación habitual, queda inconsciente.*

*A su llegada a la Puerta de Urgencias responde a estímulos vigorosos moviliza las cuatro extremidades.*

*Tras Anexate (flumazenilo) intravenosos, despierta y mantiene su discurso habitual.*

*Con posible diagnóstico de ingesta de benzodiazepinas, se remite a su hospital de referencia (Hospital Psiquiátrico "Román Alberca") para seguimiento”.*

**SEXTO.-** La Directora Gerente del Hospital Morales Meseguer remite el 28 de noviembre de 2006 (registro de salida) copia de la historia clínica (folios 454 a 926), señalando que los informes ya se han enviado a través del Hospital General Universitario Reina Sofía.

**SÉPTIMO.-** Consta el historial médico del paciente en la Clínica San Felipe del Mediterráneo (folios 944 a 996), donde ingresó el 1 de agosto de 2005, una vez obtenida la autorización de sus padres para ello. El último de los informes médicos psiquiátricos de esta Clínica sobre el internamiento obrante en el expediente data de 16 de febrero de 2007 (folio 942).

**OCTAVO.-** Con fecha 7 de marzo de 2007 se solicitó informe a la Inspección Médica (folio 997).

**NOVENO.-** Interpuesto Recurso Contencioso Administrativo por los reclamantes (Procedimiento Ordinario núm. 180/2007), por Providencia de de 7 de mayo de 2007 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, se solicitó al Servicio Murciano de Salud la remisión del expediente administrativo, así como el emplazamiento de las partes interesadas, todo lo cual fue cumplimentado (folios 999 y ss.).

**DÉCIMO.-** En fecha 29 de mayo de 2009 (registro de entrada), a instancia de los reclamantes, se solicitó por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia una ampliación del expediente administrativo con los siguientes documentos: el informe de la Inspección Médica; el historial de los cuatro primeros ingresos en el Hospital Psiquiátrico Román Alberca (de fechas 4-6-98, 14-9-98, 3-12-98 y 25-12-98); y, por último, los historiales clínicos en los Centros de Salud Mental núm. 2 y del Infante.

**UNDÉCIMO.-** Por el Centro de Salud Mental núm. 2 se remitió en fecha 29 de junio de 2009 la documentación requerida, que consta en los folios 1.070 a 1.165 del expediente, entre ella un informe clínico de 24 de agosto de 2004, que analiza la evolución del paciente en la asistencia de dicho Centro. Igualmente, desde el Hospital Psiquiátrico Román Alberca se remitió al citado Tribunal la documentación solicitada (folios 1.168 y ss.). Se deja constancia que en los folios 1.176 a 1.178 figuran anotadas las valoraciones de la asistencia prestada durante los días 3 de noviembre a 16 de diciembre de 2003, periodo en el que centran sus imputaciones los reclamantes.

**DUODÉCIMO.-** El perito psiquiatra de la compañía de seguros --, x, emite informe el 14 de octubre de 2009, alcanzando las siguientes conclusiones:

*“1.- La evolución del paciente ha sido el resultado de la enfermedad mental grave y muy deteriorante que padece (esquizofrenia) y no de los efectos de la medicación pautada.*

2.- *El paciente fue tratado con las medicaciones más seguras en el momento actual y se tuvo en cuenta el balance beneficio/riesgo, dado que presentaba una situación clínica de grave riesgo físico para él y los demás. En todo momento el paciente fue tratado según lex artis*".

**DECIMOPRIMERO.-** En fecha 20 de octubre de 2010 tuvo entrada en el Servicio Murciano de Salud el informe de Inspección Médica de 30 de septiembre anterior, el cual concluye:

*"1. Varón de 23 años en el momento de los hechos, con retraso mental leve, que estaba en tratamiento psiquiátrico desde los 15 años. Con historia de ingresos múltiples y de difícil manejo psicofarmacológico.*

*2. Ingreso en el HRA (Hospital Román Alberca) el 3/11/03 donde fue tratado de la descompensación psicótica, siguiendo las pautas recomendadas por la Sociedad Española de Psiquiatría, asociando antipsicóticos y disminuyendo progresivamente las dosis de la medicación al aparecer signos de impregnación, reagudizándose los síntomas, intentándose otra asociación con antipsicótico clásico con el mismo resultado. Siendo entonces aceptado por los padres la alternativa de la TEC el día 12/11/03.*

*3. El fin de semana del 13/14 lo pasa con la familia y vuelve agitado precisando MCM y al parecer tratamiento neuroléptico, al día siguiente el paciente seguía igual por lo que se procede a ajustar de nuevo la medicación y es tras la administración de esta medicación cuando queda inconsciente, derivándolo a un centro hospitalario de agudos. Por lo que se prestó la asistencia médica debida.*

*4. El estado actual del paciente no tiene relación con los síntomas de impregnación neuroléptica, ni con las dosis de benzodiazepinas suministradas en el 2003, que ceden al suprimir la medicación, y sí tiene que ver con la evolución natural de esta psicosis grave en este caso diagnosticado de esquizofrenia hebefrénica con pronóstico más desfavorable, sumado al hecho de ser resistente a los tratamientos y presentar numerosas recaídas*".

**DECIMOSEGUNDO.-** Otorgado un trámite de audiencia a los reclamantes, se persona en su nombre y representación x, conforme al poder que se acompaña, solicitando la suspensión del plazo para la obtención de copia de todos los documentos integrantes del expediente, puesto que, aunque se dispone de algunos, no con la numeración consecutiva del expediente, lo que dificultaría la precisión de sus alegaciones.

En el escrito de contestación, el órgano instructor acuerda otorgar una ampliación del plazo (cinco días), señalando un teléfono de contacto para obtener copia de la documentación, si bien el 4 de enero de 2011 el letrado actuante reitera la petición de suspensión por la ineficacia del medio telefónico indicado (manifiesta que no había contestado, pese a reiteradas llamadas).

Finalmente, el 12 de enero de 2011, el órgano instructor se dirige al representante de los reclamantes para otorgar una nueva ampliación del plazo de 5 días, al haber coincidido con un periodo festivo, indicándole que el expediente está formado por 1.292 folios y que para retirar las copias debe ser abonada la tasa correspondiente, recordando también que el expediente obra en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, tras el recurso interpuesto por los reclamantes (núm. 180/2007). No obstante, se aportan nuevos teléfonos de contacto para la retirada de las copias.

**DECIMOTERCERO.-** El 31 de enero de 2011, el letrado actuante presenta escrito de alegaciones, limitándose a señalar que se da por reproducido el escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial y los documentos aportados, solicitando la estimación de la pretensión.

**DECIMOCUARTO.-** La propuesta de resolución, de 10 de febrero de 2011, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada, por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, dado que el estado actual del paciente tiene que ver con la evolución natural de la psicosis grave que padece (esquizofrenia hebefrénica) con pronóstico más desfavorable, sumado al hecho de ser resistente a los tratamientos y presentar numerosas recaídas.

**DECIMOQUINTO.-** Con fecha 25 de febrero de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del

Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

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

1. Los reclamantes, en su condición de progenitores y tutores del paciente declarado incapaz, ostentan la condición de interesados para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 RRP.

2. La legitimación pasiva deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria-psiquiátrica, como del centro en el que se prestó la asistencia médica a la que se imputa el daño, el Hospital Psiquiátrico Román Alberca, dependiente del Servicio Murciano de Salud.

3. Presentada la reclamación el 27 de julio de 2006, y habiéndose prestado la asistencia médica a la que se imputan los daños durante los días 3 de noviembre a 16 de diciembre de 2003, ha de determinarse si aquélla ha sido interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC señala para la prescripción del derecho a reclamar, teniendo en cuenta que en el caso de daños físicos o psíquicos a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas, como también recoge la precitada Ley.

Como se indicó en el Dictamen 109/2010, la determinación de si la reclamación se formuló dentro de plazo exige establecer previamente el carácter de los daños alegados.

A tal efecto, la jurisprudencia ha distinguido entre daños permanentes y continuados (sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 12 de mayo de 1997, 26 de marzo de 1999, 29 de junio y 10 de octubre de 2002), según la cual, por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, mientras que los continuados son aquellos que porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos, o como señala la sentencia de 20 de febrero de 2001, en estos casos, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial el *dies a quo* será aquel en que se conozcan

definitivamente los efectos del quebranto (sentencias del mismo Tribunal y Sala, entre otras, de 5 de octubre de 2000 y 30 de junio de 2009).

Cabría suscitar por qué los reclamantes dejaron transcurrir dos años y medio desde la asistencia médica a la que imputan las consecuencias del agravamiento de la enfermedad, puesto que el paciente ya estaba diagnosticado de esquizofrenia (daño permanente) y su estado actual tiene que ver con la evolución de esta grave enfermedad, sumado al hecho de ser resistente a los tratamientos y presentar numerosas recaídas.

Sólo una interpretación favorable al principio *pro actione*, al sostener los reclamantes que se produjo una agravación de la esquizofrenia por la asistencia sanitaria reclamada, que en realidad sustenta la propuesta elevada, al aceptar como *dies a quo* la fecha del alta hospitalaria en el Hospital Reina Sofía (1 de agosto de 2005), permiten sostener que la acción se ha ejercitado en plazo. Al principio indicado (*pro actione*) se ha referido este Órgano Consultivo en otros Dictámenes (por todos, Dictamen 21/2008), que obliga a ser flexible en cuanto al rigor en la estimación de los defectos procesales o formales, sino también el reflejo del artículo 24 de la Constitución Española y la necesidad de evitar que se produzcan situaciones de desamparo.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP. Especialmente llamativo resulta la tardanza de más de tres años en evacuar su informe la Inspección Médica, que casa mal con los principios de eficacia, agilidad y celeridad que han de inspirar la actuación administrativa, como ha reiterado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes y en la Memoria correspondiente al año 2008 (páginas 55 y 56).

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitario-psiquiátrica. Requisitos.**

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación del sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada "*lex artis ad hoc*" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

Por ello, la doctrina jurisprudencial lo utiliza como parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño, diferenciando los supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa de aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural

de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

**CUARTA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial. Inexistencia en el presente caso.**

Los reclamantes imputan al Servicio Murciano de Salud una prestación del servicio sanitario-psiquiátrico anómalo, al considerar que su hijo, de 23 años de edad en aquel momento, entra con un cuadro psicótico descompensado en el Hospital Psiquiátrico Román Alberca y sale con unas gravísimas lesiones cerebrales por errónea administración de fármacos que le resultaban incompatibles, como se había detectado anteriormente por su psiquiatra de zona.

Por tanto, más allá de lo expresado en el primer párrafo sobre las imputaciones de la parte reclamante, nada se acredita en el presente caso sobre la existencia de la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario-psiquiátrico, sin que tales imputaciones vengán avaladas por criterio médico alguno, cuando la determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a *normopraxis* descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto.

Por el contrario, sostienen la adecuación a la *praxis* médica los informes de los facultativos intervinientes, así como el evacuado por la Inspección Médica que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública.

Frente a esta falta de prueba de la parte reclamante, los informes médicos obrantes en el expediente, basados en la historia clínica del paciente, refutan motivadamente los alegatos de anómala asistencia sanitaria, destacando las siguientes consideraciones médicas frente a las imputaciones formuladas.

1. Señalan los reclamantes que existió una prestación del servicio asistencial psiquiátrico anómalo, pues *“entró en el Hospital Román Alberca con un cuadro psicótico descompensado y salió con unas lesiones cerebrales gravísimas, por errónea administración de fármacos que le resultaban incompatibles”*.

Sin embargo, el paciente, cuando ingresa, está diagnosticado de esquizofrenia y retraso mental leve. La esquizofrenia, según detalla la Inspección Médica (folios 1.263 y 1.264), es una patología crónica que afecta al 1% de la población mundial, siendo la enfermedad mental más grave e incapacitante para la vida adulta temprana y media. En el caso de la hebefrénica o desorganizada, que es la que padece el paciente, suele comenzar en edades tempranas como es la pubertad, el pronóstico suele ser desfavorable en comparación con las otras esquizofrenias debido a la personalidad inmadura del enfermo.

Según detalla la Inspección Médica, la historia psiquiátrica del paciente se inicia con la primera consulta a los 15 años y consta de ingresos hospitalarios múltiples, los más involuntarios, y con tratamientos por antipsicóticos desde el inicio de la enfermedad, que han ido variando en función de la tolerancia y tratamiento (folio 1267). Según los antecedentes recogidos en el informe médico psiquiátrico de la Clínica San Felipe del Mediterráneo, donde fue ingresado el 1 de agosto de 2005 (folio 942), su patología se acentúa a partir de los 21 años (antes de la asistencia objeto de reclamación), señalando: *“Desde los 15 años retraimiento, vivencias de autorreferencia, ideación paraonide que se mantiene con los años, disforia, reacciones explosivas de ira, acentuándose a los 21 años síntomas catatónicos e incremento de su sintomatología productiva de carácter polimorfo”*.

En el ingreso en el Hospital Psiquiátrico Román Alberca el 3 de noviembre de 2003 (quinto ingreso en dicho Hospital) por un cuadro psicótico, refleja la historia clínica: *“paciente que ha acudido varias veces a urgencias del HMM (Hospital Morales Meseguer) por presentar un episodio psicótico agudo en los últimos días, sin ingresar por falta de camas”* (folio 1176). Aparece también explicado el episodio psicótico (delirio de persecución tipo paranoide con megalomanías), que motiva su ingreso hospitalario en el primero de los centros, en el informe del Dr. x (folio 410).

Afirman los reclamantes que no se tuvo en cuenta la intolerancia médica a determinados fármacos del paciente, si bien no se desprende que así fuera a tenor de lo que se anota en la historia clínica a su ingreso (folio 1176): *“De muy difícil manejo psicofarmacológico, ha tomado prácticamente la totalidad de antibióticos atípicos con mal resultado (Risperidal, Zyprexa, etc.)*.

El tratamiento médico al que se sometió aparece detallado en el historial y en el informe médico del Dr. x (folios 410 y 411), siendo valorado por la Inspección Médica, en el sentido de

señalar que se tuvo en cuenta los antecedentes del paciente, realizándose un seguimiento continuo y adoptándose las pautas recomendadas de la enfermedad, según se expresa seguidamente (folio 1267 y 1268):

*“En el motivo de la reclamación los padres consideran que: “En un periodo de tan solo 46 días desde el 3/11/06 (se refiere al 3/11/03), nuestro hijo sufrió episodios de extrema gravedad motivados por una incorrecta administración de fármacos, presentando “impregnación medicamentosa”, que incluso motiva su traslado e ingreso en el HUVA”.*

*Con los datos objetivos obrantes en la historia clínica y que se corroboran en el informe detallado realizado por el Dr. x (pag 410-411) se puede afirmar que se tienen en cuenta los antecedentes del paciente y que se realiza un seguimiento continuo, siguiendo las pautas recomendadas en el tratamiento de la enfermedad.*

*Cuando comenzaron a aparecer síntomas de impregnación se fueron disminuyendo las dosis de antipsicóticos que es lo que debe hacerse en los casos de impregnación, pero el paciente tuvo una reagudización por lo que se le propuso TEC, único tratamiento no farmacológico y recomendado en estos casos, al no dar el consentimiento para el tratamiento se siguió el tratamiento con Leponex a dosis moderada, asociándolo al Haloperidol, antipsicótico clásico de alta potencia, con resultado parecido, al principio mejoraba algo los síntomas psicóticos, pero al continuar con los síntomas de impregnación se intentaba disminuir las dosis progresivamente, volviendo a reagudizarse y es el día 12/11/03 cuando ante este panorama los padres consienten en el TEC, que no se llega a dar por que al volver de pasar el fin de semana con la familia tiene una crisis de agitación que obliga a utilizar medios de contención mecánica, sin poder asegurar que se le suministraran sedantes, lo que tampoco habría sido incorrecto según las recomendaciones de los psiquiatras para el tratamiento de la crisis de agitación; lo que si consta es que al día siguiente, tras suministrarle la dosis habitual entra en un estado de inconciencia ante lo cual se deriva a un centro Hospitalario General el HUVA, donde se tratan con un fármaco que neutraliza los efectos de las benzodiazepinas.*

*(...) Al día siguiente teniendo en cuenta lo sucedido se decide de forma correcta suspender la medicación antipsicótica, en espera de realizar la TEC y se le pide un TAC, pero se presenta un cuadro vegetativo con oscilaciones del nivel de conciencia e intensa actividad delirante y ante las dificultades para el soporte de medicación interna, se remite de nuevo al Hospital general para valoración, por lo que se ingresa en el HUVA y posteriormente en el HMM’.*

En igual sentido, en las conclusiones del perito de la compañía aseguradora se destaca lo siguiente (folio 1.253):

- El cuadro que presentaba el paciente fue especialmente rebelde a la terapéutica en virtud de dos aspectos: su mala tolerancia y la escasa respuesta terapéutica que ofrecieron los variados tratamientos farmacológicos que se realizaron.

- Se trataba de un caso que era necesario el control rápido de los síntomas para evitar conductas de riesgo.

- En el caso del paciente se conocía su sensibilidad a los fármacos por lo que se emplearon, en los dos centros, los llamados neurolépticos de segunda generación o atípicos caracterizados por un perfil de efectos secundarios más benignos.

- El problema del paciente es que no respondía adecuadamente y el estado de agitación, violencia, estupor, rechazo de la comida (...) iban deteriorando su estado físico que fue el motivo de su traslado desde un centro monográfico de psiquiatría, como es el Hospital Psiquiátrico Román Alberca, a un Hospital General, donde se podían asegurar sus cuidados médicos. Estos cuadros psiquiátricos pueden poner en riesgo la vida de los pacientes.

Finalmente concluye que el paciente fue tratado con las medicaciones más seguras en el momento actual y se tuvo en cuenta el balance beneficio/riesgo, dado que presentaba una situación clínica de grave riesgo físico para él y para los demás. También que en todo momento fue tratado conforme a *la lex artis*.

2. Manifiestan también los reclamantes que el paciente fue trasladado al Hospital Virgen de la Arrixaca cuando entró en un estado de inconsciencia, sin responder a estímulos, respiración ronca y entrecortada, sin que se le comunicara dicho traslado a sus padres, ni el grave estado de su hijo.

Sin embargo, el seguimiento del paciente por parte de sus progenitores en esos días es continuado, según se refleja en la historia clínica y en el expediente:

- En el historial se anota que el día 12 de diciembre vuelve a aparecer la expansividad, la megalomanía, la verborrea, por lo que de nuevo se aumenta la dosificación de Clozapina a 50 mg., suprimiéndose el Haloperidol y el Topiramato, iniciando tratamiento con Lamotrigina a dosis de 200 mg., manteniendo el Carbonato de Litio (folio 1.185)

Ese día consta en la historia clínica que se le indica (a la madre) de nuevo la necesidad de TEC, lo que coincide con lo referido por el Dr. x en su informe de alta 16/12/03 (folio 13):

*"Se comenta la posibilidad de TEC a la familia y esta se opone, por lo que se intenta estabilizar con otro tipo de fármacos, ocurriendo una evolución similar a la anterior. Ante esto se decide darle unas sesiones de TEC, lo que es autorizado por el padre"*

- Los días 13 y 14, que coinciden con el sábado y domingo, el paciente los pasa con la familia por decisión de los padres, cuando vuelve el día 14 lo hace muy agresivo y golpea a una auxiliar, teniendo que utilizar medios de contención mecánica. El día 15 sigue igual de agresivo y se mantienen los medios de contención mecánica, y se modifica el tratamiento, instaurando de nuevo el Haloperidol a dosis de 6 mg., y se aumenta la Clozapina a 200 mg (folio 1185). A las 15 horas sufre un cuadro de inconsciencia, no respondiendo a estímulos, presentando 130 pulsaciones por minuto y una tensión arterial de 120/60 mm., por lo que es remitido al Hospital Virgen de la Arrixaca donde le administran Anexate, recuperando la consciencia, siendo devuelto, a las 20 horas, al Hospital Psiquiátrico Román Alberca. No consta que este traslado temporal a aquel Hospital fuera comunicado a los padres, si bien es cierto, como afirma la Inspección Médica, que fue un traslado urgente y no podía ser otra actuación distinta a la que se le hizo. En todo caso, aún en la hipótesis de sostener un funcionamiento anormal en el hecho de que no se avisara a los progenitores del traslado urgente del paciente (luego volvió al centro hospitalario de procedencia), nada tiene que ver esta actuación con el daño que imputan al funcionamiento del servicio público (la agravación del estado del paciente).

Además, consta que se le transmitió información al día siguiente (día 16), a tenor de lo que se anota en el historial (folio 1.178): *"Me llama la ATS de tarde con relación a la insistencia de la madre en ver a su hijo. Me pongo en contacto con la madre con la que cuesta comunicarse y explicarle las indicaciones terapéuticas del paciente. Insiste reiteradamente en querer verlo a toda costa, de la manera que sea posible, que esta mañana han hablado con su médico, quien les ha indicado las visitas para el jueves (...)* Finalmente se anota que *"vendrán a visitarlo esta tarde"*.

El informe psiquiátrico del Dr. x, de 9 de diciembre de 2004 (folios 1.185 y 1.185), señala que ese día 16 se encuentra irritable, expansivo, agresivo y con delirio de persecución, pero ante lo ocurrido en el día anterior (día 15) se suspende todo tratamiento psicofármaco lógico y se solicita un TAC cerebral. A las 23,30 horas aparece un cuadro vegetativo con febrícula de 37,05 grados, aumentando la frecuencia cardiaca y respiratoria, sudoración profunda y oscilaciones de nivel de consciencia, síntomas motores de intensa actividad delirante, por lo que es remitido de nuevo al

Hospital Virgen de la Arrixaca. Se anota en el historial en ese momento que se contacta con la familia y que días después llama el padre “*nos acusa de haber dejado a su hijo (...) cuando en todo momento ha estado acompañado por la enfermera y una auxiliar*”.

3. Sobre la relación de causalidad entre la actuación sanitaria en relación con el daño alegado.

Los Dres x, y expresan sobre el historial del paciente lo siguiente, que refuta el pretendido nexo causal alegado por los reclamantes:

*“SEXTO.- Que el paciente ya tenía una mala evolución de su enfermedad previamente al ingreso en nuestro hospital. Que no había respondido adecuadamente al tratamiento administrado para su enfermedad ni previamente al ingreso, ni durante el mismo, evolucionando a la cronicidad y finalmente precisando ser ingresado en un establecimiento para enfermos crónicos. Esta evolución hacia un cuadro defectual grave esquizofrénico se produce aproximadamente entre un 14-24% de casos de esquizofrenia (como se recoge en el Tratado de Psiquiatría de Vallejo y Leal, año 2005. capítulo 62 de Segarra y Cols, sobre el curso pronóstico de la esquizofrenia), y por tanto no es una circunstancia excepcional ni tampoco se puede afirmar que sea dependiente de haber sufrido efectos secundarios de fármacos utilizados para el tratamiento de la propia enfermedad.*

(...)

*DÉCIMO.- Que como se ha manifestado la esquizofrenia es una enfermedad grave que puede evolucionar a la cronicidad, independientemente del tratamiento que se haya seguido. Que un manejo difícil psicofarmacológico con intolerancia a los fármacos es común en algunos pacientes esquizofrénicos, pero la necesidad de tratar dicha enfermedad hace que se tengan que utilizar dichos psicofármacos y ello a pesar de que comporten efectos secundarios. En medicina la valoración riesgo-beneficio preside la actuación médica en la mayoría de los casos. En el caso de un paciente como el referido y dada la gravedad de los síntomas, fue necesario utilizar distintos tratamientos en función de la respuesta presentada y de la tolerancia a los mismos”.*

A este respecto la Inspección Médica concluye, refutando la relación de causalidad con la asistencia objeto de reclamación, que el estado actual del paciente no tiene relación con los síntomas de impregnación neuroléptica, ni con las dosis de benzodiacepinas suministradas en el 2003, que ceden al suprimir la medicación, y sí tienen que ver con la evolución natural de esta psicosis grave en este caso diagnosticado de esquizofrenia hebefrénica con pronóstico más

desfavorable, sumando al hecho de ser resistente a los tratamientos y presentar numerosas recaídas.

En igual sentido el perito de la compañía aseguradora, que destaca que la evolución del paciente ha sido el resultado de la enfermedad mental grave y muy deteriorante que padece y no de los efectos de la medicación pautada.

Por último, no aparece justificada la cuantía indemnizatoria solicitada, limitándose a expresar una cantidad a tanto alzado (6.000.000 euros para el enfermo y 300.000 euros para los padres), advirtiéndose un error material en la cantidad que figura en la propuesta de resolución como *quantum* indemnizatorio reclamado (Antecedente Primero).

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución objeto de Dictamen, desestimatoria de la reclamación presentada, por no concurrir la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios psiquiátricos regionales y los daños por los que se reclama indemnización.

**SEGUNDA.**- La cuantía indemnizatoria solicitada no se encuentra justificada.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 176-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija incapaz x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	29/08/2011

**Extracto de doctrina**

La cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación omisiva de la Administración, sigue siendo si el alta hospitalaria estaba indicada por la ciencia médica y si, en consecuencia, tal decisión facultativa fue ajustada a la lex artis.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 30 de enero de 2009, x, actuando en nombre y representación de su hija incapaz x y asistida de Letrado, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional por los daños sufridos por esta última, que se imputan al anormal funcionamiento de los servicios sanitarios dependientes del Servicio Murciano de Salud (SMS).

**SEGUNDO.-** Relata la reclamante que x padecía desde la infancia un trastorno límite de la personalidad, trastorno de afectividad, trastorno antisocial, epilepsia y crisis no convulsivas generalizadas. El 29 de enero de 2008 (en realidad es el 28 de enero, como se desprende de la documentación obrante en el expediente), su madre la llevó al Servicio de Urgencias del Hospital “Morales Meseguer” de Murcia, al presentar un cuadro de alteración y agresividad y temer por su vida, después de haber estado varios días en paradero desconocido, fuera del hogar familiar, con signos de desnutrición, ropa sucia y desgarrada, y no haber seguido su medicación durante ese tiempo.

Desde dicho Hospital se la derivó al “Reina Sofía”, también de Murcia, al que x estaba adscrita. Es sedada con Zyprexa y, tras permanecer en el centro unas cuatro horas, es trasladada al Hospital Psiquiátrico “Román Alberca”, de Murcia, donde ingresa sobre la 01:15 horas de la madrugada del día 29 de enero, recibiendo el alta hospitalaria el 1 de febrero, a las 16:30 horas, aproximadamente. Durante el periodo de permanencia en ese Hospital, fue tratada por dos

psiquiatras. En el tiempo en que estuvo ingresada en el centro, en opinión de la madre, la paciente estaba alterada y agresiva, hecho que comunicó a los facultativos que la trataban.

El alta se otorga con la oposición de la madre, quien considera que su hija estaba agresiva, violenta y alterada, valorando la decisión como prematura y negligente. También considera que era peligroso para la integridad física de su hija darle el alta, por el grado de impulsividad que padecía, carente de capacidad reflexiva y ser capaz de atentar contra su propia persona.

El mismo día en que fue dada de alta, cuando no había transcurrido ni una hora de la misma, al llegar a la vivienda familiar, la madre de la paciente comprobó que su hija estaba descontrolada, en un grave estado de alteración, por lo que llamó al Hospital "Román Alberca", a fin de que enviaran una ambulancia con la mayor urgencia (comunicando con una psiquiatra de guardia). Sin embargo, su reclamación no fue atendida, y sobre las 17:30 horas, sin poder evitarlo la madre, x se arrojó desde el 4º piso de su vivienda, sufriendo las siguientes lesiones: hematoma subdural frontoparietooccipital derecho; neumotórax derecho; contusiones pulmonares bilaterales; laceraciones hepáticas; hemoperitoneo en Morrison y pelvis; fractura de rama íleo-isquiopubiana sin desplazamiento.

Para la reclamante, tales daños se deben a la decisión de dar el alta médica a la paciente de forma precipitada, desoyendo los argumentos de su madre, a pesar del cuadro clínico que presentaba y el estado en que abandonó el Hospital (alterada y violenta).

Solicita en nombre de su hija el abono de una indemnización (cuya cuantía no concreta) por los perjuicios ocasionados, derivados del mal funcionamiento de servicio público, así como los intereses legales.

Junto a la reclamación se adjunta copia de la sentencia de incapacitación de x, de fecha 18 de septiembre de 2008; informe de alta de hospitalización del Hospital "Román Alberca", de 1 de febrero de 2008; informe de alta de hospitalización del Hospital "Virgen de la Arrixaca", de 19 de febrero de 2008; e informe clínico, de 28 de abril de 2008, emitido por el psiquiatra que trata a la paciente de forma habitual.

**TERCERO.-** Admitida a trámite la reclamación, el Director Gerente del SMS encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicar a la interesada la información prescrita por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Del mismo modo, da traslado de la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la aseguradora del

SMS y a la Dirección de los Servicios Jurídicos, solicitando de los hospitales que atendieron a la paciente copia de su historia clínica e informe de los facultativos intervinientes.

**CUARTO.-** El psiquiatra que trató a la paciente durante su ingreso hospitalario entre el 29 de enero y el 1 de febrero de 2008, informa que a lo largo de ese período *“no observo personalmente, ni tampoco el personal de enfermería, alteraciones de conducta, patología afectiva o psicótica. Por el contrario, tal y como se recoge en las notas de evolución de su historia clínica, la enferma se muestra como una persona perfectamente adaptada y cumplidora de la normativa del centro, por lo que es imposible prever los acontecimientos que posteriormente se desarrollaron. Por tratarse de una paciente que se le diagnosticó de un trastorno hiperactivo disocial, presenta una alteración en el control de sus impulsos. Además padece un cuadro epiléptico desde la infancia, que puede dar lugar a actos en cortocircuito. Por ambos motivos pueden aparecer conductas disruptivas poco o nada elaboradas ante situaciones banales, sin llegar a valorar el alcance de sus acciones”*.

El informe de alta hospitalaria, de 1 de febrero de 2008, tras describir la historia de la joven con un trastorno límite de la personalidad ya diagnosticado desde niña y con problemas psicológicos agravados por una agresión sexual a los 11 años de edad, recoge la siguiente manifestación del psiquiatra responsable del alta: *“aunque está diagnosticada de límite a mí me impresiona más de una retrasada mental con conductas antisociales sin más. No ha tenido intentos de suicidio ni amenazas, nunca se ha cortado, no ha tenido problemas alimentarios, no se droga ni lo ha hecho”*. También consta en el mismo informe que *“durante su ingreso no plantea problemas, aceptando las normas”*.

**QUINTO.-** También emite informe la psiquiatra que se encontraba de guardia en el Hospital “Ramón Alberca” el 1 de febrero de 2008. Dicho informe es del siguiente tenor literal:

*“... por la tarde recibí una llamada telefónica de una mujer que se identificó como la madre de x, solicitando consejo. Me informó que su hija había causado alta hospitalaria del centro y una de las recomendaciones del psiquiatra que le atendió fue que no saliera sin acompañamiento familiar durante el fin de semana, y la chica no estaba de acuerdo, demandando a su madre que la dejara salir con unos amigos. Ante la negativa de la madre, la chica se estaba poniendo cada vez más nerviosa e irritable.*

*Le aconsejé que respetaran las recomendaciones del psiquiatra (yo no conocía a la paciente) y que si no se tranquilizaba que avisara al 112 comunicándole la situación, y si fuera necesario proceder al traslado al hospital para valorar a la paciente.*

*Durante la conversación telefónica, pasados unos minutos, la madre me comunicó que su hija la estaba amenazando con arrojarla por el balcón y le insistí que avisara de forma inmediata al 112, siendo este el recurso sanitario que con mayor rapidez podría acudir a su domicilio y atender la emergencia”.*

**SEXTO.-** Solicitado informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica), se emite el 12 de noviembre de 2010, alcanzando las siguientes conclusiones:

*“1. La paciente, de 21 años, diagnosticada de trastorno límite de la personalidad, en el contexto de un retraso mental leve, con antecedentes de conductas desadaptadas, en tratamiento psiquiátrico por epilepsia (con mal cumplimiento), es ingresada en el HPRA para valoración por trastornos conductibles, por indicación de su psiquiatra, y presentar criterios claros de ingreso agudo, tras ser valorada por el Dr. x del HPRA.*

*2. Durante su ingreso, desde el 28 de enero al 1 de febrero de 2008, acepta la medicación que se le indica (tratamiento recomendado para la epilepsia, los síntomas impulsivos y/o agresividad de la conducta), mostrándose durante todo el ingreso tranquila y colaboradora, procediéndose al alta según criterio médico y siguiendo los criterios esenciales contenidos en la jurisprudencia europea sobre Derechos Humanos.*

*3. La enfermedad de la paciente no permitía suponer un intento de suicidio. El accidente se produjo por el impulso consciente que tuvo, como reacción a la prohibición de salir sola”.*

**SÉPTIMO.-** La aseguradora del SMS aporta dictamen pericial sobre el contenido de la reclamación, concluyendo que la asistencia que se dispensó a x por los facultativos especialistas en psiquiatría que le asistieron en el Hospital “Román Alberca” fue adecuada, señalando que:

*“1. Se procede al alta de la paciente al no observar la psicopatología que determine un ingreso involuntario.*

*2. La conducta de la paciente deriva de un trastorno de personalidad que no anula la voluntad de la paciente”.*

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, a efectos de que formularan alegaciones y presentaran los documentos que estimaran convenientes, no consta que se hiciera uso del trámite durante el plazo concedido al efecto.

**NOVENO.-** Consta en el expediente que la reclamante ha presentado recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su reclamación. Las actuaciones se siguen ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con número de procedimiento ordinario 111/2010.

La reclamante formuló demanda en fecha 8 de septiembre de 2010, habiéndose dado traslado de ésta a la Administración regional a efectos de su contestación.

**DÉCIMO.-** El 10 de febrero de 2011 el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extractos de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 25 de marzo de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

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

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

1. La reclamación se interpone por la madre de la paciente, quien, aunque mayor de edad, se encuentra incapacitada para regir su persona y sus bienes por sí sola, según resolución judicial de 18 de septiembre de 2008 obrante en el expediente, que rehabilita la patria potestad de su madre. Ésta, en consecuencia, ostenta la representación legal de la víctima, lo que le confiere legitimación activa para reclamar.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en su condición de titular de la función pública de asistencia sanitaria de la población y del centro sanitario (Hospital Psiquiátrico "Román Alberca") donde se atendió a la paciente.

2. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ya ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP.

3. La reclamación se interpone dentro del plazo anual que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar, toda vez que lo fue el 30 de enero de 2009, datando el evento al que se imputan los daños de 1 de febrero de 2008 y considerando, además, que los daños físicos por los que se reclama tardaron meses en quedar estabilizados.

4. La circunstancia de que se haya interpuesto por la actora recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de su reclamación, no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (art. 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues los reclamantes podrían desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivados del artículo 106.2 CE: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce "el derecho a la protección de la salud", desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico; y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

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

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

Para la reclamante, la causa de los daños por los que se reclama reside en la defectuosa asistencia sanitaria prestada a su hija cuando se le da el alta hospitalaria de forma precipitada y en contra de la opinión de la propia interesada, dado el estado en que se hallaba su hija, presentando una actitud violenta, agresiva y alterada a la salida del hospital.

Es decir, se imputa al servicio sanitario una valoración inadecuada del estado de la paciente, lo que motivó el alta hospitalaria, cuando la paciente debía haber seguido siendo controlada en el centro psiquiátrico, en orden a evitar riesgos para su integridad física.

Dados los términos en los que se expresa la reclamación la cuestión esencial en orden a establecer un posible nexo causal entre la actuación de los facultativos y el daño alegado, derivado del intento de autolisis de la paciente una vez llegada a su domicilio, es determinar si, al momento de otorgar el alta hospitalaria, ésta era procedente o si, por el contrario, no estaba indicada en atención al estado y la evolución de la enferma.

Dicha cuestión aparece íntimamente relacionada con el criterio jurisprudencialmente configurado de la “lex artis”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001 afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

Asimismo, “lex artis” se configura como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la “lex artis” es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la “lex artis” venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o*

*exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.*

Descrita a grandes rasgos la doctrina relativa a la “*lex artis*”, habremos de acudir al expediente para desvelar en qué medida la actuación de los profesionales intervinientes se adecuó a dicho estándar, pues tal cuestión no deja de ser un problema de prueba.

Señala la reclamante que su hija presentaba a la salida del hospital, al igual que durante el período de estancia en el mismo, un estado alterado y violento.

Sin embargo, el historial clínico desmiente esta impresión de la reclamante. En efecto, el informe de alta hospitalaria, de 1 de febrero de 2008, hecho que precede en aproximadamente una hora al intento de suicidio, manifiesta que “*no ha tenido intentos de suicidio ni amenazas, nunca se ha cortado, no ha tenido problemas alimentarios, no se droga ni lo ha hecho*”. Afirma, asimismo, que durante su ingreso “*no plantea problemas, aceptando las normas*”. Del mismo modo, las hojas de evolución de enfermería recogen las siguientes anotaciones:

- 29 de enero, a las 07:51 horas: “*sube a planta tranquila y colaboradora ... duerme bien*”; a las 10:52 horas: “*tranquila, abordable...se queja de somnolencia*”; a las 14:38 horas: “*Tranquila y colaboradora. Pasa la mayor parte del tiempo adormilada en el salón*”; a las 21:02 horas: “*Pasa bien la tarde, recibe visita en la planta*”.

- 30 de enero, a las 11:22 horas: “*Hace muy buenas migas con x...pasa la mañana sin incidencias*”; a las 11:51: “*Se encuentra más despejada...puede bajar al patio*”; a las 20:58: “*Ambientada en la Sala con x*”.

- 31 de enero, a las 11:01: “*La paciente continúa sin plantear problemas*”; a las 14:10: “*Pasa bien la mañana. Tranquila y colaboradora. Come bien...*”; a las 21 horas: “*Aparentemente tranquila y colaboradora*”.

- 1 de febrero, a las 7:21: “*Duerme*”; a las 14:22 horas: “*Come y toma bien tratamiento oral*”.

De la lectura de tales anotaciones no se desprende la conducta alterada y agresiva que la reclamante afirma que su hija mostraba durante el ingreso hospitalario. Antes al contrario, se repiten en los días en que permaneció en el centro psiquiátrico las observaciones relativas a su actitud tranquila y colaboradora, come, duerme y toma su tratamiento sin plantear problemas y no se destaca incidencia alguna.

Así lo confirma el Psiquiatra del Hospital “Román Alberca” que la trató durante su ingreso, quien en informe obrante al folio 39 del expediente manifiesta que *“no observo personalmente, ni tampoco el personal de enfermería, alteraciones de conducta, patología afectiva o psicótica. Por el contrario, tal y como se recoge en las notas de evolución de su historia clínica, la enferma se muestra como una persona perfectamente adaptada y cumplidora de la normativa del centro, por lo que es imposible prever los acontecimientos que luego se desarrollaron”*.

En consecuencia, no puede considerarse acreditada la afirmación de la reclamante acerca del estado alterado y violento de la paciente durante su ingreso y a la salida del hospital.

Para los médicos que la trataron, por el contrario, la causa de su comportamiento autodestructivo debe buscarse en la propia enfermedad de la paciente. Así, el precitado informe señala que ésta, diagnosticada de un trastorno hiperactivo disocial, *“presenta una alteración en el control de sus impulsos. Además padece un cuadro epiléptico desde la infancia, que puede dar lugar a actos en cortocircuito. Por ambos motivos pueden aparecer conductas disruptivas poco o nada elaboradas ante situaciones banales, sin llegar a valorar el alcance de sus acciones”*.

La situación desencadenante en este caso fue la negativa de la madre, siguiendo las indicaciones del psiquiatra, a dejarla salir sin acompañamiento con unos amigos, como se desprende del informe de la psiquiatra que se encontraba de guardia en el hospital “Román Alberca” y que atendió la llamada de la hoy reclamante demandando ayuda urgente ante la intención de su hija de arrojarla por el balcón.

En cualquier caso, que la enfermedad pudiera llevar a la víctima a intentar acabar con su vida no es suficiente para exonerar a la Administración de su obligación de aplicar a su tratamiento todos los medios posibles, entre los cuales se encuentra el de internamiento, toda vez que tal patología y sus posibles consecuencias eran conocidas por la Administración. Así pues, la cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación omisiva de la Administración, sigue siendo si el alta hospitalaria estaba indicada por la ciencia médica y si, en consecuencia, tal decisión facultativa fue ajustada a la *lex artis*.

Para el perito de la compañía aseguradora del SMS, se procede al alta cuando la paciente, a pesar de la impulsividad que caracteriza su patología, *“parece tener su conducta bajo control, no presenta ideación suicida y se ha restaurado el tratamiento. Todo ello en una paciente mayor de*

*edad y competente, que no quiere estar ingresada*" (a la fecha de los hechos, el 1 de febrero de 2008, todavía no se había dictado la sentencia de incapacitación, de 18 de septiembre posterior).

Para la Inspección Médica el alta hospitalaria *"está justificada"*, toda vez que el *"internamiento de un paciente psiquiátrico sólo será considerado como medida excepcional y las restricciones a la libertad personal del paciente deben limitarse a las que sean necesarias por la situación psicopatológica y el encuadre terapéutico. En este caso permaneció ingresada desde el 28/01/08 al 1/02/08, constando en las hojas de seguimiento de la historia clínica que, durante el ingreso, la paciente aceptaba el tratamiento y en todo momento se mostró tranquila y colaboradora"*. Destaca, asimismo, la Inspección la complejidad de valorar la probabilidad de suicidio de un individuo, siendo el diagnóstico precoz a través de la entrevista clínica una de las mejores medidas para intentar prevenir el acto suicida. Señala que aplicando la escala SAD PERSONS, diseñada como instrumento sencillo para valorar la necesidad de ingreso hospitalario de pacientes con riesgo de llevar a cabo un intento de suicidio, la paciente sólo alcanzaría una puntuación de 2 sobre 10, lo que equivale a una indicación de alta a domicilio con tratamiento ambulatorio.

Concluye la Inspección que *"la enfermedad de la paciente no permitía suponer un intento de suicidio. El accidente se produjo por el impulso consciente que tuvo como reacción a la prohibición de salir sola"*.

Frente a la positiva valoración médica de la asistencia prestada no puede prevalecer la mera opinión de la reclamante, huérfana del apoyo técnico que requeriría para poder determinar la existencia de una eventual mala praxis médica, y que, de conformidad con el artículo 217 LEC y en atención a la distribución de la carga de la prueba que de él se deriva, aquélla debería haber aportado al procedimiento. Tampoco puede, en fin, admitirse el reproche de la reclamante a la decisión del alta hospitalaria sobre la base, exclusivamente, de la evolución posterior de la paciente, lo que se conoce como la prohibición de regreso (SSTS, Sala 1ª, de 7 de mayo de 2007 y 10 de noviembre de 2010, entre otras) y que, en palabras de la primera de las sentencias citadas, implica aplicar *"criterios de limitación de la imputabilidad objetiva para recordar que no puede cuestionarse el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los topoi (leyes) del razonamiento práctico"*.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia, en sentencia de 11 de marzo de 2011, en un supuesto que guarda ciertas similitudes con el sometido a Dictamen (precipitación al vacío de un enfermo mental tras recibir el alta hospitalaria), concluye que *"Por tanto, no*

*constaban datos ni situaciones que permitieran prever un intento de suicidio por parte del paciente, y por ello no era necesario adoptar especiales precauciones. En consecuencia, no cabe hablar de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues fue el paciente quien tomó la decisión de precipitarse al vacío sin haber mostrado antes signo o indicio alguno que hiciera prever tal decisión, y sin que pueda exigirse de la Administración que ante una determinada evolución favorable de la enfermedad mantuviera unos controles que, según criterio médico no desvirtuado en contrario, no resultaban necesarios.”*

Cabe concluir, en definitiva, que no consta acreditado que en la atención prestada a la hija de la reclamante se incurriera en actuación contraria a normopraxis, lo que impide afirmar la existencia de nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño alegado, cuyo origen ha de buscarse en la propia enfermedad de la paciente, lo que a su vez excluye su antijuridicidad.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación en la medida en que no aprecia la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 177-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	29/08/2011

**Extracto de doctrina**

Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 9 de octubre de 2006, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, por los siguientes hechos según describe:

La paciente recibió asistencia sanitaria consistente en una intervención quirúrgica en el pie izquierdo. Inicialmente se le diagnosticó, mediante ecografía, “una pequeña lesión quística, sin relación con estructuras tendinosas y en vecindad a articulación del tarso, siendo compatible con ganglios o quiste sinovial”.

Señala que los servicios sanitarios diagnosticaron que no había atrapamiento del nervio dorsal, ni compresión. Sin embargo, tras la realización de una Electromiografía (EMG), el 8 de agosto de 2006 se constata que sufre “axonotmesis parcial grado severo de nervio cutáneo dorsal medial e intermedio izquierdo en dorso del pie”, y que debido a estas lesiones producidas por la intervención quirúrgica ha permanecido hasta la fecha en situación de incapacidad temporal, pronosticándose agotamiento del periodo máximo, e incapacidad permanente total para su profesión habitual.

La responsabilidad patrimonial de la Administración regional sanitaria se sustenta por la reclamante en varios pronunciamientos judiciales y Dictámenes del Consejo de Estado sobre el instituto de la responsabilidad patrimonial (apartados Segunda y Tercera del escrito de reclamación), para terminar designando como su representante al letrado x.

**SEGUNDO.-** La instructora del procedimiento, mediante escrito de 15 de enero de 2007, requiere a la reclamante para que subsane las deficiencias advertidas en el escrito de reclamación y especifique el centro sanitario donde fue tratada, las lesiones producidas y la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, así como la cuantía indemnizatoria reclamada.

El 2 de febrero siguiente, la reclamante presenta escrito de contestación, señalando que el 1 de julio de 2005 inició el proceso de incapacidad temporal debido a una caída durante el trabajo, que le causó una torcedura en el pie izquierdo. Expone que la Mutua laboral le dió el alta el 16 de julio de 2005, y el 19 siguiente inicia nuevo proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes; a partir de ese momento, recibió asistencia sanitaria en el Hospital Comarcal del Noroeste de Caravaca de la Cruz, aclarando que la causa de la reclamación de responsabilidad frente a la Administración es la siguiente: realizadas unas pruebas por la medicina pública se le diagnosticó un quiste sinovial, siendo intervenida quirúrgicamente, lo que le causó unas graves lesiones en los nervios del pie. Acompaña a tales efectos un informe del perito x (folio 17) en el que, según afirma, se relata todo el proceso.

Señala que el Instituto Nacional de la Seguridad Social ha calificado las dolencias y secuelas como procedentes de accidentes de trabajo, que ha sido combatida por la Mutua laboral, que interesa su calificación de enfermedad común.

Por todo ello, solicita una indemnización de 133.583,56 euros, proponiendo como medios de prueba el historial médico, los protocolos de reconocimiento y tratamiento del centro hospitalario, y los informes de la Inspección Médica y de la Dirección General de Calidad Asistencial del Servicio Murciano de Salud.

**TERCERO.-** Con fecha 19 de febrero de 2007, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta Resolución de admisión a trámite, que es notificada a las partes interesadas, entre ellas a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

Al mismo tiempo se solicitó copia de la historia clínica al Hospital Comarcal del Noroeste, e informe de los profesionales que atendieron a la paciente.

**CUARTO.-** Desde el precitado Hospital se remitió copia de la historia clínica e informe del Dr. x (folios 44 y ss.), que concluye:

*“Tanto en la primera como en la segunda intervención no hay indicios personales ni objetivos de lesión o sección quirúrgica de nervio dorsal del pie. La Axonotmesis parcial y severa que indica la Electromiografía no parece indicar que el nervio esté seccionado, no obstante la expresión de lesión parcial y severa es algo contradictorio. El posible neurinoma local de dicho nervio cabe referirlo a un englobamiento cicatricial del tejido celular subcutáneo y no a una agresión yatrogénica.*

*Hago hincapié en la Algodistrofia Neurovegetativa, confirmada por una Gammagrafía posterior. De ser así las molestias de entonces y posiblemente las actuales serían causadas por esto último y su curación mínima es de 12-18 meses pudiendo quedar secuelas irreversibles, por lo que todavía sería susceptible de mejora la situación actual”.*

Posteriormente se remitió un informe complementario del mismo facultativo (folio 108), según el cual: *“Deseo añadir a lo ya expuesto el que la paciente suscribió en su día el consentimiento informado (véase en la historia clínica) para el tratamiento quirúrgico de tumores de partes blandas, quistes y gangliones, en el cual y en el capítulo de la descripción de los riesgos típicos de este tipo de cirugía están: “lesión de nervio de la zona que puede condicionar una disminución de la sensibilidad o una parálisis. Dicha lesión puede ser temporal o definitiva, cicatriz dolorosa de la herida”.*

*Aunque insisto en que la rama nerviosa vista en la 2ª intervención no estaba seccionada ni se le apreciaba lesión yatrogénica (causada por el cirujano), en cualquier caso se trata de la implicación de una rama nerviosa sensitiva que no comporta afectación motora y por tanto no afecta a los movimientos de ningún tendón o músculo. A lo sumo podría quedar una cierta zona de anestesia cutánea y por lo tanto no debería de molestar para el apoyo del pie o movilidad de las articulaciones del mismo”.*

**QUINTO.-** Por el órgano instructor se requiere a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia y a la Mutua Universal -- copia de la historia clínica de la paciente e informe de los facultativos.

Igualmente se solicita al Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia copia de los Autos núm. 478/2006 y se requiere a la reclamante para que aporte nuevamente el informe pericial del Dr. x, ya que el mismo aparece incompleto y sin firmar.

**SEXTO.-** Constan los Autos núm. 478/2006 del Juzgado de lo Social Núm. 7 de Murcia (folios 114 a 209), relativos a la demanda interpuesta por la interesada en materia de reclamación de prestaciones de incapacidad temporal frente a la Mutua Universal -- (en lo sucesivo Mutua

Universal), INSS, Tesorería General de la Seguridad Social y --. Entre la documentación obrante, figura un escrito de la demandante solicitando el archivo definitivo de los Autos referidos, por haber recibido el dinero reclamado de la Mutua Universal, teniéndola por desistida, según el Auto de 17 de noviembre de 2006 (folio 200).

**SÉPTIMO.-** Por la parte reclamante se aporta copia íntegra del informe pericial de 29 de enero de 2007 (folios 211 a 215), que contiene una descripción de la asistencia sanitaria recibida desde el accidente laboral de 1 de julio de 2005 y establece la relación causal entre dicho accidente y todo el posterior proceso patológico sufrido por la reclamante.

**OCTAVO.-** Mediante escrito de 21 de junio de 2007, se reitera a la paciente, a la Mutua Universal y a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia la petición de la historia clínica e informe de los profesionales que la atendieron.

Respecto a esta última petición, se remite la documentación por la Gerencia del Área IV de Caravaca de la Cruz (folios 222 a 281).

**NOVENO.-** Por Providencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 18 de enero de 2008, se solicita copia del expediente administrativo y el emplazamiento a las partes interesadas al Servicio Murciano de Salud, al haberse interpuesto por la interesada Recurso Contencioso Administrativo frente a la desestimación presunta (núm. 524/2007).

**DÉCIMO.-** Por el Hospital Comarcal del Noroeste se informa lo siguiente en relación con los protocolos requeridos (folios 302 y 303):

*“A la solicitud que nos hacían con fecha 06/02/08, sobre la existencia de protocolos en la atención global de proceso realizado a la paciente referenciada con motivo de un proceso concreto, el cual comprende desde la atención diagnóstica en consultas externas, el tratamiento quirúrgico que se le practicó, así como el seguimiento de una serie de complicaciones resultantes igualmente en consultas externas y ulteriores tratamientos de fisioterapia y medicación, les informamos que el conjunto de atención al proceso se sustenta en la utilización de los conocimientos técnicos individuales de cada uno de los profesionales que la atendieron en cada uno de los múltiples actos asistenciales que se le prestaron y que, además, se les presupone adecuados a Lex Artis.*”

*Dicho lo anterior, parece evidente que, no solo la protocolización integral de la asistencia sanitaria para cada uno de los procedimientos asistenciales sea necesaria o rentable (sic), sino que además es imposible.*

*En cualquier caso parece que (...) habría que decir que la planificación de la cirugía se realiza en conjunto por los facultativos del servicio y en comisión clínica en la que se confrontan opiniones-avaladas por protocolos técnicos-sobre la actitud a seguir para intervenciones concretas que plantee cada paciente”.*

**UNDÉCIMO.-** Solicitado informe a Inspección Médica el 26 de febrero de 2008 (registro de salida), es evacuado el 30 de agosto de 2010 con la siguiente conclusión:

*“Siendo la patología por la que se reclama un trastorno reflejo del sistema nervioso simpático, lo que se aporta como fundamentación y causa de la misma no es tal, sino solamente antecedentes casuales que no apoyan que haya habido error o déficit de atención sanitaria”.*

Con posterioridad, remitido por la misma Inspectora informante, se incorpora al expediente el dictamen propuesta, de 26 de abril de 2009, del equipo de valoración del INSS sobre la incapacidad permanente en grado total que presenta la interesada (folio 338).

**DUODÉCIMO.-** Por la Compañía de Seguros -- se aporta dictamen médico colegiado de tres especialistas (folios 306 a 326), que concluye:

*“1. x fue intervenida quirúrgicamente por presentar un ganglión en dorso de pie derecho. En la evolución post- quirúrgica apareció dolor neuropático que determinó nueva revisión quirúrgica, no encontrándose alteraciones estructurales nerviosas del dorso del pie (nervio cutáneo dorsal medial e intermedio)*

*2. El estudio EMG diagnosticó axonotmesis parcial grado severo del nervio cutáneo dorsal medial, así como del nervio cutáneo dorsal intermedio.*

*3. Desde el momento inmediato de la segunda cirugía fue diagnosticado de SDRC (Síndrome de Dolor Regional Complejo) y puesto en tratamiento, cubriendo todas las posibilidades terapéuticas y utilizando todos los medios diagnósticos para confirmar dicho proceso.*

*4. En la última fecha encontrada en la Documentación Clínica seguía en tratamiento con la Unidad del Dolor y pendiente de colocación de neuroestimulador.*

5. *Del análisis de la documentación y por la evolución de la paciente se puede decir que se ha realizado asistencia según lex artis y se han utilizado todos los medios necesarios para el diagnóstico del proceso, así como se han prescrito las acciones terapéuticas adecuadas. No existe mala praxis*".

**DECIMOTERCERO.-** Otorgado un trámite de audiencia, x, en representación de la reclamante, presenta escrito de alegaciones (registrado el 7 de febrero de 2011), en el que se ratifica en la reclamación presentada, sosteniendo que ha resultado acreditada la mala *praxis* médica, y elevando la indemnización solicitada inicialmente a 330.033 euros, sin mayor justificación.

**DECIMOCUARTO.-** La propuesta de resolución, de 24 de marzo de 2011, desestima la reclamación presentada, por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, dado que se han utilizado todos los medios necesarios para el diagnóstico del proceso, así como se han prescrito las acciones terapéuticas adecuadas.

**DECIMOQUINTO.-** Con fecha 5 de abril de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. La reclamación fue interpuesta por la propia paciente, es decir por quien sufrió el daño que se imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para

reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular del servicio público a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa las lesiones producidas tras la intervención quirúrgica (Hospital Comarcal del Noroeste).

2. En cuanto al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que la acción de responsabilidad patrimonial presentada ante la Administración sanitaria el 9 de octubre de 2006 (registro de entrada), se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, teniendo en cuenta que la actuación sanitaria a la que se reprocha mala *praxis* médica data de 13 de marzo de 2006 (y la posterior reintervención de 14 de junio siguiente), sin tener en cuenta que, para el caso de daños de carácter físico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la determinación del alcance de las secuelas.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP. Especialmente destacable resulta la tardanza de más de dos años en evacuar el informe la Inspección Médica, que casa mal con los principios de eficacia, agilidad y celeridad que han de inspirar la actuación administrativa.

Precisamente la excesiva duración del procedimiento ha llevado a la interesada a considerar desestimada su reclamación por silencio administrativo, interponiendo el oportuno recurso contencioso-administrativo. Ello no afecta a la obligación que incumbe a la Administración de dictar resolución expresa conforme a lo establecido en los artículos 42.1 y 43.4 LPAC, si bien procede que, previamente y en todo caso, antes de dictar la resolución que haya de poner fin al procedimiento, por la instrucción se averigüe el estado de tramitación del recurso contencioso, toda vez que las últimas actuaciones que constan en el expediente en relación con el proceso judicial datan de 8 de febrero de 2008 (folio 301).

### **TERCERA.- La responsabilidad patrimonial sanitaria.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a

ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce "el derecho a la protección de la salud", desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

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

paciente (por todas, STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). Ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos. Falta de acreditación de la responsabilidad patrimonial.**

La reclamante atribuye las lesiones que presenta a la intervención practicada en el pie izquierdo el 13 de marzo de 2006 (reintervenida el 16 de junio siguiente) en el Hospital Comarcal del Noroeste.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a *normopraxis* descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidas durante todo el proceso asistencial -el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria, es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999-. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba.

En el presente caso, el informe médico de valoración de parte (folio 215), si bien describe todo el proceso asistencial recibido por la paciente, afirmando el nexo causal entre el accidente

laboral y el proceso patológico sufrido, no entra a valorar la *praxis* médica a la que se imputa el daño objeto del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, ni la reputa de deficiente o “mala”, como sostiene la parte reclamante en el escrito de alegaciones. En ausencia de tal valoración por el perito de parte, los informes médicos sobre los que ha de asentarse el juicio de este Órgano Consultivo en orden a los hechos que se someten a su consideración, se concretan en los emitidos por la Inspección Médica y por los peritos de la compañía aseguradora.

La Inspección Médica realiza la siguiente valoración:

*“No demostrándose lesión nerviosa directa o estiramiento, compresión, isquemia generalizada, o trastornos metabólicos y describiéndose sucesivamente algodistrofia, anquilosis de tobillo, dolor y limitación, cambios vasculares, disestesias. etc. y habiendo correspondencia con pruebas complementarias, la patología que se describe corresponde al actualmente denominado síndrome de dolor regional complejo. Éste puede aparecer tras traumatismo hístico produciéndose alodinia, hiperpatía y dolor espontáneo o después de la lesión de un nervio periférico, por lo común un tronco nervioso mayor (el dolor espontáneo en el comienzo surge dentro del territorio del nervio afectado, pero al final puede propagarse por fuera de dicha distribución). El dolor es el signo clínico primario y pueden surgir disfunción vasomotora, anormalidades sudomotoras o edema focal. Los síntomas no guardan relación con la intensidad del traumatismo inicial y no se circunscriben a la distribución de un solo nervio periférico, suele iniciarse con dolor e hinchazón distal, dolor difuso, espontáneo, ardoroso, pulsátil o sordo, la zona está caliente edematosa, con articulaciones dolorosas al tacto, aumento de sudoración y proliferación capilar, describiéndose al cabo de semanas o meses piel fina, brillante y fría. Más tarde se produce atrofia de piel y tejido subcutáneo y contracturas en flexión. La movilización temprana, fisioterapia y glucocorticoides son útiles en la terapéutica además de bloqueadores adrenérgicos, AINE, bloqueadores de canales del calcio, fenilhidantoína, opioides y calcitonina, así como el bloqueo del ganglio estrellado”.*

Para concluir que:

*“Siendo la patología por la que se reclama un trastorno reflejo del sistema nervioso simpático, lo que se aporta como fundamentación y causa de la misma no es tal, sino solamente antecedentes casuales que no apoyan que haya habido error o déficit de atención sanitaria”.*

En igual sentido, los peritos de la compañía de seguros:

*“(…) la patología que la paciente presenta es el Síndrome de dolor regional complejo, confirmado por todas las exploraciones que se la han realizado y los profesionales que la han visto.*

*La etiología de este proceso es desconocida y puede aparecer como consecuencia de traumas mayores o menores, discopatías intervertebrales y la enferma las tiene como figura en la historia clínica que en el año 2000 presentó síndrome ciático derecho con afectación de dorso de pie y dedos, es decir, como si fuese "un espejo" del cuadro actual, pero también están descritos por procesos de osteoartritis, infarto etc. Lo que indica que hay una serie de puntos irritantes orgánicos desconocidos que originan una sintomatología desproporcionada a la severidad del trauma, en este caso una cirugía mínimamente invasiva y superficial, ya que los gangliones están debajo de la piel.*

*Son importantes las observaciones de las acciones eferentes del simpático, involucradas en la generación y mantenimiento de los estados dolorosos, de ella la más importante es la activación que puede tener el cuadro doloroso simplemente por tacto o roce como en el caso específico de la alodinia. El consenso global es que el dolor se convierte en la piedra angular del síndrome, de forma que cambia el nombre de distrofia simpático refleja por el de síndrome doloroso regional complejo, con dos variantes tipo I (antigua distrofia) y tipo II (causalgia) en este caso compatible con alteración neurológica".*

Finalmente, concluye en que la asistencia sanitaria se ha adecuado a la *lex artis* y que se han utilizado todos los medios necesarios para el diagnóstico del proceso.

Además, desde otra vertiente de la *lex artis*, el derecho a la información de la paciente (no ha sido cuestionada por la reclamante la información suministrada), se constata en la historia clínica que ésta suscribió el documento de consentimiento informado (folios 254 y 255) para el tratamiento quirúrgico de tumores de partes blandas, quistes y gangliones, en el que se recoge como riesgos típicos de la intervención la lesión de nervios de la zona (aunque el cirujano que la intervino insiste en que la rama nerviosa vista en la segunda intervención no estaba seccionada, ni se le apreciaba lesión yatrogénica), trasladándose a la paciente la obligación de soportar las consecuencias indeseadas, pero posibles, que de la actuación sanitaria haya podido desprenderse (por todos, Dictamen núm. 65/2010 de este Consejo Jurídico)

En consecuencia, al no apreciarse, sobre la base de los informes precitados, una infracción de la *lex artis* en materia sanitaria, tampoco se produce el requisito de antijuridicidad del daño exigido por la LPAC para que sea susceptible de indemnización.

Por último, se advierte una contradicción en la cuantía indemnizatoria reclamada, en tanto por escrito de 2 de febrero de 2007 (folio 15) se solicita la cantidad de 133.583,56 euros y,

posteriormente, mediante el escrito de alegaciones de 7 de febrero de 2011 (folio 345), se incrementa dicha cantidad a 330.033 euros, sin mayor justificación.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sin perjuicio de la observación sobre la actuación a realizar por el órgano instructor (Consideración Segunda, apartado 3).

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 178-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	29/08/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.

- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada al afectado x, según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrado por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dió traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino Farma 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que*

*demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que *“efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 55 años.*

*Antecedentes Personales: Fumador importante. Cirrosis hepática enólica con episodios previos de descompensación hidrópica y de hemorragia digestiva (el último, hace 5 años). No HTA ni DM. No alergias.*

*Enfermedad Oncológica:*

*Diagnóstico: Carcinoma epidermoide pobremente diferenciado de hipofaringe, irreseccable.*

*Estado: cT4 NO MO (IV).*

*Fecha del diagnóstico: Noviembre-06.*

*Tratamiento de la neoplasia: Quimioterapia neoadyuvante (Docetaxel, Cisplatino a 75 mg./m<sup>2</sup>, 5FU) x 3 ciclos (entre el 28/11/06 y el 10/1/07), con respuesta parcial de la neoplasia y sin toxicidad relevante. Posteriormente, quimiorradioterapia concurrente con Cisplatino (100 mg/m<sup>2</sup> i.v. cada 21 días) desde el día 7/2/07 al 28/3/07.*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de Cisplatino:*

*Situación en el momento de la administración del tratamiento: Buen estado general, con disfagia para sólidos. Analítica: Creatinina 1.03 mg/dL y Hb 10.3 g/dL.*

*Fecha de administración: 28/3/07.*

*Dosis total de Cisplatino: 157 mg. iv.*

*Toxicidad aguda (máxima):*

*- Digestivo: Náuseas grado 1. Enteritis grado 3, tratada de forma conservadora (dieta absoluta, nutrición parenteral, antibióticos, loperamida).*

*- Mielotoxicidad: Neutropenia grado 4 (nadir: 200 segmentados) con infección respiratoria, que precisó tratamiento antibiótico y con GCSF. Trombopenia grado 4 (nadir: 11.000 plaquetas), que requirió transfusión de plaquetas en seis ocasiones, y asociadas a hemoptisis. Anemia grado 3, que requirió transfusión de hematíes en cuatro ocasiones.*

*- Ototoxicidad: Grado 4 (cofosis bilateral; audiometría: escasos restos auditivos bilaterales).*

*- Nefrotoxicidad: Insuficiencia renal aguda grado 4 (Creatinina máxima: 7.21 mg/dL), con necesidad de ingreso e hidratación parenteral, con mejoría parcial al alta (Creatinina: 1.83 mg/dL).*

*- Neurotoxicidad: grado 2 (polineuropatía sensitiva periférica distal)*

*- Otras toxicidades: astenia y anorexia grado 3.*

*Ingreso hospitalario: sí*

*Fechas: 2/4/07 al 23/4/07.*

*Diagnósticos: insuficiencia renal aguda secundaria a Cisplatino.*

*Complicaciones sobreañadidas:*

*Infeción respiratoria.*

*Crisis hipertensivas tratadas con calcioantagonistas.*

*Síndrome confusional agudo.*

*Desnutrición proteica moderada.*

*Evolución posterior y situación actual:*

*Evolución de la neoplasia: tras el alta del ingreso por sobredosificación de Cisplatino, el paciente presentaba afectación importante del estado general, y por otra parte estaba en respuesta completa clínica, por lo que se decidió seguimiento estrecho. El paciente recuperó progresivamente, aunque de forma lenta, su estado general previo, si bien ha tenido desde*

*entonces cofrosis bilateral, anemia sintomática (HB 7.6 g/ dL) y deterioro de la función renal (...) por lo que fue remitido al Servicio de Nefrología del H. U. Virgen de la Arrixaca. En las revisiones posteriores no hay evidencia de recaída local ni a distancia.*

*Toxicidad crónica o residual:*

- *Ototoxicidad: grado 3 (hipoacusia grave bilateral).*
- *Nefrotoxicidad: grado 2.*
- *Neurotoxicidad: grado 2 (neuropatía periférica).*
- *Otras toxicidades: anemia mantenida (última analítica de mayo-08: Hb 8.2 g./dL).*

*Situación actual: buen estado general, con ganancia de peso; no evidencia de recaída de la neoplasia y no tratamiento activo antineoplásico. Hipoacusia severa bilateral.*

*Juicio Diagnóstico:*

- *Carcinoma epidermoide irreseccable con hipofaringe cT4 NO MO, en respuesta completa tras tratamiento con quimioterapia neoadyuvante seguida de quimiorradioterapia concurrente.*
- *Toxicidad por Cisplatino residual: Ototoxicidad grado 3, Nefrotoxicidad grado 2, Neurotoxicidad grado 2".*

En la nota 2 del informe se hace referencia a que la valoración de la ototoxicidad se ha hecho con los datos disponibles en el Servicio, si bien es posible que existan datos adicionales en el Servicio de Otorrinolaringología.

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cistaplino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal del paciente por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 17 de diciembre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, de 12 de noviembre de 2009, de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presenta el x con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que en este caso no hay seguridad de que se realizara la sobredosis, si bien la fecha de administración del tercer ciclo (el 29 de marzo de 2007) coincide con el periodo en que se utilizó la doble concentración. También que los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de este paciente presentó como toxicidad aguda:

- Nefrotoxicidad: insuficiencia renal aguda grado 4 con recuperación parcial.
- Ototoxicidad: cofosis bilateral grado 3.

- Pancitopenia.

También expone que presentó como toxicidad residual Ototoxicidad grado 3, Nefrotoxicidad grado 2 y anemia mantenida.

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que valoró el daño causado en la cuantía de 108.420,96 euros.

Dicho importe se desglosa valorando un periodo de incapacidad temporal, que asciende a 5.741,22 euros por 22 días de ingreso hospitalario (a 61,97 euros diarios), 4 impeditivos (a 50,35 euros por día), y 154 no impeditivos (a 27,12 euros por día), y la incapacidad permanente, que asciende a 161.060,25 euros por las secuelas de pérdida auditiva, parestesias miembros inferiores e insuficiencia renal grado 1 (75 puntos en total), a razón de 2.147,47 euros por punto, sin que se tenga en cuenta ningún factor de corrección al no tenerse constancia de que pudiera aplicarse. El importe así obtenido se aminora en un 35%, es decir, en la cuantía de 58.389,51 euros por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino, con independencia de la dosis que se suministrase.

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cisplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta que el paciente formulara alegaciones, pese a que un representante (cónyuge) compareció en las dependencias del órgano instructor para la retirada de la documentación correspondiente (folio 604).

**DUODÉCIMO.-** Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**DECIMOTERCERO.-** La propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (72.281 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (36.140 euros), más los intereses legales correspondientes, si bien atribuye la responsabilidad subsidiaria de la Administración respecto a la cuantía a abonar al paciente por el citado Laboratorio.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 11 de abril de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que el paciente recibió ciclo de quimioterapia con Cisplatino en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público,

que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cistaplino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de

sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 24 de noviembre de 2009).

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un error de medicación, al suministrar a 25 pacientes afectados de procesos oncológicos una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino.

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica, en su informe de 24 de noviembre de 2009:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso “registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos”.

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los

viales de su material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación, etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento

secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el precitado informe de 24 de noviembre de 2009 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a pruebas de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

#### **QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

##### **I. Relación de causalidad.**

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o*

*dependientes unos de otros...”. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, “si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”.*

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”* (informe de 17 de diciembre de 2009). También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección *“en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%”* (informe de 12 de noviembre de 2009). De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad

y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta

congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, si no imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro, que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento. Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

### III. Responsabilidad directa de la Administración.

Por último, debe suprimirse de la propuesta de resolución la referencia a la responsabilidad subsidiaria de la Administración regional respecto al pago de la cuota correspondiente al Laboratorio Farmacéutico, en tanto la responsabilidad de aquélla es directa, como ha reconocido este Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 2/2000, 9, 20, 31 y 32, todos de 2002, y 177/2006, en la interpretación sistemática del artículo 97 TRLCAP.

En el presente caso, ante el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial por la Administración, ésta debe resolver respondiendo directamente de los daños ante el afectado, sin perjuicio de la acción de regreso que deba ejercitar contra la contratista a fin de atribuirle la cuota de responsabilidad que le pudiera corresponder por los hechos. A este respecto el Consejo de Estado ha declarado que los particulares no tienen el deber de soportar la incertidumbre jurídica de la última imputación del daño (Dictámenes de 18 de junio de 1970, 21 de julio de 1994 y 28 de enero de 1999). En este mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo al afirmar que la naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad de la Administración impide a ésta desplazar la misma al contratista, sin perjuicio de la acción de repetición de aquélla contra éste (entre otras, Sentencias de la Sala 3ª, de 19 de mayo de 1987 y de 23 de febrero de 1995).

**SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 108.421 euros, al afectado, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Por parte del afectado no se han presentado alegaciones, ni se ha cuestionado la cuantía indemnizatoria propuesta.

Encontrándose justificada la cuantía indemnizatoria fijada por el órgano instructor, salvo la aplicación de un coeficiente reductor del 35% por la toxicidad intrínseca del Cisplatino, frente al fijado en otros expedientes que versan sobre la misma actuación (21%) que debe ser motivado, este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a lo señalado anteriormente sobre la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente al afectado, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria

señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA.**- No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad y la supresión de la mención a la responsabilidad subsidiaria (Consideración Quinta).

**TERCERA.**- La cuantía indemnizatoria se considera justificada, salvo la cuestión suscitada en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 179-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 29/08/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.
- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada al afectado x, según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrado por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dió traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino Farma 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los*

*medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que *“efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 45 años.*

*(...)*

*Enfermedad Oncológica:*

*Diagnóstico: Carcinoma epidermoide moderadamente diferenciado de orofaringe (amígdala derecha).*

*Estadio: T4N1M0*

*Fecha del diagnóstico: diciembre-2006.*

*Tratamiento de la neoplasia: Tras valoración del comité de tumores ORL y en nuestro Servicio, se decide quimioterapia neoadyuvante con esquema TPF (docetaxel, cisplatino y 5 FU), del que se administran dos ciclos el 22/Enero y el 14/Febrero/07, con respuesta completa clínica y con buena tolerancia (náuseas grado 2, alopecia grado 1). Además, se coloca gastrostomía de alimentación. Dada la buena respuesta, se decide continuar quimioterapia con TPF y programar posteriormente radioterapia concurrente con Cisplatino. Se administran el 3º y 4º ciclo los días 7-3-07 y 28-3-07.*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de Cisplatino:*

*Situación en el momento de la administración del tratamiento: Buen estado general, sin dolor y con respuesta completa clínica. Fecha de administración: 28-3-07. Dosis total de Cisplatino prescrita: 129 mg. iv".*

Además se indica que presentaba toxicidad aguda máxima, con los siguientes niveles: digestivo (náuseas y vómitos grado 3); mielotoxicidad (anemia grado 2, por lo que se requirió transfusión de hematíes); ototoxicidad (acúfeno grado 2 y hipoacusia grado 2); y nefrotoxicidad (insuficiencia renal grado 2 que no precisó ingreso, resuelta con hidratación).

En cuanto a la situación actual, señala que sin evidencia de recaída. En la última revisión (18/4/2008) buen estado general con buena ingesta y ganancia de peso.

Finalmente, diagnostica la inexistencia de toxicidad residual por Cisplatino, aunque no se ha evaluado la ototoxicidad.

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cistaplino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si

bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal a x por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 12 de noviembre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, de 29 de octubre de 2009 (aunque en la firma figura el 15 de julio de ese mismo año), de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presenta el paciente con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que en este caso no hay seguridad de que se utilizara la sobredosis, si bien la fecha de administración del cuarto ciclo (el 28 de marzo de 2007) coincide con el periodo en que se utilizó la doble concentración. También que

los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de este paciente presentó como toxicidad aguda:

- a. La sintomatología digestiva se resolvió sin problemas.
- b. La toxicidad hematológica requirió transfusión.
- c. La nefrotoxicidad se resolvió.
- d. Queda ototoxicidad: hipoacusia grado 2, acúfeno grado 2. Hipoacusia de 40 decibelios (db) con caída bilateral en frecuencias agudas de 2.000 db.

Finalmente, expone que no hay secuelas (última revisión en junio de 2008) en el apartado de toxicidad residual al Cisplatino.

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que valoró el daño causado en la cuantía de 2.671,91 euros.

Dicho importe se desglosa valorando un periodo de incapacidad temporal, que asciende a 705,01 por 7 días improductivos (a 50,35 euros diarios) y 13 no improductivos (a 27,12 euros por día), y la incapacidad permanente, que asciende a 2.677,16 euros por la secuela de pérdida auditiva, valorada en 4 puntos, a razón de 669,29 euros por punto, sin que se tenga en cuenta ningún factor de corrección al no tenerse constancia de que pudiera aplicarse. El importe así obtenido se aminora en un 21%, es decir, en la cuantía de 710,26 euros por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino, con independencia de la dosis que se suministrase.

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cistoplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, el paciente presenta escrito en el que comunica la designación de una Letrada para que le represente, así como solicita que se le informe si existe seguro de responsabilidad civil y la compañía aseguradora con la que se ha contratado. Con posterioridad, se presenta escrito de alegaciones por la letrada actuante, discrepando de la valoración del daño, pero sin proponer otra cuantía alternativa y remitiéndose al expediente administrativo como prueba documental.

**DUODÉCIMO.-** Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recibe, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente."*

**DECIMOTERCERO.-** La propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología

Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (1.781 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (891 euros), más los intereses legales correspondientes, si bien atribuye la responsabilidad subsidiaria de la Administración respecto a la cuantía a abonar al paciente por el citado Laboratorio.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 11 de abril de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que el paciente recibió un ciclo de quimioterapia con Cisplatino el 28 de marzo de 2007 en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas*

*correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.*

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cistaplino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su

intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 24 de noviembre de 2009).

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

#### **CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un error de medicación, al suministrar a 25 pacientes afectados de procesos oncológicos una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino.

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica, en su informe de 24 de noviembre de 2009:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso "registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos".

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación

informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación, etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar

de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el precitado informe de 24 de noviembre de 2009 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a pruebas de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

#### **QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

##### **I. Relación de causalidad.**

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”*.

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”* (informe de 24 de noviembre de 2009). También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del

medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección “*en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%*” (informe de 19 de octubre de 2009). De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador

por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, si no imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro, que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas

adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento. Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

### III. Responsabilidad directa de la Administración.

Por último, debe suprimirse de la propuesta de resolución la referencia a la responsabilidad subsidiaria de la Administración regional respecto al pago de la cuota correspondiente al Laboratorio Farmacéutico, en tanto la responsabilidad de aquélla es directa, como ha reconocido este Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 2/2000, 9, 20, 31 y 32, todos de 2002, y 177/2006, en la interpretación sistemática del artículo 97 TRLCAP.

En el presente caso, ante el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial por la Administración, ésta debe resolver respondiendo directamente de los daños ante el afectado, sin perjuicio de la acción de regreso que deba ejercitar contra la contratista a fin de atribuirle la cuota de responsabilidad que le pudiera corresponder por los hechos. A este respecto el Consejo de Estado ha declarado que los particulares no tienen el deber de soportar la incertidumbre jurídica de la última imputación del daño (Dictámenes de 18 de junio de 1970, 21 de julio de 1994 y 28 de enero de 1999). En este mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo al afirmar que la naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad de la Administración impide a ésta desplazar la misma al contratista, sin perjuicio de la acción de repetición de aquélla contra éste (entre otras, Sentencias de la Sala 3ª, de 19 de mayo de 1987 y de 23 de febrero de 1995).

### **SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 2.672 euros al afectado, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Por parte del afectado no se ha concretado la cuantía del daño, limitándose a señalar su disconformidad con la valoración, sin ofrecer una valoración distinta.

Encontrándose justificada la cuantía indemnizatoria fijada por el órgano instructor (aunque debería motivarse el 21 % de coeficiente reductor por toxicidad intrínseca del Cisplatino), este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a lo señalado anteriormente sobre la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente al afectado, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA.**- No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad y la supresión de la mención a la responsabilidad subsidiaria (Consideración Quinta).

**TERCERA.**- La cuantía indemnizatoria se considera motivada, si bien habrá de ser aclarada la cuestión suscitada en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 180-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 06/09/2011

**Extracto de doctrina**

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha precisado que no cabe aplicar la doctrina del daño desproporcionado cuando dicho daño constituye la materialización de una complicación o riesgo típico de la intervención o asistencia sanitaria prestada (SAN de 5 de abril de 2006). En la misma línea, el Consejo de Estado (Dictamen 1743/1999) excluye la aplicación de esta doctrina cuando el daño responde a un riesgo típico de la intervención y la causa se sitúa fuera del ámbito o esfera de control del actuante.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Por escrito de 1 de diciembre de 2008 (registrado el 3 siguiente), x, Abogado de la Asociación del Defensor del Paciente en Murcia, en representación de x, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por los graves e invalidantes daños sufridos por su representada, que fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital de Molina, derivada del Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia.

Describe que el 29 de abril de 2005 se le realizó a la paciente, de 76 años, la intervención de prótesis total de rodilla izquierda primaria siendo dada de alta el 4 de mayo siguiente, y citada el 11 del mismo mes en consultas externas del Servicio de Traumatología del Hospital Virgen de la Arrixaca. Le prescribieron 15 sesiones de rehabilitación durante el mes de julio y en la agenda de servicio se aprecia ya la posible rotura de tendón rotuliano, que limitaba la flexión y la extensión de la rodilla, lo que se confirmó por la ecografía del día 13 de julio de 2005, en cuyo informe puede leerse: hallazgos compatibles con rotura completa del tendón rotuliano izquierdo. Por ello, fue remitida de nuevo al Hospital de Molina para tratamiento quirúrgico, donde se intenta realizar una sutura con mal pronóstico, que no consigue solucionar el problema.

En el informe de la ecografía de 6 de septiembre de 2005 se señala:

*“Se visualiza tendón rotuliano izquierdo, de coestructura alterada en su inserción, presentando calcificación intratendinosa a dicho nivel y extenso hematoma (aprox. 3 cm. de*

*diámetro) adyacente a tuberosidad tibial, todo ello compatible con rotura crónica de tendón de cuádriceps”.*

Sigue exponiendo la parte reclamante que el tendón rotuliano tiene una mala evolución durante los años 2005, 2006 y 2007, presentando un tendón claramente insuficiente para la extensión y la flexión con considerable pérdida de fuerza, caídas y continuos dolores, por lo que en abril de 2008 se optó por colocar a la paciente una ortesis modular normal.

Estos problemas en la pierna izquierda la han llevado a sobrecargar la rodilla derecha, por lo que el 17 de marzo de 2008 tuvo que ser intervenida en el Hospital Mesa del Castillo, de artroplastia total de rodilla y rótula derecha, siendo dada de alta el 20 siguiente.

La paciente considera que la rotura del tendón rotuliano no constituye un riesgo típico de la Prótesis Total de Rodilla (PTR), pero, para el caso de que así se considerase, el acto médico está viciado *ab initio* por falta de Consentimiento Informado, pues tanto en la primera, como en la segunda intervención, en el Hospital de Molina, el documento no cumple las formalidades mínimas que exige la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, por cuanto no informa en qué consiste la operación, ni las alternativas terapéuticas a la misma, ni los riesgos que comporta.

Se sostiene que la lesión que padece la paciente es una de las complicaciones más severas que existen, ya que no hay ningún método satisfactorio para repararla, y que la ha sumido en una invalidez absoluta incapaz de llevar a cabo las actividades de la vida diaria.

Tras citar, sin concretar en ese momento la fecha, una Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Murcia (Procedimiento Ordinario 1473/07), que dice aplicable a un caso similar al presente, considera que el daño sufrido es desproporcionado en relación a la operación practicada, por lo cual solicita una indemnización de 150.000 euros más la actualización, conforme al Índice de Precios al Consumo.

Por último, propone como prueba documental la historia clínica de la paciente en los Hospitales y Centros Médicos donde ha sido atendida, e informes de los profesionales intervinientes, así como de la Inspección Médica.

**SEGUNDO.-** Con fecha 17 de diciembre de 2008, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta Resolución de admisión a trámite, que es notificada a las partes interesadas.

Al mismo tiempo se solicita copia de la historia clínica de la paciente e informe de los facultativos que la atendieron a los Hospitales Virgen de la Arrixaca, Mesa del Castillo y de Molina. También se dió traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Desde el Hospital Mesa del Castillo se remite la documentación solicitada (folios 37 al 60).

**CUARTO.-** Igualmente, desde el Hospital de Molina se remite copia de la historia clínica de la paciente (folios 61 al 105), a la vez que se indica que el cirujano que la intervino es personal del Servicio Murciano de Salud.

**QUINTO.-** El Director Gerente del Hospital Virgen de la Arrixaca remite copia de la historia clínica de la paciente (folios 109 al 120) e informe de los facultativos intervinientes, destacando el evacuado por el Dr. x, según el cual:

*“La paciente x fue vista en las consultas externas de la ciudad sanitaria Virgen de la Arrixaca, donde se le practica los oportunos controles radiológicos, comprobándose la artrosis femoro patelar y femoro tibial de Grado IV de AMBAS RODILLAS, por lo que se le prescribió la colocación de una prótesis total de rodilla izquierda que manifestaba la paciente que era la que mas le dolía y mas tarde se haría la prótesis total de la rodilla derecha.*

*Se le informa a la señora de forma verbal, junto con sus hijos, de todos los inconvenientes que pueden surgir en la intervención quirúrgica; posible hemorragia, posibles infecciones, posible tromboflebitis, posible aflojamiento de la prótesis, posible rotura de la arteria poplítea, posible rotura del nervio ciático, posible rotura de ligamentos laterales de la rodilla, posible rotura del tendón del cuádriceps y también posible rotura del tendón rotuliano que la paciente entendió perfectamente a pesar de su edad al igual lo entendió su hijo que estaba presente. Se hace en la misma consulta la programación para dicha intervención, así como el consentimiento informado, que en ese momento esta en vigor en el servicio de traumatología de este hospital.*

*El día 29/04/05 la paciente ingresa en el Hospital de Molina de Segura donde se le coloca una prótesis total de rodilla izquierda, siendo dada de alta el día 04/05/05, explicándole a la familia y a ella que todo había ido bien y firmando el alta el hijo de x, y citándole para las oportunas revisiones en las consultas externas de la Ciudad Sanitaria Virgen de la Arrixaca.*

*Ya en las consultas externas y después de la retirada de los puntos de sutura, la paciente es enviada a rehabilitación, donde se le practica una ECO de la rodilla izquierda con fecha 13/07/05 que me envían "informada de una rotura completa del tendón rotuliano", poniéndome inmediatamente a hacer el ingreso a través del servicio de urgencias de traumatología, para enviar inmediatamente a la paciente al Hospital de Molina y poder revisar al día siguiente quirúrgicamente el tendón rotuliano.*

*El día 14/07/05, dos meses después de la 1ª intervención, vuelvo a informar a la familia de que vamos a revisar el tendón rotuliano, estando conforme tanto la paciente como los dos hijos, procediéndose a la firma del consentimiento informado en la Clínica de Molina de Segura. En dicho acto operatorio y estando la paciente bajo los efectos de la raquianestesia se procede a la revisión de la prótesis total de rodilla donde se comprueba la rotura parcial mínima del tendón rotuliano de la rodilla izquierda, procediéndose a la reparación del mismo con dos puntos de sutura, siendo dada de alta el día 15/07/05, también se volvió a informar a los hijos de los hallazgos quirúrgicos y la reparación de la lesión y enviándose a las oportunas revisiones a las consultas externas de la Ciudad Sanitaria Virgen de la Arrixaca.*

*La paciente fue revisada en varias ocasiones en las consultas externas, comprobándose durante la exploración, delante del hijo, que tenía movilidad en la flexo-extensión de la rodilla izquierda, dicha movilidad no era completa y por eso volví a mandarla a rehabilitación, no volviendo a saber nada mas de ella desde el día 21/09/05. Sólo a raíz de esta reclamación que hace el Abogado de la paciente, x, donde aparece dos ECO de fecha 6/9/05 y 4/11/05, que yo desconocía, veo que existe una rotura parcial con cicatriz fibrosa en el tendón del cuádriceps de dicha rodilla izquierda y no menciona nada del tendón rotuliano en ninguna de las dos ECO lo cual es una contradicción.*

*Es más cierto que el día 21/09/05 mandé a esta señora a RHB y después no supe de ella hasta ahora, después de cuatro años.*

*También es más cierto que de haber conocido la patología de la paciente se hubiese podido arreglar las lesiones del cuádriceps, porque ya lo he hecho otras veces con muy buenos resultados, como indica el informe que acompaño, por supuesto sin el nombre del paciente.*

*Es muy importante destacar que se cumplió con todos los requisitos que obliga el consentimiento informado y por supuesto nunca hubo mala praxis".*

**SEXTO.-** Por parte de la Compañía de Seguros -- se remite dictamen médico colegiado que concluye (folios 128 y ss.):

*“1. x fue intervenida de una gonartrosis de rodilla izquierda, procediéndose a implante de PTR sin rótula, sin incidente en el proceso evolutivo post-quirúrgico inmediato. Balance articular 0°-100° cuádriceps 3/5 lo que suponía hasta ese momento una muy buena evolución (dos meses).*

*2. Posteriormente apareció durante la rehabilitación rotura del tendón rotuliano, que afecta a la zona media del tendón según el esquema que se adjunta en este documento. Existían antecedentes según parece de osteotomía.*

*3. La reparación dió como consecuencia una cicatriz con predominio de tejido fibroso, sin las características del tejido fibrilar propio del tendón sano, lo que originó una pérdida de potencia y de eficacia para la función de extensión y bloqueo de rodilla.*

*4. La secuela es una impotencia funcional para la extensión, que obliga a introducir el uso de una ortesis estabilizadora.*

*5. La gonartrosis derecha operada en el año 2008 es consecuencia del proceso evolutivo de la enfermedad de gonartrosis, sin interferencia de la lesión del tendón rotuliano izquierdo. La prótesis implantada en este caso fue una PTR con rótula.*

*6. No ha existido mala praxis y se ha observado la lex artis, aunque el resultado no haya sido el esperado. Fue diagnosticada de forma correcta, se realizó el implante correcto como indican las radiografías. El seguimiento fue continuado, detectando las alteraciones que se fueron presentando”.*

**SÉPTIMO.-** Interpuesto por la reclamante Recurso Contencioso Administrativo frente a la desestimación presunta de la reclamación (núm. 432/2009), por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia se solícita a la Consejería competente la remisión del expediente administrativo, así como el emplazamiento a las partes interesadas, lo cual fue efectuado.

**OCTAVO.-** El Dr. x, facultativo que intervino a la paciente y perteneciente a la plantilla del Hospital Virgen de la Arrixaca, presentó escrito de personación como parte interesada en el presente procedimiento administrativo (folio 150), señalando:

- El cumplimiento de la *lex artis*.
- La relación entre el médico y el paciente es de medios y no de resultados.
- El abandono voluntario de la paciente desde el mes de septiembre de 2005.
- La inexistencia de daño desproporcionado, puesto que el resultado de las intervenciones practicadas a la paciente entraba dentro de lo previsible, siendo la rotura del tendón rotuliano un riesgo típico de esta intervención, cuya presencia es poco frecuente.
- El riesgo fue consentido por el paciente: Consentimiento Informado.
- La ausencia de nexo causal de responsabilidad.
- La prescripción de la reclamación.

Finalmente, aporta documentación clínica para avalar sus afirmaciones sobre la *praxis* médica.

**NOVENO.-** Por la Inspección Médica se emite dictamen el 1 de julio de 2010, que concluye:

*“- La paciente x, de 76 años, con antecedentes de intervención en rodilla izquierda, fue valorada en consultas externas y considerada con indicación de implantar una prótesis primaria de rodilla izquierda debido a la sintomatología que presentaba. La indicación de dicho tratamiento es correcta.*

*- La intervención transcurrió con normalidad y le fue indicado tratamiento rehabilitador que inició en un tiempo correcto.*

*- En el postoperatorio precoz y una vez iniciado el tratamiento rehabilitador sufrió una complicación, rotura (finalmente parcial) del tendón rotuliano. Esta complicación es probable tras dicha cirugía, aunque no muy frecuente, y se produce a pesar de aplicar adecuadamente la técnica quirúrgica, se favorece por presentar factores de riesgo como intervenciones previas en la zona (osteotomía, como es en este caso).*

*- Las intervenciones sobre el tendón rotuliano son de resultado incierto cualquiera que sea el método utilizado quedando secuelas como la laxitud. Se intentó en dos ocasiones la reconstrucción quirúrgica sin resultado y ha estado pendiente de nueva intervención quirúrgica en el mismo servicio.*

*- Tras propuesta de nueva cirugía para intentar mejorar su situación clínica y funcional, y confirmándole a la paciente la ausencia de garantías en cuanto a dicha mejora, ésta acepta nueva*

*intervención reconstructiva del tendón rotuliano que se efectúa en Junio de 2010 en H. Arrixaca (Dr. x).*

*- La paciente y la familia fueron informados adecuadamente sobre la naturaleza de la intervención, sus indicaciones y resultados, sobre las complicaciones probables y menos probables y sobre la posibilidad de alternativas de tratamiento y posibilidad de revocar la decisión. La paciente fue intervenida en un hospital privado concertado (con cargo financiero al Servicio Público) y firmó un consentimiento informado genérico.*

*Por tanto, no existe una posibilidad de prever dichas complicaciones cuando van a producirse en ausencia de incidencias durante el protocolo quirúrgico. Éstas, una vez producidas, tienen un resultado incierto tras nuevo tratamiento. La paciente ha sido reintervenida en el mismo servicio de Traumatología hace unos días y conoce los riesgos y posibles resultados. No hubiera sido posible realizar una actuación médica ni en el diagnóstico y/o tratamiento que hubiera cambiado el transcurso de los acontecimientos. La actuación en todo momento fue acorde con los protocolos establecidos en la literatura médica y por tanto sometidos a lex artis profesional.*

#### **CONCLUSIÓN.**

*La actuación de los profesionales en la atención a la reclamante, x fue correcto”.*

**DÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes, el letrado actuante presenta escrito de alegaciones (folios 293 y ss.) en las que manifiesta que tanto Inspección Médica, como los peritos de la aseguradora --, han reconocido el nexo causal directo de la rotura del tendón con la cirugía de PTR, así mismo que es un riesgo típico y que el Consentimiento informado era insuficiente. Refiere que la paciente tenía un riesgo añadido y personalizado de sufrir rotura tendinosa por sus antecedentes, del que no fue informada, según reconoce, en su opinión, el informe pericial de la compañía aseguradora. Niega la afirmación de la Inspección Médica de que la paciente hubiera recibido la información básica, cuestionando también el informe del cirujano interviniente.

Igualmente sostiene la antijuridicidad del daño por ser desproporcionado y objetiva y que el acto médico se llevó a cabo con mala praxis, aportando a tales efectos la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Murcia, de 1 de septiembre de 2008, sobre un supuesto de rotura del tendón rotuliano.

Finalmente, tras describir los conceptos reclamados, reitera la indemnización de 150.000 euros, por cuanto las limitaciones suponen una invalidez absoluta de la paciente para valerse por sí misma en sus actividades de manutención.

**UNDÉCIMO.-** La propuesta de resolución, de 26 de noviembre de 2010, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por cuanto el daño alegado no cabe reputarlo desproporcionado, en tanto es materialización de una complicación o riesgo típico de la intervención, citando a este respecto los Dictámenes núms. 173/2007 y 37/2010 de este Consejo Jurídico. Respecto al Consentimiento Informado, aun reconociendo que el documento no ofrece una información completa, ello no implica la ausencia de dicha información si se desprende de otros medios probatorios, como es la historia clínica, suscribiendo la paciente aquel documento el día antes de la intervención, afirmando haber recibido información sobre los riesgos y consecuencias, pues corresponde a la paciente solicitar que se amplíe o precise más información en el caso de ser insuficiente, citando a este respecto el Dictamen núm. 50/2006 también de este Órgano Consultivo.

**DUODÉCIMO.-** Recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, se adoptó el Acuerdo 6/2011, de 14 de marzo, por el que se indicó la necesidad de completar el procedimiento seguido con el otorgamiento de un trámite de audiencia al centro concertado donde se había realizado la intervención (Hospital de Molina), cuyo formulario de Consentimiento Informado ha sido puesto en entredicho por la parte reclamante, al no relacionar expresamente los riesgos, uno de los cuales se materializó.

**DECIMOPRIMERO.-** Otorgado un trámite de audiencia al centro concertado (Hospital de Molina), no consta que haya formulado alegaciones, tras lo cual se formula propuesta de resolución de 27 de mayo de 2011, recabándose nuevamente el Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico en fecha 22 de junio de 2011.

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993,

de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

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

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

En cuanto a la representación del letrado actuante, con el que se han seguido las actuaciones, se puede entender acreditada en tanto figura dicha condición en el escrito de reclamación, suscrito conjuntamente por el letrado y la interesada, efectuando ésta designación expresa de representante.

2. La legitimación pasiva se sostiene tanto de la Administración regional, por la titularidad pública predicable de la actividad sanitaria, como del titular del centro sanitario concertado (Hospital de Molina) donde se realizó la intervención quirúrgica, por derivación del Hospital Virgen de la Arrixaca. A este respecto, como se indicó en el Dictamen 126/2003, esta circunstancia no altera el hecho de que el servicio que se presta es público y la titularidad del mismo la ostenta la Administración, con independencia de que se gestione por un tercero; por ello, sería injusto que el grado de responsabilidad derivado de la prestación de un servicio público dependa de la forma en que se realice el servicio por los poderes públicos, sin olvidar que los centros concertados están sujetos a la inspección y control de la autoridad sanitaria (artículo 67.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad).

Congruente con el reconocimiento de la legitimación del Hospital de Molina, este Consejo Jurídico acordó que se completara la instrucción con el otorgamiento de un trámite de audiencia al indicado centro concertado, sin que haya comparecido en el procedimiento para formular alegaciones.

3. En cuanto al cumplimiento del plazo, se ha ejercitado la acción de reclamación el 3 de diciembre de 2008, cuando las intervenciones quirúrgicas a las que achaca el daño se realizaron en el año 2005. No obstante, el artículo 142.5 LPAC establece, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, que el plazo empezará a contarse desde la curación o la determinación del alcance de

las secuelas. En este sentido, sostiene la parte reclamante que durante los años 2005, 2006 y 2007 la paciente tuvo una mala evolución el tendón rotuliano, optando por la colocación de una ortesis modular normal para paliar los daños en abril de 2008. También aduce, como secuela, la intervención practicada de artoplastia total de rodilla y rótula derecha en el Hospital Mesa del Castillo, siendo dada de alta el 20 de marzo del precitado año, que ha sido la fecha considerada por el órgano instructor como *dies a quo*.

Esta interpretación del órgano instructor sobre el cómputo del plazo de prescripción, tiene pleno acomodo en la concepción de los daños alegados como continuados, conforme se indicó en nuestro Dictamen 73/2002: *“el plazo para el ejercicio de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial para el supuesto de daños continuados queda abierto hasta que se concrete definitivamente el alcance de las secuelas de la enfermedad; sin embargo, se considera que la acción de la reclamante se ha ejercitado en plazo respecto a los daños hasta ese momento producidos, correspondiéndole su probanza y cuantificación”*.

No obstante, la temporaneidad en el ejercicio de la presente acción se sostiene, no tanto por considerar como *dies a quo* la intervención practicada en el año 2008 (rodilla derecha), puesto que, según los informes médicos obrantes en el expediente, la dolencia era preexistente y no tiene su origen en la operación de la pierna izquierda, sino por la nueva intervención reconstructiva del tendón rotuliano que se efectuó en junio de 2010 en el Hospital Virgen de la Arrixaca (folio 277), cuyos resultados, por cierto, se desconocen.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, que ha excedido en mucho al previsto en el artículo 13.3 RRP.

Precisamente esa excesiva duración del procedimiento ha llevado a la interesada a considerar desestimada su reclamación por silencio administrativo, interponiendo el oportuno Recurso Contencioso-Administrativo. Ello no afecta a la obligación que incumbe a la Administración de dictar resolución expresa conforme a lo establecido en los artículos 42.1 y 43.4 LPAC, si bien procede que, previamente y en todo caso antes de dictar la resolución que haya de poner fin al procedimiento, por la instrucción se averigüe el estado de tramitación del citado Recurso.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada

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

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

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

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

Asimismo, al examinar reclamaciones patrimoniales en materia sanitaria, el Consejo de Estado ha afirmado en numerosas ocasiones (por todos, Dictamen núm. 3.362/2003) que, para estimar las reclamaciones de indemnización por daños derivados de intervenciones médicas o quirúrgicas, no resulta suficiente con que la existencia de la lesión se derive de la atención de los servicios sanitarios, pues ello llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan que supondría una desnaturalización de la institución. Así pues, de acuerdo con dicha doctrina, en casos como el presente se hace preciso acudir a parámetros tales como la *lex artis*, de modo tal que tan sólo en caso de una infracción de ésta cabría imputar a la Administración, de la cual dependen los servicios sanitarios, la responsabilidad por los perjuicios causados.

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada "*lex artis ad hoc*" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (por todas, STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

Por ello, la doctrina jurisprudencial lo utiliza como parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño, diferenciando aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa, de aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

#### **CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

##### **1. Imputaciones de la reclamante.**

La parte reclamante imputa al servicio público sanitario una defectuosa asistencia sanitaria en un doble sentido: la rotura del tendón rotuliano en un implante de PTR resulta desproporcionada, de modo que, a falta de prueba en contrario, se da por probado que el acto médico se llevó a cabo con mala *praxis*, así como que el documento de Consentimiento Informado obrante en el expediente no cumple con las formalidades mínimas exigidas por la Ley 41/2002 (no se relaciona expresamente como riesgo típico), por lo que la paciente no consintió libremente someterse a la intervención, ni asumió el riesgo.

Frente a dicha postura, la propuesta elevada sostiene que la parte reclamante no ha acreditado la concurrencia de las circunstancias exigidas para la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, habiendo probado la Administración sanitaria que la rotura parcial del tendón rotuliano constituye una complicación de la intervención que se ha materializado, pese a la correcta *praxis* médica.

Respecto al Consentimiento Informado, el órgano instructor si bien reconoce que el documento en sí no ofrece una información completa al formularse de una forma genérica que no enumera los riesgos típicos, ello no implica ausencia de información si por otros medios se puede probar que se dió a la paciente la necesaria, considerando finalmente, a la vista de la relación médico paciente, que el consentimiento prestado por la interesada no está viciado por falta de información previa.

## 2. Examen de las concretas actuaciones sanitarias a las que se imputa el daño.

La paciente, de 76 años de edad, con antecedentes de intervención de osteotomía hacía 13 años, estaba diagnosticada desde hacía más de 20 años de gonartrosis izquierda.

Fue examinada por el Dr. x en consultas externas del Hospital Virgen de la Arrixaca (Servicio de Traumatología), donde se le practican los controles radiológicos, comprobándose la artrosis femoro patelar y femoro tibial de Grado IV de ambas rodillas, por lo que se le prescribió la colocación de una prótesis total de rodilla izquierda, que era la que más le dolía según la paciente, y más tarde se le realizaría la prótesis total de la rodilla derecha (folio 121).

La artroplastia total de rodilla está indicada para la mejoría del dolor, recuperar la función y mejorar la calidad de los pacientes con gonartrosis tricompartmental (folio 276). Por tanto, como sostienen los peritos de la aseguradora *“la enferma entendemos que se operó por una necesidad de salud, en un proceso que es invalidante progresivo y doloroso”*.

Programada la intervención a la paciente, se le realiza el preoperatorio, como reconoce la parte reclamante (informe preanestésico en el folio 70), siendo ingresada en el Hospital de Molina donde se le coloca por el facultativo del Hospital Virgen de la Arrixaca una prótesis total de rodilla izquierda el 29 de abril de 2005, siendo dada de alta el 4 de mayo siguiente. Consta un documento de Consentimiento Informado genérico, suscrito por la paciente el día 28 anterior, en el que asume la intervención a practicar y los riesgos y consecuencias que pudiera ocasionar, si bien no se contiene una relación de tales riesgos. De otra parte, la firma estampada de la paciente en dicho documento no ha sido cuestionada por su representante en el procedimiento.

Sobre el desarrollo de la intervención, se disponen de las anotaciones en la historia clínica al día siguiente, en la que se expresa que el control radiológico es correcto, buen estado general, y que se comienza a sentar la paciente (folio 74). Sobre la intervención practicada, la Inspección Médica señala que transcurrió con normalidad y fue indicado tratamiento rehabilitador que inició en un tiempo correcto (folio 281). Los peritos de la compañía aseguradora también afirman que la evolución postoperatoria fue normal y remitida al Servicio de Rehabilitación donde comenzó fisioterapia, con buenos resultados iniciales (folio 134). No aporta ninguna opinión técnica la parte reclamante sobre el desarrollo de dicha intervención.

Una vez iniciado el tratamiento rehabilitador, sufrió una complicación, explicando el facultativo lo siguiente (folios 121 y ss): *“la paciente es enviada a rehabilitación, donde se le practica una ECO de rodilla izquierda con fecha 13/7/05 que me envían “informada de una rotura completa del tendón rotuliano”, poniéndome inmediatamente a hacer el ingreso a través del servicio de urgencias de traumatología, para enviar inmediatamente a la paciente al Hospital de Molina y poder revisar al día siguiente quirúrgicamente el tendón rotuliano (...) vuelvo a informar a la familia de que vamos a revisar el tendón rotuliano, estando conforme tanto la paciente como los dos hijos, procediéndose a la firma del consentimiento informado en la Clínica de Molina de Segura.*

*En dicho acto operatorio y estando la paciente bajo los efectos de la raquianestesia se procede a la revisión de la prótesis total de rodilla donde se comprueba la rotura parcial mínima del tendón rotuliano de la rodilla izquierda, procediéndose a la reparación del mismo con dos puntos de sutura, siendo dada de alta el día 15/07/05, también se volvió a informar a los hijos de los hallazgos quirúrgicos y la reparación de la lesión y enviándose a las oportunas revisiones a las consultas externas de la Ciudad Sanitaria Virgen de la Arrixaca.*

*La paciente fue revisada en varias ocasiones en las consultas externas, comprobándose durante la exploración, delante del hijo, que tenía movilidad en la flexo-extensión de la rodilla izquierda, dicha movilidad no era completa y por eso volví a mandarla a rehabilitación, no volviendo a saber nada más de ella desde el día 21/9/05”.*

En el historial se comprueba la reacción inmediata del cirujano, tras comprobar los resultados de la ecografía del día 13 de julio, ingresando a la paciente a través del Servicio de Urgencias de Traumatología, para derivarla al Hospital de Molina (quedando ingresada al día siguiente) para revisar quirúrgicamente el tendón rotuliano, lo que presupone una previa explicación de esta actuación sanitaria a la familia (folios 89 y ss. y 122), que confirmaría lo señalado a este respecto por el cirujano.

### 3. Sobre el daño desproporcionado.

La parte reclamante atribuye el calificativo de defectuosa asistencia sanitaria a la expresada en el anterior apartado, en tanto el daño alegado resulta desproporcionado. La expresa calificación del daño sufrido como desproporcionado exige efectuar una consideración al respecto.

Los perfiles de esta doctrina de origen jurisprudencial y las circunstancias o requisitos que han de darse en orden a su aplicación, han sido descritos en sentencias y dictámenes. Así, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo según la cual *“el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del mismo, (...) si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que se pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación”* (STS 30 de enero de 2003).

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha precisado que no cabe aplicar esta doctrina cuando el daño constituye la materialización de una complicación o riesgo típico de la intervención o asistencia sanitaria prestada (SAN de 5 de abril de 2006). En la misma línea, el Consejo de Estado (Dictamen 1743/1999) excluye la aplicación de esta doctrina cuando el daño responde a un riesgo típico de la intervención y la causa se sitúa fuera del ámbito o esfera de control del actuante.

En el supuesto sometido a consulta, si bien existe un daño (rotura parcial del tendón rotuliano izquierdo) éste no sería desproporcionado en el sentido técnico-jurídico expuesto, desde el momento en que la reclamante no ha acreditado que se den las circunstancias exigidas por la jurisprudencia para la aplicación de la doctrina descrita. Así, no se prueba que la complicación que se materializó en la generación del daño tuviera la consideración de hecho excepcional, en tanto la Inspección Médica señala que *“la existencia de una rotura del tendón rotuliano durante o tras la cirugía protésica de la rodilla (éste es el caso) es una complicación descrita en todas las referencias bibliográficas consultadas, sin que conlleve mala praxis. Su frecuencia de aparición oscila entre el 0,17 y 5,5 %, aumentando su incidencia en casos de cirugía previa tipo osteotomía como es este caso. También que se trata de una complicación que aunque no muy frecuente, sí es posible y probable ante una intervención de esta naturaleza, aunque la técnica utilizada se realizara adecuadamente”* (folios 277 y 278).

En consecuencia, no cabe aplicar al supuesto sometido a consulta la doctrina del daño desproporcionado al no reunir todos los requisitos que, para su apreciación, viene exigiendo la jurisprudencia.

**QUINTA.- Sobre el Consentimiento Informado.**

Afirma la parte reclamante que el documento de Consentimiento Informado que obra en la historia clínica del Hospital de Molina no cumple los requisitos exigidos por la Ley 41/2002, es decir, no informa en qué consiste la operación, ni las alternativas terapéuticas, ni los riesgos. Concluye que la paciente no asumió tales riesgos, ni consintió libremente someterse a dicha intervención.

La regulación del derecho de información del paciente se aborda en la Ley 41/2002, ya citada, cuyo artículo 3 define el Consentimiento Informado como *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”*. De conformidad con el artículo 8.1 y 2, antes de someter al paciente a una intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre su salud, será preciso recabar su consentimiento, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4 -como mínimo, finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias-, haya valorado las opciones propias del caso.

El artículo 10, por su parte, precisa el contenido de la información que ha de darse al paciente antes de recabar su consentimiento escrito, calificando como información básica la siguiente: a) las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; y d) las contraindicaciones.

De la lectura del documento de Consentimiento Informado obrante en el historial puede afirmarse que, en efecto, por su carácter genérico no se ajusta a los requisitos formales expresados con anterioridad. Reconocido dicho defecto en la formalización del Consentimiento, ello no implica, como señala la propuesta elevada, ausencia de información si por otros medios se puede probar que se dió a la paciente la necesaria. A este respecto en nuestro Dictamen 191/2006 se indicó:

*“la ausencia del documento o la insuficiencia de su contenido no determinan automáticamente la antijuridicidad del daño, si es factible acreditar por otros medios que se dió la*

*necesaria información al paciente. En tales casos, el medio probatorio por excelencia será la historia clínica. Entendida ésta en los términos del artículo 3 de la Ley 41/2002, constituye el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial, acreditando, por tanto, su contenido el desarrollo de la relación dialogística entre médico y enfermo, de forma que si de ella se deduce un contacto constante, fluido, desprendiéndose que se ha transmitido la información, podrá concluirse que se han cumplido los deberes que incumben al responsable médico del proceso.*

*Si ni tan siquiera en la historia clínica se contienen datos suficientes de los que se desprenda de forma inequívoca que se ha informado al paciente a lo largo de todo el proceso, cabrá incluso admitir otros medios de prueba, tales como la testifical o, incluso, las presunciones. Ahora bien, aunque no se excluya de forma tajante y absoluta la validez de cualquier información que no se presente por escrito, en tal caso, es a la Administración a la que incumbe la carga de la prueba de la información transmitida (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 4 de abril de 2000).”*

*En esta línea, en el Dictamen 26/08 añadíamos que “en relación con esta cuestión la jurisprudencia del Tribunal Supremo es variada. En alguna ocasión el Alto Tribunal ha manifestado que es a la Administración a la que corresponde probar la existencia de información y que la firma por el paciente de un papel-formulario genérico aceptando someterse a una intervención quirúrgica no basta (entre otras, Sentencia de 28 de junio de 1999). Sin embargo, en otras sentencias posteriores ha venido a declarar que “es cierto que la fórmula que figura en el impreso – “una vez informado de los métodos, etc.”- es genérica, pero el contenido específico a que se refiere -su concreción en el caso de que se trata- ha sido implícitamente asumido por el paciente, lo que, jurídicamente, significa que la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado o que ésta es insuficiente, se desplaza al firmante. No puede descargarse toda la responsabilidad de una actuación jurídica -para el caso la explicitación de una autorización para acto médico que debe darse al paciente- sobre los servicios sanitarios. Es el paciente -o, en su caso, el familiar o allegado que lo asiste o sustituye- quien puede y debe solicitar -si lo considera necesario- que se le dé una información más elocuente y que, siempre con la necesaria precisión técnica, se haga constar esa información detallada por escrito” (STS 27 de noviembre de 2000). En esta misma línea argumentativa el Tribunal Supremo, en Sentencias de 4 de abril y 3 de octubre de 2000, manifiesta que no se puede pretender una información excesiva al paciente que dificultaría el propio ejercicio de la función médica; sólo para aquellos casos en los que la información hubiera sido verbal se produce la inversión de la carga de la prueba y compete a la Administración acreditar que el*

*paciente tuvo conocimiento del tipo de intervención que le iba a practicar y de sus posibles consecuencias.*

*Esta doctrina jurisprudencial ha sido asumida por este Consejo Jurídico en Dictámenes 28/2006 y 50/2006, si bien con la matización, en ambos casos, de que la historia clínica mostrara indicios de que se había desarrollado de manera efectiva la relación dialogística entre médico y paciente, lo que ofrece un cierto sustento fáctico a su declaración formal de que se le había dado información acerca de su enfermedad, intervención a practicar o tratamiento a instaurar (...).*

En el supuesto examinado, la primera intervención de 29 de abril de 2005 era programada, siendo realizada por el facultativo que había atendido a la paciente en el Hospital Virgen de la Arrixaca, expresando lo siguiente:

*“Se le informa a la señora de forma verbal, junto con sus hijos, de todos los inconvenientes que pueden surgir en la intervención quirúrgica; posible hemorragia, posibles infecciones, posible tromboflebitis, posible aflojamiento de la prótesis, posible rotura de la arteria poplítea, posible rotura del nervio ciático, posible rotura de ligamentos laterales de la rodilla, posible rotura, del tendón del cuádriceps y también posible rotura del tendón rotuliano que la paciente entendió perfectamente a pesar de su edad al igual lo entendió su hijo que estaba presente. Se hace en las misma consulta la programación para dicha intervención así como el consentimiento informado, que en ese momento está en vigor en el servicio de traumatología de este hospital”.*

De la lectura de los dos informes emitidos por el facultativo que la atendió, el último de los cuales ha sido evacuado a iniciativa propia, se desprende la transmisión de información verbal a la paciente y a sus familiares, con datos atinentes a cuándo se produjo ésta, sin que tales contactos hayan sido expresamente refutados por la parte reclamante, que si bien niega la información escrita, no refuta estas concretas alusiones a la información verbal al paciente y a sus familiares. Cabe destacar a este respecto los siguientes datos sobre la transmisión de dicha información verbal expresados por el facultativo (Antecedente Quinto):

*“La paciente x fue vista en las consultas externas de la ciudad sanitaria Virgen de la Arrixaca, donde se le practica los oportunos controles radiológicos, comprobándose la artrosis femoro patelar y femoro tibial de Grado IV de AMBAS RODILLAS, por lo que se le prescribió la colocación de una prótesis total de rodilla izquierda que manifestaba la paciente que era la que más le dolía y más tarde se haría la prótesis total de la rodilla derecha.*

*Se le informa a la señora de forma verbal, junto con sus hijos, de todos los inconvenientes que pueden surgir en la intervención quirúrgica (...).*

*El día 29/04/05 la paciente ingresa en el Hospital de Molina de Segura donde se le coloca una prótesis total de rodilla izquierda, siendo dada de alta el día 04/05/05, explicándole a la familia y a ella que todo había ido bien y firmando el alta el hijo de x, y citándole para las oportunas revisiones en las consultas externas de la Ciudad Sanitaria Virgen de la Arrixaca.*

*Ya en las consultas externas y después de la retirada de los puntos de sutura, la paciente es enviada a rehabilitación, donde se le practica una ECO de la rodilla izquierda con fecha 13/07/05 que me envían "informada de una rotura completa del tendón rotuliano", poniéndome inmediatamente a hacer el ingreso a través del servicio de urgencias de traumatología, para enviar inmediatamente a la paciente al Hospital de Molina y poder revisar al día siguiente quirúrgicamente el tendón rotuliano.*

*El día 14/07/05, dos meses después de la 1ª intervención, vuelvo a informar a la familia de que vamos a revisar el tendón rotuliano, estando conforme tanto la paciente como los dos hijos, procediéndose a la firma del consentimiento informado en la Clínica de Molina de Segura. En dicho acto operatorio y estando la paciente bajo los efectos de la raquianestesia se procede a la revisión de la prótesis total de rodilla donde se comprueba la rotura parcial mínima del tendón rotuliano de la rodilla izquierda, procediéndose a la reparación del mismo con dos puntos de sutura, siendo dada de alta el día 15/07/05, también se volvió a informar a los hijos de los hallazgos quirúrgicos y la reparación de la lesión y enviándose a las oportunas revisiones a las consultas externas de la Ciudad Sanitaria Virgen de la Arrixaca.*

*La paciente fue revisada en varias ocasiones en las consultas externas, comprobándose durante la exploración, delante del hijo, que tenía movilidad en la flexo-extensión de la rodilla izquierda, dicha movilidad no era completa y por eso volví a mandarla a rehabilitación, no volviendo a saber nada mas de ella desde el día 21/09/05".*

A este respecto, la STS, Sala 3ª, de 20 de diciembre de 2007, tiene en cuenta las declaraciones obrantes en el expediente de uno de los médicos sobre la información transmitida con el siguiente razonamiento:

*"La Sala de instancia tiene por probado que no consta consentimiento escrito para llevar a cabo dicha intervención, pero se remite a las declaraciones obrantes en el expediente en que uno de los médicos dice que explica a la paciente las posibilidades ventajas e inconvenientes de uno y*

*otro modo de tratamiento y que acepta cirugía. De dicha declaración la Sala de instancia tiene por probado que se informó a la paciente, aun cuando de forma verbal, de los riesgos de la operación, y de tal hecho probado, que no ha sido combatido en forma por la actora, debe partir esta Sala, pues probada una información, aun cuando fuera verbal, sobre los riesgos de la intervención quirúrgica”.*

Reitera la parte reclamante que la relación de los riesgos no se plasmó en el documento de Consentimiento Informado, lo cual es cierto, pero también se ha expresado con anterioridad la validez de la información transmitida por otros medios, sin que, de otra parte, resulte creíble con sus antecedentes y con la programación de la intervención, que la paciente no consintiese en la intervención que finalmente se le hizo (y en la posterior para revisar el tendón y proceder a su reparación), como llega a sostener el escrito de reclamación, ni que tampoco fuera informada de sus complicaciones, pues, en tal caso, no se acierta a comprender por qué firmó el documento de Consentimiento Informado y de forma general asumió los riesgos y las complicaciones que se derivaran de la misma. Tampoco concreta la parte reclamante qué otros riesgos de los descritos por el facultativo (folio 121), fueron comunicados verbalmente a la paciente en su día, porque tampoco resulta creíble que ninguno de ellos se trasladara en una intervención programada de estas características, limitándose en este sentido a señalar la parte reclamante que no se le transmitió la posibilidad de complicación de la rotura de tendón rotuliano, si bien ha de tenerse en cuenta el tiempo transcurrido (más de 3 años) desde aquella intervención y desde que se suscribió el documento genérico de Consentimiento Informado.

Si además la información verbal transmitida a la paciente era insuficiente para asumir la intervención quirúrgica, no se entiende por qué la paciente o sus familiares no solicitaron su ampliación, conforme se indicaba en el Dictamen 50/2006, citado por la propuesta elevada:

*"Permite entender que sí se ofreció dicha información a la interesada, sobre todo si, como señala la jurisprudencia, ante la utilización de formularios genéricos, corresponde a la paciente solicitar que se amplíe o precise la información en caso de que se considere insuficiente.., "En este sentido la STS, Sala 3ª, de 27 de noviembre de 2000 indica: "Es cierto que la fórmula que figura, en el impreso (...) es genérica, pero el contenido específico a que se refiere ha sido implícitamente asumido por la paciente, lo que, jurídicamente, significa que la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado o que este es insuficiente, se desplaza al firmante. Ciertamente es también que el impreso utilizado es perfectible, pero nos encontramos en ese punto en que resulta difícil, casi humanamente imposible, mantener en el fiel los platillos de la garantía y de la eficacia.*

*Por todo ello, nuestra Sala entiende que no puede descargarse todo el peso de una actuación jurídica (...) sobre los servicios sanitarios. Es el paciente, o en su caso el familiar o allegado que lo asiste y sustituye, quien puede y debe solicitar si lo considera necesario, que se le dé una información mas elocuente"*

Por tanto, reconocidos defectos en la formalización del documento de Consentimiento Informado, este motivo no es, "per se", y con abstracción de cualquier otra circunstancia, generador de responsabilidad patrimonial, pues si, a pesar de existir defecto de información sobre los riesgos de un determinado tratamiento, éste se aplica correctamente y, además, una persona normal que hubiese sido informada de dichos riesgos hubiera decidido aplicarlo (por ser el razonablemente más conveniente, por las claras y graves consecuencias de no aceptarlo o por otro motivo análogo), y el riesgo se materializa en el daño de que se trate, dicha omisión o defecto de información no desempeña una virtualidad causal en la producción del mismo a efectos de responsabilidad y, por tanto, no debe responderse por dicho daño (Dictamen 44/2007 de este Consejo Jurídico, entre otros).

En el presente caso, no se ha discutido por la parte reclamante que la técnica aplicada no fuera la adecuada, considerando la Inspección Médica que estaba indicado dicho tratamiento a la vista de sus antecedentes (folio 281). Tampoco manifiesta la parte reclamante, siguiendo con la tesis sostenida de falta de asunción de los riesgos (si bien los acepta con carácter general con la firma impresa del documento genérico de Consentimiento Informado), que de haber conocido esta complicación posible, pero infrecuente, se hubiera negado a la intervención, en atención al porcentaje expresado por la Inspección Médica (su frecuencia de aparición oscila entre el 0,17 y 5,5 %), y a sus dolencias preexistentes.

Por último, se cita por la parte reclamante una Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Murcia, de 1 de septiembre de 2008, en la que se estima la demanda interpuesta en un caso "prácticamente idéntico al que nos ocupa", según refiere, si bien ha de señalarse que ello no prejuzga la solución del presente caso, pues ya se ha indicado que la denominada "*lex artis ad hoc*" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, ha de considerarse en el caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, teniendo en cuenta, además, que el referido fallo recoge que ni el médico, ni el perito de la demandada, ofrecen ninguna explicación respecto al resultado de la intervención, ni tampoco prueba el suministro de información, lo que difiere del presente caso por lo señalado con anterioridad.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no haberse acreditado los requisitos necesarios para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 181-2011**

<b>Asunto</b>	Proyecto de Orden por el que se regula la evaluación de directores de centros docentes públicos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	06/09/2011

**Extracto doctrina**

1. En una consideración conjunta de la normativa legal básica y del contenido del Proyecto, estima el Consejo Jurídico que éste constituye un desarrollo reglamentario de aquélla, en la medida en que pretende complementarla para permitir hacer efectivas sus previsiones en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, estableciendo determinaciones reglamentarias exigidas por la propia normativa básica en sus invocaciones expresas a lo que establezca cada Administración educativa, en el sistema propio de bases más desarrollo propio de las competencias compartidas entre el Estado y la Comunidad Autónoma, calificación esta última que conviene a las competencias educativas.

2. Con carácter general, la regulación del estatuto funcional no puede reconducirse al ámbito organizativo interno de las Consejerías, ni siquiera considerando que aquéllos se encuentran unidos a la Administración a la que sirven por una relación de sujeción especial. En consecuencia, este Órgano Consultivo estima que el Consejero que formula la consulta carece de potestad para dictar la norma proyectada, en la medida en que su contenido impide considerarlo como meramente organizativo o doméstico, excediendo de los estrechos límites en que la Ley 6/2004 confina a la potestad reglamentaria de los Consejeros.

3. La definición primaria en el ordenamiento regional de las normas reguladoras de la evaluación de los directores de centros públicos y de su incidencia en el estatus funcional de aquéllos es propia del Decreto, norma que emana del órgano que estatutariamente ostenta la potestad reglamentaria originaria y que, en atención al contenido regulador que abarca (derechos profesionales, retributivos y de carrera de los directores de centros docentes públicos, entre otros aspectos) exige determinadas garantías materiales y formales, garantías que no cumple una Orden.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En febrero de 2011 la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, Formación y Empleo elabora un primer borrador de Orden por la que se regula la evaluación de los directores de los centros docentes públicos en el ámbito de gestión de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

El texto se acompaña de la siguiente documentación:

1. Memoria justificativa, que expone el marco normativo vigente en la materia, conformado por la Orden de la Consejería de Educación y Universidades, de 15 de mayo de 2001, por la que se regula el procedimiento de consolidación parcial del componente singular del complemento específico por el ejercicio del cargo de director de centros docentes públicos no universitarios en el ámbito de gestión de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Orden de la Consejería de Educación y Cultura, de 16 de marzo de 2007, que en su Título I establece el procedimiento para las prórrogas de nombramientos de directores nombrados al amparo de la derogada Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación; y la Resolución de 24 de junio de 2009, de la Dirección General de Recursos Humanos, que dispone la publicación de los criterios de evaluación y baremación que deben regir la prórroga de los nombramientos de directores de centros docentes públicos no universitarios.

Afirma la citada memoria la necesidad de efectuar una revisión de la citada normativa en orden a establecer un procedimiento de evaluación de los directores de los centros públicos no universitarios, adaptado a las previsiones de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) y adecuar los criterios y procedimientos de evaluación.

2. Relación de normas cuya vigencia resulta afectada y que se corresponde con las enumeradas en la memoria citada.

3. Estudio económico de la futura norma, que, sin realizar un análisis cuantitativo de su coste, destaca dos previsiones con incidencia económica:

a) un complemento retributivo para los directores que cesan en el cargo, que no es de nueva creación, sino que fue establecido por la Orden de 15 de mayo de 2001.

b) La existencia de una Comisión calificadora, cuyos componentes devengarán el derecho a la percepción de dietas e indemnizaciones por razón del servicio.

4. Informe sobre impacto por razón de género, según el cual el Proyecto *“no contiene ningún precepto que suponga discriminación entre hombres y mujeres, al ser una Orden que evalúa el desempeño de puestos de trabajo cuya cobertura es en igualdad de sexos”*.

5. Diligencia del titular de la Dirección General promotora del texto, según la cual éste ha sido expuesto en Consejo de Dirección y enviado a la Secretaría General y al resto de Direcciones

Generales de la Consejería, que han remitido sus observaciones. No constan tales observaciones entre la documentación enviada al Consejo Jurídico, salvo las formuladas por el Servicio de Atención a la Diversidad de la Dirección General de Promoción, Ordenación e Innovación Educativa.

**SEGUNDO.-** Solicitado informe a la Inspección de Educación se emite el 16 de marzo de 2011. En él se advierte de la aparente confusión entre la evaluación de la función pública docente y la específica de la función directiva, así como el cambio de modelo en dicha evaluación, perdiendo protagonismo la Inspección Educativa, cuyo informe de evaluación es uno más entre los emitidos por seis o siete órganos, para traspasarlo a una Comisión evaluadora. Formula, no obstante, propuestas concretas de modificación del texto, en relación con las funciones del indicado órgano colegiado y con la calificación o resultado de la evaluación.

Aporta, asimismo, un cuadro comparativo de la regulación del procedimiento evaluador en las Comunidades Autónomas que lo han reglamentado.

**TERCERO.-** El 21 de marzo emite informe el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo. Insiste en la necesaria distinción entre evaluación de la función directiva, a los únicos efectos de renovación del mandato de los directores y de la percepción de una parte del complemento retributivo, lo que determina que su calificación haya de ser apto/no apto, de la evaluación de la función pública docente, mérito alegable en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo y para la carrera educativa y que, por ello mismo exige una calificación numérica. Considera que la primera de las evaluaciones sí podría ser llevada a efecto por la Comisión *ad hoc* que se crea en el Proyecto, mientras que la segunda debería seguir siendo efectuada por la Inspección Educativa.

Advierte de la necesidad de someter el Proyecto a trámite de audiencia y acerca de la insuficiencia de la memoria de oportunidad y del estudio económico.

Del mismo modo, justifica el rango normativo de la futura Orden, al considerar que afecta al ámbito organizativo interno de la Consejería de Educación, calificando de preceptivo, no obstante, al presente Dictamen, en tanto que el Proyecto procede al desarrollo legislativo de los artículos 136.3 y 139.4 LOE.

**CUARTO.-** Como consecuencia de las observaciones formuladas por el Servicio Jurídico, se emite una nueva memoria justificativa, en la que se procede a valorar aquéllas, motivando la no asunción de algunas de ellas. En cuanto al procedimiento de elaboración, se afirma que cabe

prescindir del trámite de audiencia ya que las asociaciones de directores participaron en el proceso de elaboración de la Orden mediante las consultas realizadas por la Dirección General de Recursos Humanos, consultas que también se hicieron extensivas a las organizaciones sindicales. A este respecto, constan en el expediente copia de sendos correos electrónicos, cuya recepción no está acreditada, que tienen por destinatarios a algunas de las organizaciones sindicales y la dirección de un centro de educación secundaria y de un colegio de educación infantil y primaria, obrando entre la documentación remitida las observaciones formuladas por sólo uno de los destinatarios.

También se elabora un nuevo estudio económico.

**QUINTO.-** Redactado un nuevo texto, el definitivo, con las observaciones formuladas por el Servicio Jurídico, se solicita de éste un informe complementario que sanciona el procedimiento de elaboración reglamentaria seguido y justifica el rango normativo de la futura Orden, sobre la base de considerar que al ser el objeto de la regulación una relación de sujeción especial como la de los directores con la Administración educativa, tiene cabida dentro de los límites de la potestad reglamentaria de los Consejeros. Asimismo, afirma la preceptividad de este Dictamen, al calificar el Proyecto como desarrollo legislativo de la LOE.

**SEXTO.-** El 28 de abril la Vicesecretaría emite su preceptivo informe, en sentido favorable a la tramitación del Proyecto como Orden.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 29 de abril de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

La consulta se formula por el Consejero de Educación, Empleo y Formación como preceptiva, al amparo de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, que califica este Dictamen como preceptivo en relación a los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado.

La determinación de si el Proyecto constituye o no desarrollo legislativo de legislación básica estatal no es pacífica en el expediente, pues difieren en tal apreciación el Servicio Jurídico de la Consejería y la Dirección General promotora de la futura norma.

La propia parte expositiva del Proyecto sometido a consulta toma como referente normativo que sustenta la nueva regulación dos preceptos de la LOE, a saber, los artículos 136.3 y 139.4.

De conformidad con el primero de los citados, el nombramiento de los directores podrá renovarse, por períodos (puede limitarse su número por las Administraciones educativas) de cuatro años, previa evaluación positiva del trabajo desarrollado al final de los mismos. Los criterios y procedimientos de esta evaluación serán públicos.

El artículo 139.4 LOE dispone que los directores de los centros públicos que hayan ejercido su cargo con valoración positiva durante el período de tiempo que cada Administración educativa determine, mantendrán, mientras permanezcan en situación de activo, la percepción de una parte del complemento retributivo correspondiente en la proporción, condiciones y requisitos que determinen las Administraciones Educativas.

A los anteriores debe añadirse, aunque nada diga al respecto el Proyecto, lo establecido en el artículo 139.3 LOE, en cuya virtud, los directores serán evaluados al final de su mandato, de tal forma que quienes obtengan evaluación positiva serán reconocidos personal y profesionalmente en los términos que establezcan las Administraciones educativas.

El Proyecto, por su parte, tiene por objeto declarado (artículo 1) establecer el procedimiento para la evaluación de los directores de los centros públicos que imparten las enseñanzas reguladas en la LOE, salvo las universitarias, que cumplan un mandato completo en el ejercicio de la dirección, y ello a efectos de posibilitar, en caso de evaluación positiva, renovar su nombramiento como directores, participar en el concurso de selección de directores si ya han superado el número máximo de renovaciones posible (dos mandatos), o consolidar el complemento específico por el ejercicio del cargo (art. 3 del Proyecto). Además, se fijan criterios e indicadores para la evaluación (Anexos I a IV), se regula el órgano colegiado especializado que ha de llevarla a efecto e, incluso, se establece el modelo de credencial acreditativa del resultado de la evaluación.

En una consideración conjunta de la normativa legal básica y del contenido del Proyecto, estima el Consejo Jurídico que éste constituye un desarrollo reglamentario de aquélla, en la medida en que pretende complementarla para permitir hacer efectivas sus previsiones en el ámbito de la

Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, estableciendo determinaciones reglamentarias exigidas por la propia normativa básica en sus invocaciones expresas a lo que establezca cada Administración educativa, en el sistema propio de bases más desarrollo propio de las competencias compartidas entre el Estado y la Comunidad Autónoma, calificación esta última que conviene a las competencias educativas.

Frente a esta apreciación no cabe oponer, como pretende la Dirección General promotora del Proyecto que éste no es sino una modificación del Título I de la Orden de 16 de marzo de 2007, que en su día no se consideró necesario someter a consulta del Consejo Jurídico. En primer lugar, porque el objeto del Proyecto excede de la regulación de la evaluación a efectos de prórroga de nombramiento de directores que en la referida Orden se establece y, en segundo lugar, porque ésta debió en su momento ser objeto de Dictamen preceptivo de este Órgano Consultivo, toda vez que no se limita a convocar el concurso de méritos para seleccionar a los directores, sino que viene a reglamentar el sistema para su selección y nombramiento, en desarrollo de las previsiones contenidas en los artículos 133 y siguientes de la LOE. Desarrollo normativo que en otras Comunidades Autónomas ha llevado a dictar un Decreto que regule de forma omnicompreensiva la selección, nombramiento, cese, evaluación y reconocimiento de la función directiva. Así, a modo de ejemplo, el Decreto andaluz 59/2007, de 6 de marzo; el castellano manchego 25/2007, de 3 de abril; o el cántabro 5/2008, de 10 de enero, todos los cuales fueron sometidos a consulta de los respectivos órganos consultivos, en cuyos dictámenes se afirmó su carácter preceptivo en tanto que desarrollo normativo de las previsiones básicas de la Ley Orgánica de Educación.

Corolario de lo expuesto es que este Dictamen se emite con carácter preceptivo.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento de elaboración.**

Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, si bien han de advertirse las siguientes carencias:

a) Se incumple la obligación que concierne al centro directivo, en cuanto asume la iniciativa reglamentaria, de acompañar el anteproyecto de una motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas, pues no cabe entender satisfecha tal exigencia con la memoria justificativa obrante en el expediente.

b) Se afirma por la Dirección General promotora del Proyecto que se le ha dado una amplia difusión entre las asociaciones de directores de educación primaria y secundaria, que habrían participado en el procedimiento de elaboración de la futura Orden mediante las consultas efectuadas a los mismos por la Dirección General, si bien no consta en el expediente que así se hiciera. Tampoco se justifica allí por qué no se oyó en el procedimiento de elaboración reglamentaria a las Comisiones Regionales de Directores de Escuelas de Educación Infantil y Colegios de Educación Primaria (creada por Orden de 22 de enero de 2002, de la entonces Consejería de Educación y Cultura) y de Institutos de Educación Secundaria (creada por Orden de la misma Consejería, de 20 de abril de 2001).

c) No se ha acompañado la consulta del extracto de secretaría exigido por el artículo 46.2, letra b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

d) No consta que se haya sometido el Proyecto de Orden a la preceptiva negociación colectiva. En efecto, dispone el artículo 37 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que serán objeto de negociación las siguientes materias:

- art. 37.1, letra b), *“la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios”*. El artículo 9 del Proyecto establece normas que inciden en tal materia cuando atribuye a la Comisión evaluadora la tramitación y determinación del porcentaje de consolidación del componente singular del complemento específico que corresponda a los directores evaluados y la posibilidad de apreciar circunstancias excepcionales que permitan otorgar la consolidación del complemento aunque no se haya completado el período de mandato; fija la cuantía del complemento retributivo e incluso su incompatibilidad con la percepción del componente singular del complemento específico por la titularidad de órganos unipersonales de gobierno.

- art. 37.1, letra c), *“las normas que fijan los criterios generales en materia de...carrera, provisión,...”*. De conformidad con el artículo 2.2 del Proyecto, los directores que no obtengan una evaluación positiva no podrán solicitar su participación en concursos de méritos para ser director durante un período de cuatro años, límite éste que incide de forma negativa en la carrera de los funcionarios docentes.

- art. 37.1, letra d), *“las normas que fijan los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño”*. La evaluación del desempeño, según el artículo 20 EBEP, consiste en el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el

logro de resultados, y es susceptible de producir efectos sobre la carrera profesional, la provisión de puestos y la percepción de determinados complementos retributivos. Aunque su referente en el ámbito educativo ha de ser singularmente la evaluación de la función pública docente, no pueden dejar de advertirse las evidentes similitudes existentes entre la evaluación del desempeño regulada en el EBEP y la evaluación de la función directiva regulada en el Proyecto, cuyos resultados inciden en la posibilidad de los directores de renovar su mandato, presentarse a nuevos procedimientos selectivos para tal cargo y consolidar parcialmente un determinado complemento retributivo.

Siendo preceptiva la negociación colectiva, ésta no puede ser sustituida por la mera consulta a las organizaciones sindicales, pues tal negociación no se atribuye en el ámbito funcional de modo directo a los sindicatos, en los mismos términos en que se concede en el laboral a los sindicatos de trabajadores, sino que se deposita en órganos estables de creación legal, como son las mesas de negociación. La Ley, en suma, no deja la configuración de la negociación colectiva a la plena libertad de los sindicatos y de las Administraciones públicas concernidas, sino que establece por sí misma los órganos de negociación, el objeto de ésta y las líneas generales del procedimiento, por lo que, para que pueda considerarse efectuada la preceptiva negociación colectiva, ésta habrá de adecuarse a lo establecido en el ordenamiento.

Por otra parte, y como señala la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia, en sentencia de 31 de marzo de 2011, que recuerda la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de mayo de 2006, *“la necesidad de negociar u oír en consulta a las organizaciones sindicales en torno a las materias que recoge el artículo 32 de la Ley 9/87 (precedente inmediato del artículo 37 EBEP) no ha de ser confundida con la necesidad de que se oiga a determinadas asociaciones de carácter obligatorio en el curso de la elaboración de cualesquiera normas reglamentarias (artículo 24 de la Ley del Gobierno 50/97)”*. Por ello, las intervenciones de las organizaciones sindicales al margen de la mesa de negociación en el procedimiento de elaboración reglamentaria, aun cuando participaran activamente en el mismo mediante los informes o consultas a que se refiere el artículo 53.3,d) de la Ley 6/2004, son insuficientes a efectos de considerar cumplido el trámite preceptivo de la negociación colectiva.

### **TERCERA.- El rango de la norma y la potestad reglamentaria de los Consejeros.**

El Proyecto que se somete a consulta del Consejo Jurídico lo es de una Orden del Departamento competente en materia de educación, lo que exige determinar en qué medida ese rango normativo es adecuado en atención a la finalidad, objeto y contenido del futuro reglamento, pues, como es sabido, la potestad reglamentaria originaria reside de manera ordinaria en el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, pudiendo hacer ejercicio de la misma los

Consejeros sólo con carácter derivado, mediante una habilitación expresa y específica por norma de rango legal. Careciendo de dicho apoderamiento, no obstante, también pueden dictar reglamentos, pero únicamente circunscritos de forma estricta al ámbito organizativo interno o doméstico de sus respectivos Departamentos (artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004).

#### 1. La potestad reglamentaria de los Consejeros.

Diversos informes obrantes en el expediente sostienen que el Consejero de Educación, Formación y Empleo ostenta competencia para el dictado de la norma, pues el Proyecto se inserta en la categoría de los reglamentos organizativos, al tener por objeto la regulación de una relación de sujeción especial como la de los funcionarios directores de centros docentes públicos no universitarios. Tales informes acuden a la doctrina sentada por este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (con cita expresa del número 176/2008) que sostienen la posibilidad de considerar como reglamento organizativo aquel que regula una relación de sujeción especial. No obstante, se advierte que nuestra doctrina es acogida sólo de forma parcial y sesgada, olvidando que en el mismo Dictamen se rechaza que la regulación de los funcionarios públicos pueda ser realizada de forma ordinaria por Orden de la Consejería correspondiente, sobre la base de considerar la relación de éstos con la Consejería de la que dependen como una relación de sujeción especial de la intensidad necesaria como para poder considerar su regulación como un reglamento organizativo.

En el Dictamen citado se recuerda la existencia de diversos grados de intensidad entre las relaciones de sujeción especial, y se insiste en que la redacción del artículo 52.1 de la Ley 6/2004 únicamente podría amparar la regulación de las relaciones de sujeción especial por los Consejeros si se acoge la acepción más estricta de aquéllas, es decir, la que, por su intensidad y duración, supone la efectiva integración de los sujetos afectados en la organización administrativa misma, constituyendo relaciones de superioridad y dependencia, que comportan un tratamiento especial de la libertad, de los derechos fundamentales así como de sus instituciones de garantía y que es necesario regular para garantizar la eficacia y el adecuado funcionamiento de la Administración.

Para alcanzar tal conclusión se parte de la doctrina del Tribunal Supremo (STS, 3ª, de 20 de mayo de 1996) que sostiene que, en términos generales, en las relaciones especiales de sujeción existe un acto, expresión de la voluntad del particular, en virtud del cual se somete a una reglamentación específica, en la que se establecen unos poderes o más bien unas potestades concretas cuyo ejercicio debe soportar aquel sujeto. Se contraponen tales relaciones a una situación abstracta y genérica de poder y otra igualmente general de deber, que es en definitiva la propia de la relación general de sujeción que se da entre los poderes públicos y el común de los ciudadanos. Partiendo de dicho concepto, el Alto Tribunal, expone, de forma ejemplificativa, los

supuestos que pueden calificarse como relaciones especiales de sujeción, citando los siguientes: la adquisición de un status (de escolar sometido a la disciplina de un centro académico, de recluso en un centro penitenciario, o de funcionario -si bien la STS, Sala Tercera, de 1 de julio de 1997, precisa que sólo respecto de “*determinadas manifestaciones del régimen funcionarial*”-); también “*posiblemente*” la colegiación en una organización profesional, dándose entonces un acto de admisión en el colectivo profesional correspondiente, acto de la autoridad colegial en virtud del cual se atribuye el status al particular quedando éste obligado al cumplimiento de la normativa aplicable al colectivo; la inclusión en grupos de número reducido a los que se aplica una normativa específica, de lo que pueden encontrarse ejemplos en las inscripciones en Registros administrativos de carácter constitutivo; y la convivencia inmediata bajo una autoridad determinada en un centro específico (hogares de la tercera edad).

En estos supuestos, la inmediación entre quien ejerce las potestades y quien se encuentra sujeto a ellas de modo especial o específico no es la misma, variando en intensidad, siendo mayor en los casos en que se produce una convivencia inmediata de los sujetos bajo una autoridad común en un determinado centro (reclusos, internos en instituciones públicas sanitarias o sociales, etc.), y menor en los supuestos en que la especialidad de la relación consiste en la aplicación de un régimen jurídico específico, del cual no se deriva la efectiva integración en la organización administrativa, sino tan sólo una especial vinculación a la Administración, traducida en derechos, deberes y obligaciones exorbitantes respecto de los del general de la ciudadanía, pero sin afectar al tratamiento de la libertad, los derechos fundamentales y de sus instituciones de garantía, aplicables a los sujetos pasivos de la relación.

Pues bien, de conformidad con lo dicho *ut supra*, la regulación que de la potestad reglamentaria del Consejero incorpora la Ley 6/2004, referida de forma originaria sólo al ámbito organizativo de su Departamento, determina que únicamente pueda extenderse a la regulación de las relaciones especiales de sujeción más intensas, es decir, aquellas en las que se da el máximo grado posible de inmediación entre los sujetos, pues sólo en ellas se produce una verdadera integración del particular en la organización administrativa.

En lo tocante al régimen de los funcionarios públicos, y dado que en el expediente se sostiene que el carácter de relación de sujeción especial predicable de la condición de empleado público permite regular su régimen por la futura Orden, que no perdería por ello su carácter meramente organizativo y doméstico -consideración que llevada a su extremo determinaría que toda la normativa regional de desarrollo de la legislación básica funcionarial pudiera realizarse mediante Orden de las correspondientes Consejerías-, debe advertirse que, con carácter general, la regulación del estatuto funcionarial no puede reconducirse al ámbito organizativo interno de las

Consejerías, ni siquiera considerando que aquéllos se encuentran unidos a la Administración a la que sirven por una relación de sujeción especial.

Así lo ha señalado también el Tribunal Supremo (por todas, sentencias de su Sala Tercera, de 19 de julio de 2007 y 10 de noviembre de 2008), partiendo de la reserva legal en la materia funcionarial establecida por el artículo 103.3 de la Constitución. Recuerda que, aunque esta reserva no impide la contribución o colaboración del reglamento en la fijación del régimen jurídico de los servidores públicos (STC 99/1987, de 11 de junio, entre otras) de modo que las disposiciones del Gobierno pueden, cuando así lo requiera la Ley, *“colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada”*, también insiste en que *“la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí ignorando o sustituyendo a la disciplina legislativa”*. En consecuencia, cabe que la regulación legal sobre el estatuto de la función pública se desarrolle y complemente con disposiciones de rango reglamentario, y no sólo en la esfera del ordenamiento estatal sino también en la de las Comunidades Autónomas. Ahora bien, tales normas, lejos de tener un contenido meramente autoorganizativo, *“vienen a innovar el estatuto funcionarial, lo que ciertamente sobrepasa el limitado ámbito de la potestad reglamentaria que cabe reconocer a los Consejeros autonómicos”* (STS, 3ª, de 19 de julio de 2007). Y es que *“una cosa es admitir la existencia de la potestad reglamentaria de los Consejeros en la organización de cada Consejería y otra distinta que, a través del ejercicio de dicha potestad, se pueda afectar a la reserva legal que corresponde al estatuto funcionarial”* (STS, 3ª. De 10 de noviembre de 2008).

Así, puede afirmarse que para introducir innovaciones reglamentarias en el estatuto funcionarial que afecten a los derechos y deberes de los funcionarios (entre ellos se encuentran los retributivos), a la provisión y a la carrera profesional (extremos todos ellos integrantes del concepto de bases del indicado régimen conforme a la STC 37/2002, de 14 de febrero), sólo podrá hacerse mediante reglamentos ejecutivos o de desarrollo de las leyes que tienen reservado el establecimiento de dicho régimen funcionarial, lo que *a priori* excluye del ámbito del reglamento organizativo o doméstico tal regulación, pues éste entraría dentro de la caracterización de reglamento independiente o *extra legem*, es decir, el que sin una expresa habilitación legal previa regula una determinada materia. En este sentido, la STS de 29 de abril 2010, tras exponer las características de los reglamentos ejecutivos (los dictados como ejecución o consecuencia de una norma de rango legal que innova el ordenamiento jurídico pero de forma acotada por la Ley habilitante, la cual sienta los criterios, principios o elementos esenciales de la regulación pormenorizada que posteriormente ha de establecer el reglamento en colaboración con la Ley), excluye de dicha calificación a los reglamentos independientes que, *extra legem*, establecen normas organizativas en el ámbito interno o doméstico de la propia Administración.

En consecuencia, este Órgano Consultivo estima que el Consejero que formula la consulta carece de potestad para dictar la norma proyectada, en la medida en que su contenido impide considerarlo como meramente organizativo o doméstico, excediendo de los estrechos límites en que la Ley 6/2004 confina a la potestad reglamentaria de los Consejeros.

2. El rango más adecuado a la posición de la futura norma en el ordenamiento y a su finalidad y contenido es el de Decreto.

Como se ha dicho, el Proyecto sometido a Dictamen supone el desarrollo normativo de preceptos básicos contenidos en la LOE. De este modo, la norma consultada será la primera manifestación de las opciones políticas regionales en materia de evaluación de directores de centros docentes y de reconocimiento de la función directiva, prescindiendo del escalón normativo ordinario en el desarrollo reglamentario, cual es el Decreto de Consejo de Gobierno.

Considera el Consejo Jurídico que, al margen de la imposibilidad, por las razones expuestas más arriba, de acudir a la Orden para regular materias como las contenidas en el Proyecto, la definición primaria en el ordenamiento regional de las normas reguladoras de la evaluación de los directores de centros públicos y de su incidencia en el estatus funcional de aquéllos es propia del Decreto, norma que emana del órgano que estatutariamente ostenta la potestad reglamentaria originaria y que, en atención al contenido regulador que abarca (derechos profesionales, retributivos y de carrera de los directores de centros docentes públicos, entre otros aspectos) exige determinadas garantías materiales y formales, garantías que no cumple una Orden, cuya tramitación, a diferencia de la del Decreto, no exige la participación de ciertos órganos consultivos, como el Consejo Escolar de la Región de Murcia (art. 14.1, letra c, de la Ley 6/1998, de 30 de noviembre, de Consejos Escolares de la Región de Murcia) o el Consejo Regional de la Función Pública (art. 13.2, letra b, del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero), ni jurídicos como la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma (art. 7.1, letra f, de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia).

#### **CUARTA.- Una sugerencia de *lege ferenda*.**

Comoquiera que de las consideraciones efectuadas se desprende la necesidad de tramitar el Proyecto como Decreto, estima el Consejo Jurídico que sería adecuado refundir en ese futuro reglamento, al modo de lo efectuado por otras Comunidades Autónomas, todas las previsiones relativas a la Dirección de los centros docentes públicos, como desarrollo del Título V, Capítulo IV

de la LOE, integrando en la futura norma no sólo las previsiones relativas a la evaluación de los directores y al reconocimiento de la función directiva, sino también aquellas que se refieren a la selección, el nombramiento y la prórroga de éste (hoy contenidas en la Orden de la Consejería de Educación y Cultura, de 16 de marzo de 2007 por la que se establece el procedimiento para la prórroga de los nombramientos de directores, y se regula y convoca concurso de méritos para la selección y nombramiento de directores de centros docentes públicos en el ámbito de gestión de esta Comunidad Autónoma) y el cese de los directores, permitiendo el desarrollo reglamentario general de unas materias íntimamente relacionadas entre sí y evitando de esta forma una injustificada dispersión normativa y sus perniciosas consecuencias.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina desfavorablemente el Proyecto de Orden sometido a consulta en atención a los razonamientos que sobre el rango de la norma y la potestad reglamentaria del Consejero de Educación, Formación y Empleo se realizan en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**SEGUNDA.**- De tramitarse el texto sometido a consulta como Proyecto de Decreto, además de cumplimentarse los trámites propios de dicho rango normativo, habrán de subsanarse las omisiones advertidas en la Consideración Segunda de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 182-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	06/09/2011

**Extracto de doctrina**

Sólo si se produce una infracción de la “lex artis” responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 23 de enero de 2009, x presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS). En síntesis, en el mismo expresa que en octubre de 2006 comenzó a sufrir parestesias en el hemicuerpo izquierdo, resultando, tras las pruebas realizadas, que había sufrido un ictus lacunar izquierdo con hemiparesia leve residual, causando por ello baja laboral el 16 de dicho mes y año. Como consecuencia de dicha patología sufrió alteraciones en la conducción sensitivo-motora a través de la muñeca izquierda, compatible con atrapamiento de nervio en canal del carpo, de grado moderado a severo, así como mínimas alteraciones en la conducción mixta a través del codo izquierdo, compatible con atrapamiento del nervio en dicho codo, de grado muy leve.

Sigue diciendo que el 18 de enero de 2007 se la intervino en el hospital “Los Arcos”, de Santiago de La Ribera, del atrapamiento moderado del nervio mediano en el canal carpiano en mano izquierda (síndrome de túnel carpiano –STC-), realizándosele una retinaculotomía, siendo dada de alta dicho día. En consulta de revisión de 2 de marzo de 2007 se advierte una “*hipoestesia en 2º dedo*”, consignando el facultativo el “*mal resultado*” de la intervención. En consulta de 5 de abril siguiente se comprobó que seguía con la mencionada hipoestesia y que “*el primer dedo (pulgar) estaba en resorte*”.

El 11 de octubre de 2007 fue intervenida en dicho hospital del pulgar en resorte de la mano izquierda, practicándosele tenolisis de flexor pulgar. El 27 de febrero de 2008 se realizó pruebas que manifestaron la existencia de túnel carpiano derecho de grado leve-moderado y túnel carpiano

izquierdo de grado leve. El 11 de marzo de 2008 fue valorada en el citado hospital, apreciándose pulgar izquierdo en posición de oposición, con flexión completa de la metacarpo falangita con retracción del aparato tegumentario, con brida dura en región de comisura, con disestesias en región de cubital del pulgar, presentando una mínima actividad (2/5) del flexor largo del pulgar y extensor largo, con imposibilidad de realizar pinza con dicho pulgar, proponiéndosele entonces varias intervenciones quirúrgicas para mejorar la funcionalidad de la mano; en reunión con los especialistas de traumatología del hospital celebrada el 16 de mayo siguiente, ante el hecho de que se le informara de que no había garantías de éxito con las intervenciones sugeridas y que con la colocación de un fijador externo en la mano no mejoraría significativamente la situación del pulgar y, a cambio, le inmovilizaría aquella durante un tiempo (teniendo a su cuidado un hijo de un año), decidió no someterse a dichas intervenciones.

De lo anterior extrae la reclamante la negligencia profesional de los servicios médicos del hospital, padecida, según afirma, con ocasión de la realización de la primera intervención, realizada el 18 de enero de 2007, pues en aquel momento tenía en perfecto estado los dos primeros dedos de la mano izquierda, resultando tras la misma una hipoestesia del 2º dedo, y una secuela de pulgar en resorte sin posibilidad de recuperación.

Considera indemnizable un periodo de 498 días de baja (desde el 18 de enero de 2007 al 28 de mayo de 2008) y la referida secuela del pulgar izquierdo (que valora en 30 puntos, incluido perjuicio estético medio, según el baremo aplicable en materia de accidentes de circulación), añadiendo a ello un factor de corrección del 60% de la cantidad resultante, por tratarse de una secuela que le impide totalmente su actividad habitual (peón agrícola), solicitando una cantidad total de 115.787,10 euros.

A su escrito acompaña copia de informes correspondientes a diversas pruebas realizadas (resonancia magnética y electromiografía), informe de alta del referido hospital de 18/1/07 y de las consultas de 2/3 y 5/4 de 2007 y de 11/3 y 16/5 de 2008, así como resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social declaratoria de su situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, y el previo dictamen-propuesta médica de 14 de abril de 2008 que reconoce diversas limitaciones orgánicas y funcionales de la interesada (entre ellas, la relativa al primer dedo izquierdo en resorte, con imposibilidad de realizar pinza).

**SEGUNDO.-** El 5 de febrero de 2009 el Director Gerente del SMS dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, que fue notificada a las partes interesadas. En la misma fecha se requirió al hospital “Los Arcos” la historia clínica de la reclamante y los informes de los profesionales que la atendieron.

**TERCERO.-** Mediante oficio de 16 de abril de 2009 dicho centro hospitalario remitió la documentación interesada, destacándose lo siguiente:

- Informe de alta de 17 de mayo de 2007, correspondiente a la asistencia prestada por el ingreso de la reclamante el día anterior, por mareo súbito, adormecimiento en hemicuerpo y hemilengua izquierda y síncope; en dicho informe se consigna, entre otros extremos, una marcada hemiparesia izquierda de predominio braquial, así como el pulgar izquierdo que no moviliza; en dicho informe se concluye con diagnóstico de síncope de perfil neurológico y ACV antiguo de hemisferio derecho con hemiparesia izquierda residual.

- Informe de 26 de marzo de 2009 del Dr. x, facultativo que realizó las dos intervenciones de referencia, en el que expresa lo siguiente:

*“Estudiada en consultas externas por presentar clínica y electromiográficamente atrapamiento del nervio mediano izquierdo, a nivel del canal del carpo, de grado moderado a severo. Atrapamiento de nervio cubital izquierdo a nivel del codo, de grado leve. Diagnosticándose de síndrome del túnel carpiano mano izquierda.*

*Es intervenida el 18/01/2007, practicándosele retinaculotomía del ligamento anular ventral del carpo izquierdo.*

*Estudiada en consultas externas por presentar 1er dedo mano izquierda en resorte, le indican intervención quirúrgica. Con fecha 11/10/2007, bajo anestesia locorreional, le practico tenolisis del tendón flexor largo del pulgar mano izquierda. (...)*

*La afectación del tendón extensor pulgar mano izquierda está inervado por el nervio radial y no por el mediano. Se recomienda intervención, que ella rechaza”.*

- Informe de 6 de abril de 2009 del Dr. x, que refiere:

*“La reviso el 2 de marzo de 2007, observando hipoestesia del segundo dedo, encontrándose según la paciente clínicamente peor. Presenta un mal resultado en principio.*

*La cito a los 2 meses para nueva valoración para ver si recuperación clínica y neurológica, ya que, al principio, debido al fenómeno inflamatorio, tras la cirugía puede persistir. No está*

*indicado solicitar electromiograma, ya que han pasado menos de 3 meses tras cirugía. Se remite a rehabilitación preferente para mejorar la función".*

- Informe de 30 de marzo de 2009 del Dr. x, que señala lo siguiente:

*"Vista en Consulta Externa el 5-4-07. Fue intervenida en el Hospital el 18-1-07, realizándosele retinaculotomía por STC I. El paciente refiere seguir con Hipoestesia en 1º dedo, provocada por una ACV (trombosis) en Octubre de 2006. Destaca en 1er dedo I clínica compatible con una Tenosinovitis estenosante, que limita la flexo-extensión del mismo, con "clic" doloroso y palpación dolorosa en polea A1. Se recomienda tratamiento quirúrgico: tenolisis, aceptando la propuesta e incluyéndose en lista de espera".*

- Informe, sin fecha, del Dr. x, que informa:

*"(...) Se valoró en sesión clínica y se le propuso la posibilidad de efectuar una intervención quirúrgica siendo la situación funcional de la mano izq. en nuestra opinión susceptible de mejoría.*

*Se explicó la técnica quirúrgica, que consta de:*

*Intervención sobre la retracción cutánea, colocación de fijador externo, posibilidad de transposición tendinosa, y también se le explicaron los riesgos quirúrgicos.*

*La paciente no aceptó la intervención quirúrgica"*

**CUARTO.-** Obra en el expediente, presentado por la aseguradora del SMS, dictamen médico de 26 de mayo de 2009, elaborado por diversos especialistas en cirugía de la mano y traumatología, que concluye lo siguiente:

*"1. La paciente presenta un cuadro neurológico que en el momento de realizar este informe no estaba por completo filiado, que podría ser progresivo, y que podría tener influencia en las secuelas quirúrgicas.*

*2. Las parestesias son una frecuente secuela en la cirugía del túnel del carpo, como hemos visto, pueden tener una frecuencia de hasta 17%.*

*3. Los dedos en gatillo se asocian a síndrome del túnel carpiano en una frecuencia alta, de más del 10%, y no son una complicación, sino una patología asociada, latente, que se da con más*

frecuencia en los tres primeros meses tras la intervención.

4. La deformidad que presenta la paciente en el pulgar es una combinación de la falta de movimiento (por dolor u otras circunstancias) y su patología de base (ictus) con una importante pérdida de fuerza que podría dificultarle el movimiento.

5. La actuación de los diferentes servicios médicos queda ajustada a *lex artis*".

**QUINTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 4 de febrero de 2010, del que se destaca lo siguiente:

*"Por tanto, la paciente fue diagnosticada correctamente de Síndrome del Túnel del Carpo, con las técnicas adecuadas, Electromiografía, firmó el Consentimiento Informado para la anestesia y el protocolo quirúrgico que corresponde a dicha patología, se aplicó adecuadamente el protocolo, el postoperatorio y el tratamiento rehabilitador. En la valoración tras un año, había experimentado una mejoría evidente, aunque no estaba libre de sintomatología, algo que está descrito en el Consentimiento Informado que ella misma firmó. La paciente por otro lado continuaba con una cierta hemiparesia e hipoestesia en hemicuerpo izquierdo en modo parcheado que pudo influir en la presentación de síntomas o resultados de la intervención del Síndrome del Túnel Carpiano. Por tanto, la actuación en este primer proceso fue absolutamente correcta y acorde con lo que recomienda la literatura científica y evolución esperados."*

Finalmente, formula las siguientes conclusiones:

*"Las secuelas que presenta x son consecuencia directa de su patología de base (ictus cerebral) y, en su caso, están contempladas en los consentimientos informados que la paciente firmó. En el caso del dedo en resorte, que no se produjo como consecuencia de la intervención anterior, pudo beneficiarse funcionalmente de una segunda intervención, que la paciente rechazó."*

*"Por tanto, no existe una relación causa efecto entre la intervención y las secuelas y tampoco una actuación médica, ni en el diagnóstico y/o tratamiento, que hubiera cambiado el transcurso de los acontecimientos. La actuación en todo momento fue acorde con los protocolos establecidos en la literatura médica y por tanto sometidos a *lex artis* profesional."*

**SEXTO.-** Mediante oficio de 10 de marzo de 2010 se acuerda un trámite de audiencia y vista del expediente para los interesados, presentando la reclamante escrito de alegaciones el 9 de

abril de 2010, en el que, en síntesis, reitera lo expresado en su escrito inicial y solicita la práctica de una prueba pericial por el especialista en traumatología que se designe.

**SÉPTIMO.-** Mediante oficio de 26 de abril de 2010 la instructora contesta a la reclamante que el informe pericial solicitado debe ser aportado por ella y a su costa, a cuyo efecto le otorga un plazo de 30 días.

**OCTAVO.-** Mediante escrito de 11 de junio de 2010 la reclamante aporta informe de un médico “*valorador del daño corporal*” y “*perito de seguros médicos*”, de fecha 8 de junio anterior, del que se destaca lo siguiente:

*"Se establece relación de causalidad entre la intervención quirúrgica de síndrome de túnel carpiano mano izquierda de fecha 18/01/07 y la parálisis del primer dedo anquilosado en adducción.*

*En la intervención quirúrgica comentada se lesionan ramas terminales del nervio mediano de las que nacen a nivel del ligamento anular del carpo y se distribuyen por la parte externa y la cara anterior de los dedos. El primer ramo inerva todos los músculos de la eminencia tenar (área de la base y del dedo pulgar), fundamentalmente músculo abductor corto, oponente y flexor corto del pulgar, no afectando al adductor del pulgar. Es decir, la afectación de este ramo justifica la posición del primer dedo y las secuelas que persisten en la actualidad.*

*La afectación de dichas ramas terminales del nervio mediano izquierdo queda demostrada mediante los informes electromiográficos realizados en distintas fechas, septiembre de 2006 y febrero de 2008.*

*La parestesia residual de hemicuerpo izquierdo anterior a la intervención quirúrgica sobre el síndrome del túnel carpiano izquierdo tiene poca entidad causal en el cuadro que nos ocupa. Los síndromes de afectación de nervio mediano bilaterales y del nervio cubital izquierdo tienen mayor relación con las características y el puesto de trabajo desarrollado por la paciente (trabajo en almacén agrícola).*

*La afectación de nervio periférico no se demuestra hasta la realización de electromiografía de febrero de 2008, posteriormente a la segunda intervención quirúrgica de tenolisis (liberación del tendón de adherencias y atrapamientos locales) del flexor del pulgar. La intervención comentada no resuelve el problema de afectación de nervio periférico, hay una parálisis muscular y por mucho que se libere el tendón no se consigue función. Dada la clínica presentada por la paciente tras la*

*primera intervención se debería haber realizado la electromiografía previa a la tenolisis, lo que hubiera evitado la citada intervención quirúrgica.*

*Por último se propone a la paciente nuevas intervenciones quirúrgicas para tratar la situación funcional de la mano izquierda: plastia de la piel, colocación de fijador externo, posibilidad de transposición tendinosa. No se garantizan resultados funcionales y no se actuará sobre dolor neuropático ni la pérdida de sensibilidad".*

Por todo ello, el informante considera "como secuela derivada de la intervención quirúrgica que nos ocupa" una "parálisis del nervio mediano a nivel de la muñeca" izquierda, codificada en el baremo aplicable en materia de accidentes de circulación con la referencia 71041 ("parálisis nervio mediano muñeca izquierda"), y que es causante, según aquél, de la "parálisis del primer dedo anquilosado en adducción" que sufre la interesada, que valora en 10 puntos, más un perjuicio estético ligero valorado en 5 puntos. Como período de incapacidad temporal señala 273 días impositivos, contados desde la primera intervención (18/1/07) hasta 90 días posteriores a la segunda intervención (realizada el 11/10/07), como período de estabilización. Además, como el informante considera que la pérdida del movimiento de pinza con el dedo pulgar izquierdo incapacita a la interesada para la realización de diversas tareas habituales de su vida diaria, vista la incapacidad declarada a efectos de seguridad social, a todo lo anterior debe aplicarse lo establecido en el citado baremo en casos de incapacidad permanente parcial en grado máximo.

**NOVENO.-** Solicitado informe complementario a la inspección Médica del SMS, fue emitido el 13 de julio de 2010, del que se destaca lo siguiente:

*"1. Sobre la causa del dedo en resorte de la mano izquierda, puede tener varias causas, sin que podamos hablar de demostración evidente de ninguna de ellas:*

*a) Las causas que ocasionan el Síndrome del Túnel Carpiano (...) son las mismas que las del primer dedo en resorte (...).*

*b) También puede ocasionarse como consecuencia de la intervención (este hecho es extraño, dada la diferente localización de ambos paquetes nerviosos), esta posibilidad viene contemplada en el consentimiento informado que firmo la paciente. Complicaciones de la intervención quirúrgica: punto g: Rigidez de las articulaciones de los dedos.*

*2. El resultado de la intervención del síndrome del túnel del carpo, que obtuvo una mejoría ostensible pasando de moderado-grave a leve, pudo no obtener mejores resultados debido a la*

enfermedad de base que presentaba la paciente y que también puede ser causa de la misma, es decir, el Ictus Lacunar; dicha patología, que le producía paresia y parestesia, pudo impedir un adecuado tratamiento rehabilitador.

3. El “mal resultado” que se obtiene de la intervención del dedo en resorte, es decir, mediante la tenolisis del flexor del pulgar, puede tener su origen, como se ha comentado en el punto anterior, en no poder realizar adecuadamente los ejercicios de rehabilitación, o por sufrir la enfermedad de base que presentaba hemiparesia y hemiparestesias como consecuencia de un infarto lacunar. Pero también pudo ser producido como complicación inherente a la intervención quirúrgica. Así viene contemplado en el consentimiento informado específico de esta patología.

Tanto la intervención como el postoperatorio se realizan por el protocolo recomendado en la literatura y sin que se refleje alteraciones o complicaciones previstas o no previstas.

4. El equipo de traumatología del Hospital Los Arcos valoró la situación de la paciente, ofreciéndole la realización de una segunda intervención que tenía como finalidad mejorar la funcionalidad de la mano. No se ha rebatido científicamente en las alegaciones que dicha intervención no aportara mejores resultados, simplemente se alega por parte de la paciente que no puede someterse a ella ya que tiene dos hijos pequeños y por parte del perito se alega que “la intervención comentada no resuelve el problema de afectación de nervio periférico, hay una parálisis muscular y por mucho que se libere el tendón no se consigue función”. No es cierto que exista una parálisis sino (textualmente de la EMG): Lesión parcial de grado moderado-severa, asociada de rama motora recurrente distal de mediano izquierdo con probable participación del tendón proximal extensor del pulgar izquierdo. Es decir, tal y como le aconsejaban en el servicio, existen posibilidades de recuperación funcional, que la paciente rechaza.

5. Comenta el perito de la parte reclamante que no debió hacerse la primera intervención del dedo en resorte si se hubiera realizado una EMG previa a la intervención. No es necesaria dicha EMG, además no está indicada en los 3-6 meses siguientes a la primera intervención quirúrgica.

6. Por último decir que la actuación de los profesionales intervinientes en este proceso (o varios procesos), ha sido del todo adecuada profesionalmente a las referencias bibliográficas consultadas y a las recomendaciones y protocolos de los servicios de traumatología consultados. Ninguna actuación que se hubiera hecho u omitido hubiera cambiado la evolución del proceso, salvo el resultado final, que no sabremos, de la segunda intervención del dedo en resorte, por no realizarse.”

**DÉCIMO.-** Mediante oficio de 30 de septiembre de 2010 se acuerda un nuevo trámite de audiencia y vista del expediente para los interesados, presentando alegaciones la reclamante con fecha 29 de octubre de 2010, en las que, en síntesis, se ratifica en sus alegaciones previas y en las consideraciones del informe médico que aportó.

**UNDÉCIMO.-** El 4 de enero de 2011 se formula propuesta de resolución desestimatoria; en síntesis, por considerar que, en el caso planteado, de acuerdo con los informes médicos emitidos, no se ha acreditado la existencia de mala praxis médica en la actuación de los servicios sanitarios regionales, siendo tal acreditación un requisito indispensable, entre otros, para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

**DUODÉCIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas (RRP).

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a la reclamante, por ser quien sufre los daños (secuelas y período de incapacidad temporal) por los que reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación (el 23 de enero de 2009). No obstante, la propuesta de resolución deberá precisar que el “*dies a quo*” de la acción resarcitoria debe fijarse en el 16 de marzo de 2008, fecha de la sesión clínica a la que se refiere la reclamante en su escrito inicial (y que parece ratificarse con el informe de dicha fecha del dr. obrante al folio 184 exp.), por ser el momento en que la reclamante tuvo completo conocimiento de la estabilidad de la patología relacionada con el dedo pulgar en cuestión, y ello porque no se ha determinado con seguridad que los tratamientos quirúrgicos entonces planteados (que no aceptó) fueran estrictamente paliativos y no curativos (de tener sólo finalidad paliativa, el “*dies a quo*” sería el de la previa consulta del 11 de marzo de 2008, reflejada en el f. 185 exp., donde ya se le informaba de la patología de que se trata, vid. STS, Sala 3ª, de 21 de junio de 2011, rec. 4586/09, y la STSJ Murcia de 10 de junio de 2011); se advierte, en fin, que en ambos casos la reclamación resultaría temporánea. Ahora bien, en contra de lo que parece entender la propuesta de resolución, no tienen relevancia a estos efectos las posteriores actuaciones seguidas por la interesada ante los organismos públicos de seguridad social para obtener el reconocimiento de una determinada situación personal y sus correspondientes prestaciones (vid. en este sentido la STS, Sala 3ª, de 28 de junio de 2011, entre otras).

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.-** Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.  
Consideraciones generales.

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación de éste ha de regirse por la denominada "*lex artis ad hoc*", o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la "*lex artis*" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. La "*lex artis*", por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

Así, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: "*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio*

*público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”.*

Asimismo, la STS, Sala 3ª, de 23 de marzo de 2011, expresa que *“ la actividad sanitaria no permite exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, ya que su función ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria, utilizando al efecto los medios y conocimientos que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir en todo caso la curación del paciente.”*

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.*

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la *“lex artis”* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica que fue realizada conforme a la *“lex artis”*, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Inexistencia.**

I. Los daños por los que se reclama indemnización.

Según se desprende del informe médico aportado por la reclamante (Antecedente Octavo, último párrafo), ésta reclama indemnización por la parálisis del nervio mediano a nivel de la muñeca izquierda, causante del denominado en el expediente “*dedo pulgar en resorte*”, con imposibilidad de realizar movimiento de pinza, situación ésta no discutida aquí, aunque sí se discute sobre cuál es su origen; asimismo, se reclama por una situación de incapacidad parcial en grado máximo, que la interesada considera que es consecuencia de dicha secuela, así como por un determinado período de incapacidad temporal, conceptos éstos que habrían de ser analizados y precisados en caso de que se concluyera en la existencia de una relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y la patología que afecta al dedo pulgar izquierdo de la reclamante.

II. Relación material de causalidad entre la intervención realizada el 18 de enero de 2008 y el dedo “*en gatillo*” o “*en resorte*”: dudas. Relación de causalidad jurídicamente adecuada, por existencia de mala praxis en la intervención: inexistencia.

La reclamante, con base en el informe médico que aporta, sostiene que la patología por la que reclama (causante del dedo *“en gatillo”* o *“en resorte”* que padece) tiene su causa en la intervención quirúrgica realizada el 18 de enero de 2007 en el hospital regional *“Los Arcos”*. Dicha relación de causalidad es afirmada por el informe médico que aporta, en el que se indica que en dicha intervención *“se lesionan ramas terminales del nervio mediano”*, pues la *“afectación del nervio periférico no se demuestra hasta la realización de electromiografía de febrero de 2008”*. Por su parte, aunque el Dictamen médico aportado por la aseguradora del SMS concluía que el dedo en gatillo no podía considerarse como una complicación de la referida intervención, sino como una patología asociada latente y que, en el caso, ésta se debía esencialmente a la patología de base de la paciente (importante hemiparesia izquierda debida a ictus), también reconocía que *“el edema producido por una cirugía del túnel (carpiano) puede producir un dedo en gatillo”*. La Inspección Médica del SMS señala en su segundo informe que esta última patología tiene *“varias causas, sin que podamos hablar de demostración evidente de ninguna de ellas”*, admitiendo que puede ocasionarse como consecuencia de la intervención, si bien *“este hecho es extraño dada la diferente localización de ambos paquetes nerviosos”* (se refiere a la afectación de los nervios mediano y radial, según se deduce del hecho 9, c) de su primer informe).

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que, como razonamos en la Consideración precedente, lo relevante a efectos indemnizatorios no es la mera relación material o física entre una intervención quirúrgica y un determinado daño pues, aun admitiendo que exista tal relación de causalidad material (y, por tanto, que el daño en cuestión sea considerado como una complicación o secuela de la intervención quirúrgica), tal resultado es algo inevitable en muchos casos, dadas las limitaciones de la ciencia y técnica sanitarias (art. 141.1 LPAC). Por ello, lo decisivo es determinar si la producción de esa complicación se debe a una actuación contraria a la buena praxis o a la *“lex artis ad hoc”* médica, pues en tal caso la mera relación material de causalidad se transforma en una relación de causalidad jurídicamente adecuada para determinar, en su caso, la responsabilidad patrimonial o civil.

En el presente caso, los informes emitidos por la Inspección Médica del SMS concluyen en afirmar que no hay rastro de mala praxis en la actuación de los profesionales sanitarios que atendieron a la reclamante, e incluso el mismo informe médico aportado por ésta afirma que existe relación de causalidad entre la intervención quirúrgica de referencia y la patología de dedo en resorte o en gatillo de que se trata, lo que apunta a la existencia de una mera relación de causalidad material entre una y otra, pero en modo alguno señala la existencia de una actuación médica contraria a la praxis sanitaria. A ello debe añadirse que, sea cual fuere la causa de la patología por la que se reclama, el documento de consentimiento informado firmado por la paciente para la intervención realizada el 18 de enero de 2008 (tras la que, por cierto, mejoró del STC,

según las pruebas luego realizadas, lo que no discute la interesada) recoge, como posibles complicaciones o riesgos de la misma, la *“lesión de la rama sensitiva y/o motora del nervio mediano originando dolor o parálisis en las zonas afectadas”* y la *“rigidez de las articulaciones de los dedos”*, entre otras (folio 218 exp.), lo que incluye sin duda cualquiera de las lesiones o resultados dañosos que se alegan. Por ello, y no acreditada la existencia de mala praxis médica en la indicación y realización de la referida intervención quirúrgica, el daño en cuestión no es jurídicamente imputable a la actuación sanitaria pública, sino que, para el caso de aceptarse la antes apuntada relación material de causalidad, se trataría de la materialización de un riesgo del que la paciente estaba informada, inherente a las limitaciones de la ciencia y técnica médicas, que aceptó al suscribir dicho documento, por lo que tendría el deber jurídico de soportar el daño.

En consecuencia, no concurriendo los requisitos legalmente necesarios para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, procede desestimar la reclamación de referencia.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No quedando acreditada la existencia de infracción a la *“lex artis ad hoc”*, o existencia de mala praxis médica en el caso de que se trata, no concurre la relación de causalidad que es jurídicamente necesaria para determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria regional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente, sin perjuicio de lo expresado en la Consideración Segunda, II.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 183-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios dependientes de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 06/09/2011

**Extracto de doctrina**

No puede considerarse debidamente acreditado un incumplimiento por parte del titular de la obra de referencia, o de su contratista, de sus deberes de señalización y protección de las mismas al que pueda imputarse, en la forma jurídicamente adecuada exigible a estos efectos resarcitorios, los daños por los que se reclama, que deben ser atribuidos a la conducta imprudente del reclamante, que penetró de noche e improcedentemente en la referida zona de obras, asumiendo así el riesgo inherente a tal situación, por lo que el daño no puede ser calificado de antijurídico a los efectos que aquí se trata.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 3 de octubre de 2006 se presentó un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial formulado por x contra la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio solicitando indemnización por los daños producidos cuando el 20 de marzo de 2006, al andar por las inmediaciones de las obras que se realizaban en la rotonda de Media Sala, junto al Club deportivo 1990, de Cartagena, cayó en una “zanja” de unos cuatro metros existente en dicha zona de obras, que no se encontraba vallada, ni contaba con señalización que advirtiese del peligro de transitar por la misma, ni señales luminosas que advirtiesen de la zanja, ni existía ningún paso alternativo habilitado al efecto. Añade que fue rescatado por cuatro jóvenes que pasaban por las inmediaciones y escucharon sus gritos de socorro; posteriormente acudió una ambulancia que lo trasladó al hospital “Virgen del Rosell”, donde fue diagnosticado de fractura conminuta de calcáneo izquierdo y fractura de pelvis-iliaco, sin que pueda valorar todavía los daños sufridos por encontrarse en tratamiento médico. Indica que días después del accidente su hermana se personó en el lugar para tomar fotografías (que adjunta), comprobando que habían puesto vallas metálicas. Señala que es responsabilidad de la Administración velar porque las vías públicas se encuentren en las debidas condiciones de seguridad, dándose los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

Propone la práctica de prueba testifical en la persona de un conductor de autobús de línea regular urbana que discurría por la zona, de las cuatro personas que lo rescataron de la zanja, y del conductor de la ambulancia que acudió a recogerlo.

A su escrito adjunta documentación del citado hospital relativa a su asistencia médica por los referidos daños, parte de baja laboral del día siguiente a los hechos y cuatro fotografías del lugar.

**SEGUNDO.-** Mediante oficio de 27 de octubre de 2006 se comunica al reclamante la admisión a trámite de la reclamación y se le requiere para su mejora o subsanación, entre otros extremos.

**TERCERO.-** Mediante escritos presentados el 30 de noviembre de 2006, 6 de junio, 31 de julio y 12 de diciembre de 2007, el reclamante aporta la documentación requerida, así como otra, de carácter sanitario, dirigida a la determinación de los daños. En la última de las fechas citadas, cuantifica los conceptos indemnizatorios (días de incapacidad temporal -423 en total-, secuelas, que valora en 9 puntos, e incapacidad permanente total para el desempeño de su profesión de albañil), con valoración de los mismos según el baremo aplicable en materia de accidentes de circulación, y propone prueba testifical en las personas que identifica (las aludidas en su escrito inicial).

**CUARTO.-** Solicitado informe de la Dirección General de Carreteras, fue emitido el 26 de febrero de 2008, del que se destaca lo siguiente:

*“El lugar donde se produjo el accidente que relata el solicitante en su reclamación parece ser en el canal de encauzamiento de la Rambla de los Barreros, a la altura de la Glorieta del Cementerio, incluido en el proyecto de Ronda Transversal de Cartagena.*

*A) No hay constancia, ni ante esta Dirección General ni ante el contratista de las obras, que se hubiera producido el accidente de referencia.*

*B) Ignoro cuál pudiera ser la causa del accidente, aunque es presumible una actuación inadecuada del accidentado, ya que el canal estuvo en todo momento con la protección y balizamiento adecuados.*

*C) No hay constancia de otros accidentes en el mismo lugar.*

*D) (...) la existencia de vallas de protección hace pensar que para que el reclamante se cayera, tuvo que apartar éstas a propósito. (...)*

*F) No se han efectuado actuaciones relacionadas con el accidente, puesto que no se tuvo conocimiento del mismo hasta ahora y, en cualquier caso, nada había que corregir.*

*G) Como se ha señalado, el canal se encontraba vallado y señalizado, y dentro de zona urbana iluminada.”*

**QUINTO.-** Previa citación de los testigos propuestos por el reclamante, el 10 de octubre de 2008 se practica la prueba respecto de los tres que comparecieron, con el resultado que se indicará más adelante.

**SEXTO.-** Mediante oficio de 14 de octubre de 2008 se acuerda un trámite de audiencia y vista del expediente, presentando alegaciones el reclamante el 4 de mayo y 25 de septiembre de 2009, en el que se ratifica en sus anteriores escritos y solicita la resolución expresa de la reclamación.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 26 de octubre de 2009 se formula propuesta de orden estimatoria de la reclamación, por considerar, a la vista de la prueba testifical realizada, que la zona de obras en cuestión carecía de las medidas de protección y señalización adecuadas, valorando los daños resarcibles en 40.071,37 euros.

**OCTAVO.-** Remitido el expediente para su preceptiva fiscalización por la Intervención General de la Comunidad Autónoma, ésta emitió informe el 21 de julio de 2010, en el que no fiscaliza de conformidad la referida propuesta de resolución, planteando objeciones relativas a la falta de emplazamiento del contratista de las obras, que habría de aportar datos relevantes para la instrucción del expediente, además de resultar interesado en la resolución (por poder ser el que tuviera que soportar en definitiva la indemnización eventualmente procedente, sin perjuicio de la responsabilidad directa de la Administración regional, en su caso), y realizando objeciones sobre el cálculo de la hipotética indemnización.

**NOVENO.-** Solicitado a la Dirección General de Carreteras que informase sobre la identidad del contratista de las obras y remitiera la documentación relativa a la contratación de las mismas, el 24 de septiembre de 2010 dicha Dirección identifica a la contratista y remite copia del contrato de ejecución de las obras de la Ronda Transversal de Cartagena.

**DÉCIMO.-** El 6 de octubre de 2010 el reclamante presenta escrito en el que reitera lo expresado en su escrito presentado el 12 de diciembre de 2007 sobre la valoración de los daños, añade que tras el accidente no ha desempeñado ningún trabajo y solicita la resolución expresa del procedimiento conforme con lo solicitado en su momento.

**UNDÉCIMO.-** Mediante oficio de 5 de noviembre de 2010 se acuerda un trámite de audiencia y vista del expediente para la contratista de las obras, compareciendo un representante de la misma y presentando alegaciones el 3 de diciembre de 2010, en las que, en síntesis, expresa que no existe la necesaria relación de causalidad entre los daños alegados y las obras en cuestión, habiéndose ejecutado los trabajos conforme a lo previsto en el proyecto de las obras, y con la debida diligencia, adjuntando informe de 31 de marzo de 2006 de la entidad coordinadora en materia de seguridad y salud, añadiendo que las obras estuvieron señalizadas en todo momento conforme con el plan de seguridad y salud, aportando fotos de las mismas.

**DUODÉCIMO.-** Mediante oficio de 14 de enero de 2011 se otorgó al reclamante un nuevo trámite de audiencia y viste del expediente, no constando su comparecencia ni la presentación de alegaciones.

**DECIMOTERCERO.-** El 17 de febrero de 2011 se formula nueva propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que del informe del coordinador de seguridad y salud de la obra aportado al expediente se desprende que aquél visitó las obras el 21 de marzo de 2006, es decir, el día siguiente del accidente, consignando, respecto de dicha visita y otras realizadas en fechas anteriores y posteriores de marzo de tal año, que se habían observado las medidas de seguridad pertinentes (incluyendo, entre otras que reseña, las relativas al entorno de la obra, como vallado, señalización, etc.), salvo algunas deficiencias, que expresa, relativas a medidas de seguridad en el trabajo (es decir, internas a la obra); asimismo, la propuesta realiza en algún aspecto una diferente valoración de las declaraciones testimoniales (en concreto, la del conductor del autobús, que declaró que no existía ningún vallado en tales obras), para concluir, en definitiva, que no consta que la obra adoleciese de las medidas de seguridad suficientes.

**DECIMOCUARTO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en concordancia con el artículo 12.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP).

### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento de la reclamación.**

I. El reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, en cuanto es la persona que sufrió los daños físicos por los que solicita indemnización.

En la medida en que la reclamación se dirige contra la Administración regional, está legitimada pasivamente para resolver la reclamación, en atención a lo establecido en los artículos 139 y siguientes LPAC, sin perjuicio, en caso de estimarla y de reconocer su responsabilidad directa al amparo del artículo 106 de la Constitución (en garantía así del resarcimiento del particular y en evitación de la eventual insolvencia del contratista), de declarar en definitiva la responsabilidad de éste, si la lesión hubiera de imputarse finalmente al mismo en aplicación de los criterios establecidos en el artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), vigente en el momento de los hechos (hoy, el artículo 198 de la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público- LCSP), doctrina que viene siendo sostenida por este Consejo Jurídico en diferentes Dictámenes, vgr. nº 49, 53 y 70/2010, entre otros.

II. La acción resarcitoria ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), a la vista de la fecha de los hechos y la de la presentación de la reclamación.

III. En cuanto al procedimiento, no hay reparos sustanciales que oponer, por lo que puede entrarse en el fondo de las cuestiones planteadas.

**TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración. Consideraciones generales.**

La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Que el daño no se derive de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

En interpretación de este régimen jurídico, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, sentencia de la Sala 3ª, de 5 de junio de 1998) que no es acorde con la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible que se produzca el nexo causal adecuado, es decir, que exista una imputación del daño jurídicamente adecuada (y no meramente material o fáctica) entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso sufrido, sin que la marcada objetivación de la institución pueda entenderse de forma tan amplia que alcance a cubrir cualquier evento dañoso sufrido con ocasión de la prestación del servicio público. Ello, entre otras consecuencias, supone que la prestación por parte de la Administración de un determinado servicio público, o su titularidad de la infraestructura material

necesaria para su prestación, no implica que aquélla se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos materializados con ocasión del funcionamiento de dicho servicio, de forma que deba resarcir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, producida con independencia del actuar administrativo, ya que en tal caso el actual sistema de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

**CUARTA.- Los hechos del caso. Ausencia de relación de causalidad jurídicamente adecuada entre los daños por los que se reclama indemnización y el funcionamiento de los servicios públicos regionales. Deber jurídico del reclamante de soportar el daño.**

Partiendo de la realidad de unos daños físicos producidos al reclamante debidos a su caída en una “zanja” existente en la zona de obras a que se refiere el informe de la Dirección General de Carreteras reseñado en el Antecedente Cuarto (zanja que, en realidad, parece ser el hueco del encauzamiento de la Rambla a que se refiere dicho informe, pues en el expediente no hay mayor dato al respecto), su pretensión resarcitoria se basa en que tales obras no disponían de las medidas de seguridad necesarias para evitar daños, esencialmente, que no estaban valladas ni señalizadas, no existiendo paso alternativo a ellas.

Para determinar la procedencia de reconocer o no la responsabilidad patrimonial pretendida es necesario partir del análisis de los hechos que cabe considerar acreditados. Así, lo primero que debe destacarse es que el reclamante indica simplemente que se encontraba “*en las inmediaciones de las obras*” en cuestión, para atravesarlas y dirigirse a su casa, sin indicar por qué vía, legalmente habilitada para los peatones, transitaba hasta encontrarse con dichas obras. Es decir, que frente a los supuestos habituales en los que un peatón va transitando confiadamente por una vía peatonal habilitada a estos efectos y se encuentra con obras que la afectan o cortan, en donde la obligación de proteger al viandante de sus elementos o circunstancias potencialmente dañosas y evitar su paso por las mismas deriva precisamente del hecho de que el usuario ha desembocado en la zona a través de tal vía peatonal, en el caso planteado no existe dato alguno que permita determinar que se estuviera ante una situación como la descrita; además, en el caso deben considerarse las singulares características de la zona de obras, consistentes en el encauzamiento de una rambla y la construcción de una gran rotonda reguladora del tráfico, de importantes dimensiones y envergadura, según se desprende del informe de seguridad y salud de las mismas aportado al expediente, por lo que su existencia era más que evidente.

Así, el expediente está huérfano de datos que permitan justificar la forma y lugar por el que el reclamante llegó a las obras, pues ni éste indica su procedencia ni acredita que las vías

peatonales disponibles en la zona desembocaran ineludiblemente en la zona de obras de forma tal que se generase una potencial situación de peligro para los peatones que de manera normal llegaran a la misma. El reclamante se limita a aportar unas fotos, sin fehaciencia alguna sobre su fecha, de las que nada puede inferirse a los efectos de determinar las circunstancias expresadas, y tampoco los testigos declarantes aportan datos que permitan dilucidar estas concretas cuestiones, a los que no se les inquirió sobre estos extremos.

De esta forma, la indeterminación de los hechos y circunstancias necesarios para analizar el alcance de los deberes de señalización, protección y habilitación de paso alternativo de las referidas obras, cuyo incumplimiento se imputa a la Administración titular de las mismas (sin perjuicio de la eventual responsabilidad del contratista), perjudica al reclamante, en cuanto le incumbe la carga de probar los hechos en los que funda su pretensión resarcitoria.

Sin perjuicio de lo anterior, y aunque, como se indica, a los efectos pretendidos no resulta posible hacer abstracción del modo y las circunstancias en virtud de las cuales llegó el reclamante a la zona de obras, lo cierto es que del informe del coordinador de seguridad y salud de las mismas de 31 de marzo de 2006 se desprende que en las cinco visitas de inspección que realizó en el mes del accidente, en fechas anteriores y posteriores a éste, no advirtió anomalía alguna en el vallado y la señalización (f. 146 y 147 exp.), y sin que conste que tal coordinador conociera entonces la existencia del accidente (de forma que debe descartarse que tal informe, fechado 11 días después del mismo, se hubiera hipotéticamente acomodado a los intereses de la contratista); tal desconocimiento es, además, lógico, si se advierte que el accidente sucedió a las 23 horas (hora no laborable), que no constan rastros del mismo (no parece que hubiera sangre u otros restos indicativos de la caída, ni que acudiera ningún eventual vigilante), ni que su existencia se hubiese comunicado a la Administración o al contratista antes de la presentación de la reclamación en octubre de 2006.

En cualquier caso, la existencia de elementos indicativos de que los sujetos ajenos a las obras de que se trata no debían penetrar en las mismas, es decir, de que no existía libre acceso a ellas (que es lo determinante a estos efectos, al menos en una zona que no parece que reuniera las características de normal y regular accesibilidad para los peatones, en el sentido apuntado en su momento), se infiere de las declaraciones de uno de los testigos que acudieron en auxilio del accidentado, que manifiesta que tuvieron que apartar unos hierros (que eran *“como los hierros que se ponen en las obras”*) para poder acceder a la zona en cuestión, de forma que *“era la única forma de acceder, si no los hubiéramos quitado, hubiéramos tenido que pasar por debajo”* (ello sin perjuicio de que ni éste ni el otro testigo compareciente que auxilió al interesado se pronuncien sobre si existía un vallado de las obras como tal, por no recordarlo ya). Frente a todo lo anterior, no

pueden prevalecer las manifestaciones de uno de los conductores de autobús de línea regular que discurre por la zona (el único designado por el reclamante, cuando lo lógico, para dar mayor credibilidad al testimonio, hubiera sido requerir a todos los que prestaran servicio en dicha línea – no siendo legalmente posible, por la normativa reguladora de esta clase de transporte, que sólo fuese uno-), en el sentido de que no existía ninguna clase de vallado, únicamente bloques de cemento para evitar que los coches cayeran a las zanjas (testigo, por cierto, que más de dos años y medio después del accidente -que reconoció no haber presenciado-, declaró que las vallas se colocaron un concreto día de la semana siguiente a la de la fecha que se le indica como de ocurrencia del accidente, lo que resulta ciertamente extraño).

De todo lo expuesto se concluye que no puede considerarse debidamente acreditado un incumplimiento por parte del titular de la obra de referencia, o de su contratista, de sus deberes de señalización y protección de las mismas al que pueda imputarse, en la forma jurídicamente adecuada exigible a estos efectos resarcitorios, los daños por los que se reclama, que deben ser atribuidos a la conducta imprudente del reclamante, que penetró de noche e improcedentemente en la referida zona de obras, asumiendo así el riesgo inherente a tal situación, por lo que el daño no puede ser calificado de antijurídico a los efectos que aquí se trata.

En consecuencia, no concurriendo los requisitos legales determinantes de la responsabilidad patrimonial administrativa que se pretende, procede desestimar la reclamación de referencia.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** No se ha acreditado la existencia de la adecuada relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios públicos autonómicos y los daños por los que se reclama indemnización, que es jurídicamente necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Regional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente, si bien deberá incorporar, aun en síntesis, lo expresado en la citada Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 184-2011**

**Asunto** Modificación del contrato suscrito con la mercantil --, para la gestión indirecta, mediante concesión, del servicio público de mantenimiento y conservación de la iluminación de espacios públicos, de los semáforos, de la iluminación en periodos de fiestas, de la iluminación navideña y conservación de nuevas instalaciones en el término municipal de San Javier

**Consultante** Ayuntamiento de San Javier

**Fecha** 14/09/2011

**Extracto doctrina**

El Derecho administrativo autoriza a una de las partes -la Administración- para modificar el contrato, siempre y cuando lo haga dentro de los límites y con arreglo a los requisitos establecidos en la ley.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 7 de agosto de 1998 se suscribió contrato entre el Ayuntamiento de San Javier y la mercantil -- (--), por el que se formalizó la prestación indirecta, mediante concesión, del servicio público de mantenimiento y conservación de la iluminación de espacios públicos, de los semáforos, de la iluminación en periodos de fiesta, de la iluminación navideña y conservación de nuevas instalaciones en el término municipal de dicha Corporación Local, con un plazo de duración de 10 años, prorrogable tácitamente por periodos anuales, hasta un máximo de 5 años. El precio anual inicial del contrato era de 36.312.932 ptas., IVA incluido (218.245,11 euros).

**SEGUNDO.-** El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Anteproyecto de Explotación que, a tenor del exponendo I.3.1. del contrato, forman parte integrante del mismo, recogen, entre otras prescripciones las siguientes:

*“El precio de la conservación y mantenimiento de las nuevas instalaciones que se recepcionen posteriormente al presente contrato será el resultante de aplicar a aquéllas el precio de mantenimiento por punto de luz, que en ese momento, tuviesen las instalaciones a que este pliego hace referencia” (cláusula 9.3 PCAP).*

*“El contratista deberá realizar en el plazo de dos meses contados a partir de la adjudicación la numeración de todos los puntos de luz y elementos semafóricos para su informatización, de*

*acuerdo con las instrucciones que reciba del Técnico Municipal. Durante la duración del contrato, el adjudicatario deberá realizar la numeración de los nuevos puntos de luz en un plazo máximo de cuarenta y cinco días desde la fecha de alta en conservación” (apartado 5.2.19 del Anteproyecto de Explotación: Mantenimiento de inventario).*

**TERCERO.-** Obran en el expediente las actualizaciones correspondientes a los inventarios de los años 2007, 2008 y 2009, así como solicitud del concesionario del abono del mayor importe del precio del contrato, que resulta como consecuencia del incremento en las instalaciones (puntos de luz y cruces semafóricos) objeto del contrato.

El ingeniero municipal reparó el contenido de dichos inventarios en los términos que constan en su informe obrante a los folios 83 y siguientes del expediente. Del contenido de este informe se dio traslado a la empresa contratista que formuló alegaciones al mismo en el sentido que se refleja en escrito que figura a los folios 104 y siguiente del expediente.

A la vista de dichas alegaciones por el técnico municipal se elabora un nuevo informe en el que se refleja el incremento en el número de instalaciones, que ha supuesto un sobrecoste en la prestación del servicio, que valora en 420.378,42 euros, IVA incluido.

Concedido trámite de audiencia al concesionario éste muestra su conformidad con dicha valoración.

**CUARTO.-** Sometido el expediente a la consideración del Interventor municipal se emite informe en el que, en síntesis, señala lo siguiente:

1. El contrato fue adjudicado el 29 de junio de 1998, por importe anual de 188.142,34 euros, más IVA, con una duración de 10 años prorrogables tácitamente por períodos anuales, hasta un máximo de 5 años. El importe total del contrato sería de 2.822.135,10 euros (188.134,34x15).

2. El 26 de enero de 2007, el Ayuntamiento aprobó una modificación del contrato estableciendo el precio para el año 2007 en 311.943,19 euros, IVA incluido.

3. La modificación que ahora se propone incidiría sobre el precio del contrato que quedaría fijado, con efectos del día 31 de diciembre de 2009, en 4.132.355,50 euros, según el siguiente detalle:

- Precio desde septiembre de 1998 hasta diciembre de 2006, 1.746.651,65 euros.

- Precio desde enero de 2007 hasta diciembre de 2009, 1.039.013,96 euros.

- Precio desde enero de 2010 hasta agosto de 2013, 1.346.689,89 euros (se contabilizan las dos posibles prórrogas que aún pueden producirse).

Por tanto, afirma, se produce un incremento del precio del contrato, respecto al inicial, de 1.310.220,40 euros, lo que representa un 46,43%, por lo que, al tratarse de un contrato administrativo superior a 601.012,10 euros, y ser la modificación de una cuantía superior al 20%, resulta preceptivo el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

Añade que si se excluyesen las dos prórrogas que todavía se podrían producir, el porcentaje de incremento en el precio del contrato sería del 38,92% y, por lo tanto, superior al 20%.

4. Finaliza afirmando la existencia de crédito suficiente y adecuado a la naturaleza del gasto para hacer frente al importe de la modificación, quedando retenida la cantidad de 420.378,42 euros.

Se une documento acreditativo de la retención.

**QUINTO.-** El 26 de abril de 2011 el Secretario de la Corporación Local emite informe jurídico en el que, tras indicar el régimen jurídico aplicable a la modificación que se pretende aprobar, acaba señalando que el apartado 5.2.19 del Anteproyecto de Explotación, unido al contrato, prevé de forma expresa la incorporación de nuevos puntos de luz durante la vida del contrato.

**SEXTO.-** El 26 de abril de 2011 el Concejal de Contratación formula una propuesta de Acuerdo, a elevar al Pleno del Ayuntamiento, para la modificación del referido contrato en la reseñada cantidad de 420.378,42 euros.

Tras ello fue solicitado el Dictamen de este Consejo Jurídico, en donde tuvo entrada la solicitud con su expediente el 19 de julio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.8 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

**SEGUNDA.- Competencia, régimen jurídico y procedimiento.**

I. Competencia.

Adjudicado el contrato que nos ocupa por el Pleno del Ayuntamiento (conforme a la atribución competencial que en esta materia efectuaba el artículo 22.2,n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, hoy recogida en los apartados 1 y 2 de la Disposición Adicional segunda de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en lo sucesivo, LCSP), la modificación de aquél corresponde también al Pleno (artículo 194 LCSP y 97.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en lo sucesivo RGCAP).

II. Régimen

Vista la fecha de adjudicación del contrato cuya modificación se pretende, la normativa de aplicación viene constituida por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) y su reglamento, en aplicación de lo previsto en la Disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 (TRLCAP), y en la también Disposición transitoria primera de la LCSP. Además, al ser el órgano de contratación una entidad local, resulta de aplicación también el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en materia de Régimen Local. A tenor del artículo 60 LCAP, *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*. Con idéntica redacción se pronuncia el artículo 194 LCSP.

No obstante, y de acuerdo con reiterada doctrina de este Órgano Consultivo, tributaria a su vez de la del Consejo de Estado, la determinación de la Ley aplicable a los procedimientos de interpretación, modificación y resolución del contrato y a la competencia del órgano para acordar dichas actuaciones se rige por criterios diferentes.

Dado que el expediente de modificación se inició después de la entrada en vigor de la LCSP, será de aplicación al procedimiento que nos ocupa tanto la citada Ley como el vigente RGCAP, en lo que no se oponga a dicha Ley.

### III. Procedimiento.

En el procedimiento instruido se han seguido los trámites esenciales señalados en el artículo 195 LCSP, constando que se ha dado audiencia al contratista, que ha formulado las alegaciones que ha tenido por conveniente, figurando también el informe jurídico de la Secretaría de la Corporación (apartado 8 de la Disposición adicional segunda LCSP). No obstante, cabe señalar que a tenor de lo establecido en el artículo 87 LCSP cuando, como consecuencia de una modificación del contrato, experimente variación el precio del mismo, deberá reajustarse la garantía, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado, en el plazo de quince días contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación. Esta circunstancia debe recogerse en la propuesta de modificación que se eleve al órgano de contratación. Por otro lado en el Acuerdo que finalmente se adopte debe reflejarse claramente la modificación introducida respecto al número de nuevas instalaciones que han de ser objeto de conservación.

#### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. Uno de los principios básicos que rige en las relaciones contractuales es el de la invariabilidad de lo pactado (*pacta sunt servanda*). Principio que, en el ámbito de la contratación administrativa, se encuentra enunciado en el artículo 4 LCAP: *“la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberá cumplirlos a tenor de los mismos...”*. Este principio, en relación con el contrato de gestión de servicios públicos, se encuentra recogido en el artículo 161 del citado texto legal, según el cual, *“el contratista está obligado a ejecutar las obras precisas y a organizar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo”*.

No obstante, el Derecho administrativo autoriza a una de las partes -la Administración- para modificar el contrato, siempre y cuando lo haga dentro de los límites y con arreglo a los requisitos establecidos en la ley. Esta potestad excepcional, conocida con el nombre de *ius variandi*, es una auténtica prerrogativa que sólo podrá ser utilizada por el órgano de contratación cuando concurren dos requisitos, que son: la existencia de un interés público en la modificación y que ésta se deba a necesidades nuevas o causas imprevistas que habrán de justificarse en el expediente; y cuando

aquella afecte al régimen financiero del contrato, la Administración debe compensar al empresario, de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación de aquél (arts. 102 y 164 LCAP).

II. En el expediente remitido es de reseñar, en primer término, que la posible necesidad de la modificación consta en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares -aunque su redacción no resulte todo lo clara que sería deseable-, cuando en la cláusula 9.3 establece el procedimiento para determinar el precio de conservación y mantenimiento de las nuevas instalaciones que se recepcionen con posterioridad a la formalización del contrato y que, lógicamente, se adicionen a las que la concesionaria asume al inicio de la relación contractual. Esta interpretación encuentra un apoyo incuestionable en la propia denominación que se da al contrato: "Mantenimiento y conservación de la iluminación de espacios públicos, de los semáforos, de la iluminación en períodos de fiesta, de la iluminación navideña y conservación de nuevas instalaciones". El objeto del contrato lo constituye, pues, el mantenimiento y conservación de los puntos de luz y elementos semafóricos existentes en el término municipal a la fecha de adjudicación, pero también los que se vayan incorporando durante la vida del contrato; de ahí que el apartado 5.2.19 del Anteproyecto de explotación se refiera al mantenimiento del inventario, imponiendo al contratista la obligación de mantenerlo al día, incorporando las nuevas instalaciones en un plazo máximo de 45 días desde la fecha de alta en conservación.

Según lo anterior se puede afirmar que las modificaciones que se proponen en el presente expediente no sólo no resultan contrarias al interés público, sino que derivan de la propia naturaleza del contrato y del contenido de su PCAP y de su Anteproyecto de Explotación. Ahora bien, sentado lo anterior resulta obligado destacar que dichos documentos no contemplan el procedimiento a seguir para materializar las variaciones que se prevén. Se deduce que las mismas se llevarían a cabo una vez que el Ayuntamiento, recepcionada una nueva instalación (punto lumínico o semafórico), instase a la contratista a incorporarla a las labores de conservación y mantenimiento, es decir, propusiese la modificación contractual prevista, tramitándose entonces (antes de que se produzca la actualización) el correspondiente expediente de modificación. Una vez incorporada la nueva instalación al conjunto de las atendidas por el concesionario, éste contaría con un plazo de 45 días para darla de alta en el inventario (apartado 5.2.19 del Anteproyecto de Explotación).

La documentación obrante en el expediente evidencia que no ha sido ésta la dinámica seguida para llevar a cabo dichas variaciones. No se produjeron, o al menos no constan incorporados, los requerimientos que la Administración debió efectuar al concesionario y es este último el que, de forma acumulativa y haciendo uso de la actualización inventarial prevista en el

Anteproyecto de Explotación, viene a instar la modificación no en la configuración del servicio prestado, pues ésta ya se había producido, sino en el precio del contrato con el fin de ajustarlo al número de instalaciones que viene atendiendo, y es a partir de ese momento cuando se inicia el procedimiento de modificación, llevándose a cabo la fijación contradictoria de los precios, la audiencia al contratista, la evacuación de los informes del Interventor y del Secretario General y la retención del crédito necesario para hacer frente al mayor gasto que conlleva la actualización que se había producido.

Lo anterior supone una irregularidad que conculca en parte los principios contenidos en las normas aplicables a las modificaciones contractuales, que se configuran como el cauce único a través del cual debe producirse la actuación administrativa como garantía para los intereses públicos que en cada caso concreto subyacen en aquélla y freno a los posibles abusos y conductas que conlleven un actuación en fraude de ley, eludiendo principios básicos de la contratación administrativa. No obstante, atendiendo a la falta de concreción que se detecta en el PCAP sobre la forma de materializar las variaciones que se prevén, y respondiendo las producidas a indudables razones de interés general y nuevas necesidades, y encajando, asimismo, en los presupuestos de la previsión contemplada en el contrato inicial, el Consejo entiende que concurren circunstancias que evidencian la procedencia e, incluso, la necesidad de modificar el contrato, para que el Ayuntamiento pueda cumplir en sus debidos términos la obligación prestacional que le incumbe respecto de los usuarios del servicio público de alumbrado. Por otra parte, no resultaría admisible que la situación producida fuera en detrimento del contratista, ya que las circunstancias antedichas han producido una alteración importante en el equilibrio económico del contrato, dado que la adjudicación de éste se fundó en la oferta realizada respecto de un número concreto de instalaciones que, según el informe del técnico municipal, se ha visto aumentado.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha de advertir sobre la necesidad de adoptar las medidas tendentes a que las posibles futuras actualizaciones que se produzcan en el contrato se sustancien con estricta sujeción al procedimiento diseñado legalmente para ello, con respeto a los tiempos y a las fases que en él se contemplan.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de modificación consultada.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 185-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 14/09/2011

**Extracto de doctrina**

A los poderes públicos competentes corresponde mantener las carreteras en las debidas condiciones de uso y seguridad, recayendo sobre la Administración titular de dichas vías la responsabilidad que corresponda en el supuesto de que, por omitir dichos deberes de mantenimiento y conservación, se produjeran daños a los usuarios.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 21 de enero de 2008 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes un oficio del Ayuntamiento de Cartagena mediante el que remite a aquélla las actuaciones realizadas por éste en el procedimiento tramitado a instancia de la reclamación de responsabilidad patrimonial que formuló contra dicho Ayuntamiento x, por los daños causados en su vehículo matrícula -- cuando a las 22.30 horas del 28 de marzo de 2007 circulaba con éste por la carretera F-39, desde el Polígono Industrial Cabezo Beaza a Torreciega, y colisionó con un socavón existente en la misma, produciéndose daños en la cubierta de la rueda delantera izquierda de dicho vehículo. Añade que, al tratarse de un vehículo de autoescuela, debió cambiar ambas cubiertas, por estar obligado por la normativa aplicable.

La documentación remitida incluye, junto a otra, la reclamación del interesado; una factura de 29 de marzo de 2007, de sustitución de dos cubiertas, equilibrado de ruedas y otros conceptos, por importe total de 284,57 euros; informe municipal que indica que la carretera es competencia de la Comunidad Autónoma; informe-atestado de la Policía Local de Cartagena, de 29 de marzo de 2007, en el que se refleja, en primer lugar, la denuncia de los hechos realizada por el reclamante, personándose después los agentes en el lugar del accidente, comprobando que existían dos socavones rellenos de tierra de color arena, poniéndose en contacto con el Servicio de Extinción de Incendios, que le manifiesta que sobre las 23.30 del día anterior realizaron una salida para proceder al relleno de tales socavones; resolución del Ayuntamiento de 7 de enero de 2007 (debe ser 2008), por la que inadmite la reclamación, por no estar ante una carretera de titularidad municipal, y se acuerda trasladar el expediente a la Comunidad Autónoma.

**SEGUNDO.-** Mediante oficio de 4 de febrero de 2008, la Jefa de Sección de Responsabilidad Patrimonial de la Secretaría General de la Consejería citada dirige oficio al interesado en el que le comunica la recepción de la documentación remitida por el Ayuntamiento de Cartagena *“a fin de iniciar procedimiento de responsabilidad patrimonial”*, en cuya virtud se procede a *“la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial”*, informándole de diversos extremos del mismo y requiriéndole la presentación de determinada documentación.

**TERCERO.-** El 15 de febrero de 2008 el interesado presenta escrito mediante el que procede a cumplimentar lo requerido en el oficio anterior y remitiéndose, además, a lo expresado en el informe de la Policía Local antes reseñado.

**CUARTO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, fue emitido el 28 de febrero de 2008, en el que, entre otros extremos, indica que la carretera de referencia es de competencia regional, que se ha tenido constancia de accidentes similares en el referido tramo de carretera, con motivo de otras reclamaciones, aunque no en fechas recientes, y que el 3 de mayo de 2007 se realizó un bacheo por aviso de la Guardia Civil, y el Ayuntamiento de Cartagena colocó señales verticales advirtiendo del mal estado de la carretera.

**QUINTO.-** Intentada la práctica de prueba testifical a instancia del reclamante, no fue posible por incomparecencia del testigo designado por aquél.

**SEXTO.-** Mediante oficio de 3 de abril de 2008 se acordó un trámite de audiencia y vista del expediente, no constando la comparecencia ni la presentación de alegaciones del reclamante. Mediante oficio de 1 de febrero de 2011 se acuerda nuevamente dicho trámite, con el mismo resultado.

**SÉPTIMO.-** El 16 de febrero de 2011 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que los socavones que causaron los daños por los que se reclama indemnización son imputables al anormal funcionamiento de los servicios de conservación y vigilancia de carreteras regionales.

**OCTAVO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al interesado, por ser quien sufre los daños por los que reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria, en los términos que seguidamente se expondrán, similares a las que se expresaron en el Dictamen nº 44/2011, sobre un caso análogo al presente.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ha de considerarse formulada contra la Administración regional dentro de dicho plazo, por las razones que siguen.

A la vista del expediente remitido, se advierte, en primer lugar, que el oficio de 4 de febrero de 2008 reseñado en el Antecedente Segundo, por el que se acordó tramitar el presente procedimiento, incurrió en el error de considerar que, mediante la remisión del expediente realizada por el Ayuntamiento de Cartagena (previa su inadmisión de la reclamación, fundada en su falta de competencia sobre la carretera en la que ocurrió el accidente), la reclamación de referencia había de considerarse formulada contra la Administración regional; ello no es así, pues tal mera remisión de documentación no tiene virtualidad jurídica para alterar la voluntad del reclamante, que fue reclamar frente al Ayuntamiento de Cartagena. El que éste no fuera competente sobre la conservación de la carretera en cuestión sólo determina la desestimación de la reclamación por falta de la necesaria relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento de los servicios públicos municipales, y ello al margen de que el Ayuntamiento resolviera,

incorrectamente, la inadmisión de la reclamación, pronunciamiento que no tiene habilitación normativa para casos como el que nos ocupa.

De esta forma, y considerando que ni la Jefa de Sección de Responsabilidad Patrimonial tiene competencia para iniciar (ni resolver) esta clase de procedimientos, sino sólo para tramitar los ya iniciados (por reclamación del interesado, dirigida a la Administración regional, o de oficio, por acuerdo del órgano competente de su Consejería), ni que, en todo caso, del oficio antes reseñado se desprende voluntad alguna de iniciar de tal modo esta clase de procedimientos, la conclusión que se extrae es que, por los hechos de que se trata, sólo cabe considerar formulada una reclamación contra la Administración regional, de forma tácita o implícita, cuando el 15 de febrero de 2008 el interesado cumplimenta el requerimiento de documentación previamente realizado a virtud de dicho oficio, pues de tal cumplimentación se desprende con claridad su voluntad de reclamar indemnización a la Administración autonómica, resultando entonces que en tal fecha aún no había transcurrido un año desde la producción del accidente (el 28 de marzo de 2007).

De lo anterior se concluye que, cuando otra Administración remita documentación relativa a una reclamación de responsabilidad patrimonial no dirigida a la Administración regional (aun habiendo resuelto la Administración remitente inadmitir la reclamación contra ella dirigida), el órgano encargado de la instrucción de esta clase de procedimientos puede, siempre que la acción resarcitoria no se considere prescrita frente a la Administración regional, bien proponer al órgano competente la iniciación de oficio del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial (art. 4.2 *“in fine”* y 5.2 RRP), bien comunicar al interesado la recepción de la referida documentación, por si considerase oportuno formular frente a esta Administración la correspondiente reclamación.

III. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo en lo que se refiere al plazo máximo para resolver, de seis meses, apareciendo injustificada la paralización del procedimiento durante casi tres años.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta

institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Que el daño no se derive de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Aplicado lo anterior a supuestos como el que nos ocupa, según la normativa vigente en materia de carreteras, a los poderes públicos competentes corresponde mantenerlas en las debidas condiciones de uso y seguridad, recayendo sobre la Administración titular de dichas vías la responsabilidad que corresponda en el supuesto de que, por omitir dichos deberes de mantenimiento y conservación, se produjeran daños a los usuarios.

II. En el caso que nos ocupa, de la sucesión de circunstancias relatadas en el informe-atestado de la Policía Local de Cartagena obrante en el expediente se deduce que los daños sufridos en el vehículo del reclamante se deben a los socavones existentes el día de los hechos, y del informe de la Dirección General de Carreteras se desprende que tales daños deben atribuirse al anormal funcionamiento de los servicios autonómicos de conservación y mantenimiento de las carreteras regionales, que, al menos, debían haber señalado los socavones en cuestión, ubicados, además, en una carretera en deficiente estado de conservación.

En consecuencia, acreditados los daños producidos, procede su indemnización, por el valor (284,57 euros) que se refleja en la factura presentada al efecto, cantidad que deberá ser actualizada conforme con lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Existe relación de causalidad jurídicamente adecuada, a los efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración, entre los daños por los que se reclama indemnización y el funcionamiento de los servicios regionales de conservación y mantenimiento de carreteras, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto es estimatoria de la reclamación, se informa favorablemente, sin perjuicio de la actualización de la indemnización procedente.

**TERCERA.**- Para futuros casos análogos al presente, deberá tenerse en cuenta lo señalado en la Consideración Segunda, II, último párrafo, del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 186-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una caída en autobús de línea regular.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2011)

**Fecha** 14/09/2011

**Extracto de doctrina**

El hecho de que en el caso del funcionamiento del servicio público de que se trata lleve implícito la generación de un riesgo inherente a los hechos de la circulación, impone, según la jurisprudencia, una inversión de la carga de la prueba a la hora de determinar la responsabilidad (art. 1 RDL ya citado y STS, Sala 1ª, de 11 de noviembre de 2010, y de 6 de abril de 2000, entre otras).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 3 de marzo de 2006, x presentó un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes en el que solicita una indemnización de 1.961,20 euros por los daños físicos sufridos como consecuencia de su caída el 25 de enero de 2006 dentro del autobús de línea regular de transporte por carretera que discurre entre Ceutí y Murcia, gestionada por la empresa concesionaria "--". Afirma que viajaba de pie porque todos los asientos estaban ocupados y que cuando el autobús, que circulaba entonces por Molina de Segura, entró en una rotonda, frenó bruscamente, como consecuencia de lo cual cayó al suelo, causándole gran dolor en el hombro, por lo que acudió primero al hospital "*Reina Sofía*", de Murcia, y posteriormente a su médico de familia, que le diagnosticó fractura de clavícula, de la que tardó en curar 40 días, durante los cuales no ha podido desarrollar su ocupación habitual ni desarrollar su vida normalmente, valorando dicho periodo de incapacidad en la cantidad antes indicada. Considera que, conforme con lo establecido en el artículo 139 LPAC, debe ser indemnizada por tales daños, que imputa al funcionamiento normal o anormal del servicio público de transporte de titularidad de la Administración regional. Solicita la práctica de prueba testifical.

A su escrito adjunta copia del billete (expedido por la concesionaria a las 7.26 horas del 25/1/2006, trayecto "*Ceutí-Estación de Autobuses*") y del parte de asistencia el citado día al servicio de urgencias del referido hospital, en el que se indica como causa de la misma un "*frenazo mientras iba en autobús sujeta con el brazo D. motivo de dolor en hombro D.*" y en el que, previo examen y radiografía (sobre la que se consigna: "*SLOT*"), se diagnostica "*tendinitis hombro D.*",

indicando la colocación de cabestrillo durante 2-3 días, determinada medicación y control por su médico; también adjunta parte de interconsulta y hospitalización del día siguiente, suscrito por el doctor x, del Servicio Murciano de Salud, consignando en el mismo *“fractura de clavícula, precisa tto. con cabestrillo y reposo y analgésicos durante 40 días”*.

**SEGUNDO.-** Mediante escrito de 21 de marzo de 2006, la Jefa de Sección de Transportes de Viajeros de la Dirección General de Transportes y Puertos informa a la reclamante que es a la empresa concesionaria del servicio a quien se ha de dirigir, de conformidad con lo establecido en el artículo 161 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP).

**TERCERO.-** El 12 de abril de 2006 la reclamante presenta un escrito (que califica como recurso de alzada) en el que, frente a lo manifestado en el oficio antes reseñado, señala que, según jurisprudencia que cita, la Administración tiene responsabilidad directa y objetiva por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos de su titularidad, sin perjuicio de la acción de regreso que tenga contra el contratista que gestione el servicio.

**CUARTO.-** Mediante oficio de 17 de abril de 2006, la Sección de Responsabilidad Patrimonial de la Secretaría General de la citada Consejería comunica a la reclamante la admisión a trámite de su reclamación, requiriéndole para que subsane y mejore su solicitud mediante la aportación de determinados documentos.

**QUINTO.-** Solicitada a la mencionada Dirección General copia del pliego de condiciones de la concesión del servicio de transporte del caso, fue remitido mediante oficio de 8 de mayo de 2006. En el mismo aparece adscrito a la concesión, entre otros, el vehículo --, con 111 plazas.

**SEXTO.-** El 8 de mayo de 2007 se practica la prueba testifical solicitada respecto de uno de los viajeros presentes, que ratifica lo alegado por la reclamante de que los asientos estaban ocupados, que aquélla viajaba de pie y que, ante el frenazo brusco del autobús, cayó al suelo, quejándose del hombro.

**SÉPTIMO.-** El 8 de mayo de 2007 la reclamante presenta escrito adjuntando documentación para cumplimentar el requerimiento que le fue efectuado en su día, de la que se destaca un parte de interconsulta y hospitalización del 20 de abril de 2006 del mismo facultativo indicado en el Antecedente Primero, que expresa que *“la paciente fue dada de alta clínica el día 30- (ilegible el mes)- 06. Requirió infiltración de hombro por tendinitis (ilegible)”*, así como una declaración

responsable de que por los hechos del caso no ha percibido indemnización de ninguna compañía de seguros u otra entidad ni formulado otra reclamación.

**OCTAVO.-** Solicitado informe a la citada Dirección General sobre la reclamación, fue emitido el 23 de mayo de 2007, en el que, en síntesis, expresa que el servicio de transporte en el que se produjeron los hechos pertenece a la concesión de servicio regular de uso general de transporte interurbano de viajeros por carretera denominada "--", de titularidad autonómica, gestionada por la empresa "--", lo que determina, según jurisprudencia que cita, que la Administración deba pronunciarse sobre la reclamación y, de concurrir los requisitos legales al efecto, responder de los daños, sin perjuicio de repetir contra el concesionario. En cuanto al fondo del asunto, expresa que no puede afirmarse inequívocamente la responsabilidad pretendida, debiendo oírse al concesionario y recabar del mismo el Registro de servicios regulado en la Orden FOM/3398/2002, de 20 de diciembre.

**NOVENO.-** El 18 de marzo de 2009 se otorga trámite de audiencia a la reclamante, no constando su comparecencia ni la presentación de alegaciones.

**DÉCIMO.-** El 19 de noviembre de 2009 se solicita informe a la concesionaria sobre la reclamación, presentando escrito el 1 de diciembre de 2009, en el que expresa que el 13 de marzo de 2006 remitió a su aseguradora "--" el parte de siniestro nº 9.739, sobre el incidente con la reclamante, y que, tras ponerse en contacto con dicha entidad, le indica que la interesada nunca se puso en contacto con la compañía, habiendo prescrito el siniestro. Añade que el vehículo que realizó el transporte era el de matrícula --, con capacidad para transportar 79 pasajeros de pie y 31 sentados (es decir, 110, número que viene a coincidir con lo previsto en el pliego de la concesión excluyendo al conductor).

Adjunta a su escrito copia de la hoja de ruta del servicio del día de los hechos, así como del mencionado parte del siniestro (registrado de entrada el 13 de marzo de 2006 en la indicada compañía de seguros), que expresa lo siguiente: *"al frenar porque se cruzó una hormigonera una viajera que iba agarrada a la barra se dio un tirón el brazo. El conductor le preguntó y le dijo que se había hecho daño. Se envía ahora porque recibimos reclamación. El conductor manifiesta que la señora no se cayó al suelo"*.

**UNDÉCIMO.-** Mediante oficio de 14 de diciembre de 2009 se otorgó a la reclamante un trámite de audiencia y vista del expediente, presentando alegaciones el 30 siguiente, en las que expresa, en relación con el anterior informe de la concesionaria, que el 3 de marzo de 2006 presentó reclamación ante la concesionaria, sin recibir respuesta alguna; que en ningún momento

la empresa le informó de la necesidad de dirigirse a compañía de seguros alguna; que, como se declaró en la prueba testifical, el accidente se produjo por un frenazo en las cercanías de una rotonda, pero no por cruzarse una hormigonera, y que aunque el día del accidente no pidió el libro de reclamaciones, lo solicitó un día posterior y no se lo dieron.

**DUODÉCIMO.-** El 18 de junio de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que no se ha probado que el vehículo fuera con exceso de velocidad o que la conducción fuera irregular, simplemente que el autobús dio un frenazo, lo que no es un hecho excepcional en el transporte, y que el hecho de que la pasajera fuera de pie influyó en el resultado dañoso.

**DECIMOTERCERO.-** Solicitado en su día el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, lo emitió el 14 de marzo de 2011, con el nº 51/2011, en el que concluyó con la procedencia de otorgar a la empresa concesionaria un trámite de audiencia y vista del expediente, al tener la condición de interesada en el procedimiento.

**DECIMOCUARTO.-** Mediante oficio de 25 de marzo de 2011 la instrucción acordó un trámite de audiencia y vista del expediente dirigido a la transportista, a cumplimentar en el plazo de diez días. No obstante, el 11 de abril de 2011, antes de finalizar dicho plazo, se formuló una nueva propuesta de resolución, con el mismo contenido sustancial que el de la reseñada en el Antecedente Duodécimo.

**DECIMOQUINTO.-** El 13 de abril de 2011 x, en representación de "--", presenta escrito en el que, en síntesis, expresa que, aunque la reclamación se basa en un anormal funcionamiento del servicio público de transporte realizado por dicha empresa, la reclamante alega como causa del accidente la producción de un frenazo brusco del autobús, siendo así que tal evento (cuya realidad no considera acreditada) no constituye por sí mismo un anormal funcionamiento del servicio, sino un hecho de la circulación y, como tal, de existir, estaría cubierto por el seguro obligatorio de circulación del vehículo, debiendo haber acudido, en su caso, a los tribunales ordinarios de justicia. Añade que cumplió con sus obligaciones en esta materia, pues tenía dicho seguro en vigor y en su día comunicó a su compañía aseguradora la reclamación que le presentó la interesada.

**DECIMOSEXTO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en concordancia con el artículo 12.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP).

### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento de la reclamación.**

I. La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, en cuanto es la persona que sufrió los daños físicos por los que solicita indemnización.

En la medida en que la reclamación se dirige contra la Administración regional, por imputarse los daños alegados a la prestación de un servicio público de transporte de su titularidad, está legitimada pasivamente para resolver la reclamación, en atención a lo establecido en los artículos 139 y siguientes LPAC, sin perjuicio, en caso de estimarla y de reconocer su responsabilidad directa al amparo del artículo 106 de la Constitución, de declarar en definitiva la responsabilidad del contratista, si la lesión producida hubiera de imputarse finalmente al mismo en aplicación de los criterios establecidos en el artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), vigente en el momento de los hechos (hoy, el artículo 198 de la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público- LCSP), doctrina que viene siendo sostenida por este Consejo Jurídico en diferentes Dictámenes, vgr. nº 49, 53 y 70/2010, entre otros.

Así, en cuanto a la legitimación pasiva y la competencia administrativa, merece destacarse la STS, Sala 3ª, de 5 de junio de 2001, en cuanto expresa lo siguiente: *“La nulidad de la resolución administrativa que se acusa en la demanda, so pretexto de la manifiesta incompetencia de la Administración para resolver la reclamación ante ella formulada, por entender que la cuestión planteada estaba atribuida a la Jurisdicción Civil, está desprovista y carece de todo fundamento, en contemplación de la particular normativa reguladora de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, vigente en la actualidad o por mejor decir en la fecha en que la reclamación fue formalmente presentada, esto es el 10 de marzo de 1994, representada en esencia por los*

*artículos 106.2 CE, 139 y siguientes LPAC, los 1 y 19 y siguientes RRP, e incluso el 123 LEF, no derogado frente a cuanto se afirma.”*

Sobre el modo de proceder en la determinación de la responsabilidad del contratista, existen dudas en la doctrina y la jurisprudencia sobre si ha de seguirse necesariamente un ulterior procedimiento administrativo de repetición frente a éste, previo pago por la Administración de la eventual indemnización al lesionado (vía que se indica esencialmente en las sentencias en las que la estimada acción de responsabilidad patrimonial se dirige sólo contra la Administración, por lo que es lógico indicar tal vía de regreso), o si cabe la determinación de la responsabilidad del contratista en la misma resolución administrativa del procedimiento de responsabilidad instado por el lesionado, previa audiencia de aquél, lo que admiten las SSTS, Sala 3ª, de 30 de abril de 2001 y 30 de octubre de octubre de 2003, por razones de economía procesal y al amparo de la potestad administrativa de interpretar el contrato y sus incidencias (es decir, al amparo del TRLCAP, hoy LCSP, y, podría añadirse, también del art. 123 LEF, no derogado, como señala la transcrita STS), proceder que no resulta en modo alguno incompatible con el hecho de que en dicha resolución se declare la responsabilidad directa de la Administración (como en este punto viene sosteniendo el Consejo Jurídico a la vista del ya citado art. 106.2 CE). Este doble pronunciamiento sobre la responsabilidad existente, realizado frente a la acción del perjudicado, vendría a suponer una suerte de solidaridad, para la mayor garantía de éste, al modo en que esta solución suele operar judicialmente en el orden privado.

II. La acción resarcitoria ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), a la vista de la fecha de los hechos y la de la presentación de la reclamación.

III. En cuanto al procedimiento, una vez acordado el trámite reseñado en el Antecedente Decimocuarto, no hay reparos sustanciales que oponer, por lo que puede entrarse en el fondo de las cuestiones planteadas.

No obstante lo anterior, se advierte que la propuesta de resolución reseñada en el citado Antecedente fue formulada antes de que finalizara el plazo concedido a la concesionaria para que presentara alegaciones, presentando ésta alegaciones en plazo. A la vista de que las mismas tienen el mismo fin desestimatorio que la citada propuesta, por razones de economía procedimental no resulta necesario en este momento la retroacción de las actuaciones para que se formule una nueva propuesta que recoja y analice tales alegaciones, sin perjuicio de que se proceda a ello tras

la emisión del presente Dictamen (cuyas Consideraciones asimismo deberían ser incorporadas, al menos en síntesis, a dicha nueva propuesta de resolución).

**TERCERA.- Planteamiento de la cuestión. Competencia administrativa para resolver el fondo de la reclamación.**

I. Conforme se desprende de su escrito inicial, la reclamante pretende el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional y la indemnización por los daños (incapacidad temporal de 40 días para la curación de una fractura -o tendinitis- de clavícula, según documentación médica que aporta) sufridos el 25 de enero de 2006 cuando viajaba como pasajera-usuaria del servicio de transporte público interurbano por carretera entre Ceutí y la Estación de Autobuses de Murcia, y que se produjeron, según alega, al caer al piso del autobús, tras un frenazo brusco de éste, indicando la reclamante que se encontraba de pie en el vehículo porque estaban ocupados todos sus asientos.

Frente a ello, la concesionaria del servicio de transporte, consciente de que, de existir la pretendida responsabilidad, la misma le sería imputada en definitiva en aplicación de los criterios establecidos en el ya citado artículo 97 TRLCAP (no se cuestiona tal aspecto), opone, en un orden lógico de análisis, y en primer lugar, la falta de acreditación del accidente y de los daños; en segundo lugar, que, dado que éstos tendrían su origen en un hecho (un frenazo de un vehículo de transporte por carretera) incluíble dentro del concepto de los "*hechos de la circulación*" de vehículos a motor (regulado en el RDL 8/2004 de 29 de Octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, y normativa de desarrollo, se deduce), estarían cubiertos por el seguro obligatorio establecido en dicha normativa, de modo que la reclamación debería haberse realizado ante los tribunales ordinarios, como es lo habitual, no en vía administrativa; en tercer lugar, considera que un frenazo, aún brusco, no implica un mal funcionamiento del servicio público de transporte, pues de lo contrario ello daría lugar a innumerables reclamaciones, a tramitar en vía administrativa, lo que no procede; finalmente, alega que el servicio se prestó con normalidad, teniendo la empresa su seguro obligatorio en vigor y habiendo comunicado a su aseguradora la reclamación que en su día le presentó la interesada.

II. Como cuestión previa debe analizarse la alegación de la concesionaria relativa a la improcedencia de la vía administrativa como cauce para resolver incidencias como la planteada por la reclamante.

A este respecto, en la Consideración Segunda, II, ya se ha apuntado el fundamento jurídico que habilita la resolución por la Administración Pública de las reclamaciones que se le dirigen para

el resarcimiento de daños que se imputan al funcionamiento de uno de los servicios públicos de su titularidad, aunque se preste por un concesionario contratado al efecto, así como el alcance de los pronunciamientos que cabe realizar por el órgano administrativo competente.

A dicha competencia administrativa para resolver el fondo de la reclamación no obsta que el daño se hubiera producido por causa de un hecho encuadrable dentro de los llamados *“hechos de la circulación”* a que se refiere la normativa sobre responsabilidad civil y seguro obligatorio en materia de circulación de vehículos a motor, es decir, los hechos derivados del riesgo creado por la conducción de vehículos a motor, como es, sin duda, un frenazo en la calzada por parte de un vehículo que realiza transporte público de viajeros, considerando unánimemente la jurisprudencia como *“tercero”* dañado al pasajero que viaja en un vehículo de transporte público como el del caso. Sin embargo, tal circunstancia no resulta en modo alguno incompatible con la referida competencia administrativa, derivada del hecho de estarse también ante un hecho producido en el seno del funcionamiento de un servicio público, sin que exista norma jurídica alguna que excluya estos casos de la operatividad de los ya citados artículos 139 y siguientes LPAC, 123 LEF y 97 TRLCAP (hoy 198 LCSP), en los términos y con el alcance antes indicado. En este sentido, además de lo expresado por la STS transcrita con anterioridad, debe destacarse lo señalado en la sentencia del TSJ de La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de junio de 2009: *“En la sentencia de instancia se acuerda la inadmisibilidad del recurso contra la denegación por silencio de la pretensión por responsabilidad patrimonial por entender que el orden jurisdiccional competente no sería el contencioso administrativo sino el civil. Y se llega a esta conclusión sobre la base de que la actora no era usuaria del servicio público de transporte, sino que “pudo ser atropellada como consecuencia de un hecho derivado del uso y circulación del autobús, incluido en el ámbito del RDL 8/2004 de 29 de Octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, y en que el conductor, al que se podría exigir responsabilidad, no tiene la condición de funcionario dependiente municipal, ni tampoco actúa en el cumplimiento de una orden o instrucción directa del Ayuntamiento y, siendo el propietario del autobús una entidad privada, de la que también depende el conductor, no se da la posibilidad que determinase la posible concurrencia de responsabilidad del Ayuntamiento”*; a ello responde el TSJ que *“tampoco compartimos el razonamiento de que debe ir a la jurisdicción civil por el hecho de que la perjudicada no era usuaria del servicio público sino una peatona; creemos que esta distinción carece de importancia alguna; daría en principio igual que la perjudicada haya sufrido un daño viajando dentro del autobús o fuera de él pero como consecuencia del uso del autobús, es decir, si hubiera sido efectivamente atropellada como se afirma en el recurso. No vemos la diferencia. Es cierto que la perjudicada podía haber dirigido su reclamación exclusivamente ante la jurisdicción civil contra el conductor, empresa propietaria y su asegurador, o contra cualquiera de ellos, pero ello no impide que pueda reclamar también contra quien es titular del servicio, en este*

*caso el Ayuntamiento y su Cia. de Seguros, viniendo obligada en este caso a acudir al orden contencioso administrativo; digamos que la perjudicada tenía varios caminos para reclamar y ha elegido uno*". En análogo sentido, la STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de junio de 2009.

Lo anterior no es óbice para reconocer que lo usual en casos como el presente es dirigir la reclamación en vía civil contra el transportista y/o su entidad de aseguramiento obligatorio de los riesgos producidos en la circulación de vehículos a motor (acción fundada en los artículos 1 y 7 del citado RDL y 1902 y 1903 del Código Civil), y/o frente a la aseguradora del viajero al amparo del seguro obligatorio de viajeros (SOV) regulado en el artículo 21 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y en el RD 1575/1989, de 22 de diciembre, aprobatorio del reglamento de dicho seguro (tratándose en ambos casos normalmente de la misma entidad aseguradora, por ser el transportista el obligatorio tomador del SOV, según dicho RD). La decisión de ejercer unas u otras acciones depende, partiendo de que se esté ante un hecho de la circulación, del convencimiento del perjudicado de poder acreditar la responsabilidad civil del conductor o la empresa transportista, frente a la, en principio, mayor facilidad de obtener el resarcimiento con fundamento en el SOV, por estarse en este segundo caso ante un seguro de accidentes (frente al de daños regulado en el referido RDL), en el que el transportista, al margen de ser el tomador de dicho seguro, es en lo demás ajeno a la relación contractual existente entre el viajero y su aseguradora, en la que la obligación de indemnizar deriva de este contrato y no de la conducta, culposa o no, del conductor, del propietario del vehículo o de terceros (aun cuando no cabe duplicidad indemnizatoria, según se desprende del artículo 21 LOTT), excluyéndose sólo de la cobertura de dicho seguro de accidentes los supuestos establecidos en el artículo 9 del citado RD (dolo, intoxicación etílica, por drogas o análogas del viajero); de este modo, fuera de estos casos legalmente tasados, procede el resarcimiento al asegurado incluso concurriendo negligencia en su propia conducta, sin moderación indemnizatoria alguna, fijándose la indemnización conforme con los criterios establecidos en dicho RD, incluyendo, en su caso, los intereses moratorios (vid. STS, Sala 1ª, de 8 de octubre de 2010, SAP Madrid de 9 de marzo de 2009 y SAP de Vizcaya de 17 de diciembre de 1999, entre otras muchas).

En definitiva, la admisión de la dualidad de vías de reclamación por daños atribuibles a hechos de la circulación como el que es del caso, así como la mayor intervención de la jurisdicción civil, se desprende de las numerosas sentencias de este orden sobre la materia, frente a los escasos supuestos en los que se plantea una reclamación en vía administrativa y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por otra parte, la justificación de acudir principalmente a la vía civil puede deberse también a razones de orden económico, ligadas al riguroso régimen de consignación o pago de la indemnización y de intereses moratorios aplicable sólo a las referidas

entidades aseguradoras (frente a las que la Administración no tiene título jurídico para derivarles responsabilidad en vía administrativa de responsabilidad patrimonial, como sí lo tiene frente al concesionario, según se dijo anteriormente). Ahora bien, y en conclusión, deducida una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración titular del servicio público de transporte, no existe óbice legal para que ésta la resuelva, debiendo atenerse al régimen de responsabilidad patrimonial que se deriva de los artículos 139 y siguientes LPAC, conforme con la doctrina jurisprudencial que los interpreta, si bien ello no significa que pueda marginarse el hecho de que en estos casos el funcionamiento del servicio público de transporte suponga también un hecho de la circulación, generador de un riesgo por la conducción de vehículos a motor del mismo modo que genera tal riesgo la circulación de vehículos ajenos a este servicio público. Esta indisociable doble conceptualización de la realidad que nos ocupa, es decir, en cuanto el hecho desencadenante del daño está inserto en el seno de la prestación o funcionamiento de un servicio público y es calificable asimismo como un hecho de la circulación, tendrá su influencia a la hora de dar respuesta a la pretensión deducida, pues una y otra perspectiva no son en modo alguno incompatibles, en el modo en que se desarrollará seguidamente.

#### **CUARTA.- Requisitos legales determinantes de la responsabilidad patrimonial administrativa. Consideraciones generales.**

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley. A tal efecto, el artículo 139 LPAC establece el deber de resarcimiento cuando se produzca un daño efectivo por causa del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y el particular no tenga el deber jurídico de soportar dicho daño (en cuyo caso se habla de lesión, en sentido jurídico).

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

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

- Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.

- Que no exista fuerza mayor.

En interpretación de este régimen jurídico, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, sentencia de la Sala 3ª, de 5 de junio de 1998) que no es acorde con la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible que se produzca el nexo causal adecuado, es decir, que exista una imputación del daño jurídicamente adecuada (y no meramente material o fáctica) entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso sufrido, sin que la marcada objetivación de la institución pueda entenderse de forma tan amplia que alcance a cubrir cualquier evento dañoso sufrido con ocasión de la prestación del servicio público. Ello, entre otras consecuencias, supone que la prestación por parte de la Administración de un determinado servicio público, o su titularidad de la infraestructura material necesaria para su prestación, no implica que aquella se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos materializados con ocasión del funcionamiento de dicho servicio de forma que deba resarcir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, producida con independencia del actuar administrativo, ya que en tal caso el actual sistema de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

De este modo, es reiterada la doctrina jurisprudencial y consultiva que niega la existencia de responsabilidad patrimonial por la producción de daños causados por el funcionamiento normal de los servicios públicos cuando aquéllos son la materialización de riesgos inevitables o inherentes a la utilización del servicio por el particular, lo que determina, en esta concreta sede, que el daño no pueda calificarse de antijurídico, por cuanto la condición de usuario del servicio entraña la asunción de esta clase de riesgos, que tiene el deber jurídico de soportar. Así, por ejemplo, y de forma paradigmática, cuando el daño se produce en el seno de la prestación normal de servicios sanitarios o docentes (vid. la reiterada doctrina de este Consejo Jurídico al respecto), supuestos en donde es decisivo el criterio relativo a la normalidad en la prestación de los servicios, pues en tales casos debe excluirse la responsabilidad patrimonial, no ya porque no concurra culpa o negligencia en el agente prestador del servicio o, desde una perspectiva general, en el funcionamiento de éste, sino porque la misma realización normal del servicio implica que el daño producido es la materialización de un riesgo que el usuario debe asumir al decidir la utilización de tal servicio (previa la correspondiente información, en su caso, como en materia sanitaria).

**QUINTA.- Determinación de los hechos del caso.**

I. Por lo que se refiere al presupuesto jurídico inicial, relativo a la producción de daños, la documentación aportada por la reclamante suscita algunas dudas al respecto, tanto derivadas de la patología que sufrió a causa del incidente en cuestión (los partes de consulta y hospitalización se contradicen, al consignar primero una fractura de clavícula y luego una tendinitis) como, sobre todo, respecto del periodo de incapacidad temporal transcurrido (por la falta de claridad de lo consignado en el segundo de ellos, según lo indicado en el Antecedente Séptimo). Ello justificaría, de considerar que concurren los demás requisitos legales para determinar la responsabilidad patrimonial, el oportuno requerimiento al SMS, en especial, a la correspondiente Gerencia de Atención Primaria, para que remitiera la documentación disponible sobre la asistencia prestada a la reclamante, con informe a estos efectos de la Inspección Médica del Servicio Murciano de Salud, de considerarse necesario por la instrucción, con posterior audiencia en tal caso de los interesados, sin necesidad de nueva remisión del expediente a este Consejo Jurídico, dada la índole técnica de esta cuestión y en evitación de unas mayores dilaciones en este procedimiento. En cualquier caso, y a los efectos de examinar el resto de requisitos necesarios para determinar la existencia o no de la responsabilidad pretendida, de los documentos presentados se desprende la existencia de un cierto periodo de incapacidad temporal, lo que es suficiente a estos concretos efectos.

II. En lo que atañe al accidente y sus circunstancias, la concesionaria alegó inicialmente, a virtud del escrito presentado el 1 de diciembre de 2009 (Antecedente Décimo), lo consignado en el parte de siniestro que remitió a su aseguradora el 13 de marzo de 2006, del que se deduce que el conductor del autobús manifestó que, debido a un frenazo efectuado porque “*se cruzó una hormigonera*” (en la trayectoria de dicho vehículo, se entiende), la reclamante, que iba agarrada a una barra del mismo, experimentó un tirón en el brazo, indicándole la misma que se hizo daño, añadiendo éste que la pasajera no cayó al suelo. La testigo propuesta por la reclamante (que declara tener amistad con ésta) manifestó que la accidentada viajaba de pie por estar todos los asientos ocupados, que el frenazo fue brusco y que se produjo circulando el autobús por una rotonda urbana; no se le preguntó por la causa del frenazo, debiendo tenerse aquí en cuenta que en la fecha de la testifical la reclamante no conocía el parte de siniestro (además de que no parece exigible que la testigo tuviera que saber necesariamente la causa de tal frenazo). Así las cosas, negada por la reclamante que la causa del frenazo fuera la irrupción de un tercer vehículo, la simple manifestación de este hecho por parte del conductor no puede resultar suficiente para tenerlo por acreditado, por ser parte interesada; en todo caso, aun en el caso hipotético de que se admitiera la existencia de dicho tercer vehículo, no constan acreditadas, ni indiciariamente, las circunstancias del frenazo, pues no existe informe policial o manifestaciones de testigos al

respecto; a todo ello se suma que en el trámite de audiencia final la concesionaria no hace referencia alguna a lo expresado en el parte de siniestro, limitándose a afirmar que un frenazo no implica un funcionamiento anormal del servicio. Sin embargo, el conductor manifiesta que el tirón en el brazo que sufrió la pasajera (con o sin su caída al suelo), se debió a tal frenazo, lo que produjo los daños a considerar (en los términos antes expuestos), por lo que debe considerarse acreditado este extremo.

Por otra parte, reconocido por la reclamante que viajaba de pie, la alegada causa de tal proceder, es decir, que todos los asientos estaban ocupados, no puede aceptarse. La declaración de la testigo en tal sentido aparece contradicha por lo que se desprende de la hoja de ruta del vehículo del día en cuestión, en concordancia con el billete de transporte aportado por la interesada. Así, de dicha hoja se deduce que en este servicio los billetes se expiden conforme van subiendo los viajeros al vehículo en las diferentes paradas de la línea, y que la 1ª expedición de ese día comenzó a las 6.44 horas; considerando que el billete de la reclamante se expide a las 7.26 horas, con el nº 3829/AD-22973, ello suponía, según dicho libro, que era el 11º de dicha expedición, por lo que, como el autobús estaba autorizado para llevar 31 pasajeros sentados y 79 de pie (así lo alega la empresa y no se contradice por la reclamante o la Administración, ni se alega infracción alguna de la normativa de circulación o de transporte aplicable al caso), en el momento en que la interesada subió al autobús existían asientos libres, de modo que el que viajara de pie no puede ser imputado a la falta de asiento, sino a su libre decisión.

**SEXTA.- El funcionamiento normal y anormal del servicio público de transporte por carretera. Funcionamiento normal: conducción con la debida diligencia. El riesgo derivado de la conducción de vehículos a motor: inversión de la carga de la prueba sobre la diligencia en la conducción. Concurrencia de responsabilidades.**

I. Por lo que se refiere a la procedencia de declarar o no en el caso la responsabilidad patrimonial de la Administración, de lo razonado en la Consideración Cuarta se desprende que su reconocimiento pasaría por considerar que el daño se debió al anormal funcionamiento del servicio público de transporte (aun en concurrencia con la conducta de la pasajera y la consiguiente moderación indemnizatoria, según luego se dirá).

En este sentido, si el funcionamiento normal de esta clase de servicios de transporte demanda, entre otros aspectos, una conducción del vehículo realizada con la diligencia debida según las normas de circulación de vehículos a motor aplicadas a las circunstancias del caso (diligencia que puede considerarse exigible con especial intensidad al tratarse de un transporte público de viajeros), el funcionamiento anormal de este servicio sería aquél en el que el transporte

se realizara apartándose de dicha diligencia. Quiere decirse que si el resarcimiento del daño a título puramente objetivo tiene un cauce específico en el SOV (con las excepciones establecidas en el artículo 9 RD 1579/1989) y tal ámbito de aseguramiento queda extramuros del presente procedimiento, la cuestión pasa por determinar si en el caso puede considerarse acreditada la diligencia necesaria en la conducción, para determinar así si el daño es imputable al funcionamiento normal o anormal del servicio de transporte.

Y a tal efecto, el hecho de que, como razonamos en la Consideración Tercera, en el caso el funcionamiento del servicio público de que se trata lleve implícito la generación de un riesgo inherente a los hechos de la circulación, impone, según la jurisprudencia, una inversión de la carga de la prueba a la hora de determinar la responsabilidad (art. 1 RDL ya citado y STS, Sala 1ª, de 11 de noviembre de 2010, y de 6 de abril de 2000, entre otras). Debe tenerse, pues, en cuenta, lo expresado en dicha Consideración sobre la compatibilidad de estar ante el funcionamiento de un servicio público y ante un hecho de la circulación, generador de riesgo para las personas, considerando que tal riesgo no aparece ligado en dicho RDL a la realización de una actividad empresarial, sino al mero hecho de la circulación de vehículos a motor, al que no puede ser ajena la Administración prestadora de esta clase de servicios de transporte, pues no hay norma jurídica que así lo disponga. Es decir que, aun partiendo de que, por tratarse de una reclamada responsabilidad patrimonial administrativa, pudiera afirmarse que, conforme con los artículos 139 y siguientes LPAC y la jurisprudencia aplicable en la materia, el funcionamiento normal del servicio no generaría aquí tal responsabilidad, si se conviene que tal funcionamiento, aplicado al caso, consiste en la realización del transporte del pasajero con la debida diligencia, corresponde al titular del servicio y a su prestador material, en cuanto generadores del riesgo derivado del hecho de la circulación, acreditar tal diligencia, salvo, claro está, que acreditasen culpa exclusiva de la víctima, procediendo una moderación indemnizatoria cuando existiera culpa no exclusiva, es decir, cuando resultase una concurrencia de causas jurídicamente adecuadas para llegar a tal solución. De esta manera, pues, y frente a las alegaciones del concesionario y el parecer de la propuesta de resolución, no cabe una afirmación genérica sobre si un frenazo de un autobús de esta clase transporte, con la intensidad suficiente como para producir daños a los pasajeros, constituye o no un funcionamiento normal o anormal del servicio, pues depende de las circunstancias del caso, relativas tanto a la diligencia del transportista como a la conducta del reclamante.

En relación con la indicada inversión de la carga de la prueba, la STSJ parcialmente transcrita en la Consideración Tercera, II, viene a acoger implícitamente tal perspectiva al declarar la existencia de responsabilidad administrativa porque *“las lesiones del x se produjeron a consecuencia de un frenazo brusco del autobús en el que viajaba, cuya necesidad ineludible no ha quedado evidenciada”*. Dicha inversión probatoria no es, por cierto, extraña en algunos otros

supuestos en que se plantea la responsabilidad patrimonial administrativa, en aplicación del principio de mayor facilidad probatoria, como en determinados supuestos de daños por colisión de vehículos con obstáculos existentes en la carretera, en relación con el estándar de vigilancia de la misma (STS, Sala 3ª, de 3 de noviembre de 2002, y Dictamen 70/05, de 22 de abril, de este Consejo Jurídico, entre otros).

II. Aplicado todo lo anterior al caso planteado, ya se ha expuesto que la mera manifestación del conductor sobre la causa del frenazo no puede considerarse suficiente para acreditar que la conducción se realizase con la diligencia que es exigible a esta clase de servicios de transporte. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la responsabilidad que cabe atribuir a la Administración titular del servicio debe ser compensada con la que cabe imputar a la reclamante por su conducta poco diligente, al no reducir, como podía y debía, los riesgos propios del transporte, al viajar de pie y no ocupar uno de los asientos libres, según se razonó con anterioridad; a ello no obsta que en el vehículo se permitiera lo primero, pues esto no excluye la obligación del viajero de adoptar en el mismo la conducta y posición más adecuadas para preservar su integridad y la de los demás pasajeros. Y, tratándose en el caso de un transporte interurbano (que implica, en general, una velocidad superior a la del transporte urbano) con asientos disponibles, la no utilización de éstos constituye una falta de diligencia en el deber del pasajero de intentar minorar, en la medida de sus posibilidades, los riesgos inherentes a eventualidades como la del caso, que no pueden ser calificadas de infrecuentes. Pero, a su vez, precisamente por el hecho de que la Administración titular del servicio permitiese el viaje de pie (hasta el punto de que había muchas más plazas destinadas al viaje de tal modo), la conducta de la reclamante no tiene el grado de gravedad ni desempeña una virtualidad causal tan intensa como para determinar su culpa exclusiva y exonerar a la Administración.

Conforme con lo anterior y con lo establecido por este Consejo Jurídico y la jurisprudencia en supuestos análogos de concurrencia de responsabilidades, la cuantía de la indemnización que en su caso proceda fijar, una vez recabada la documentación reseñada en la Consideración Quinta, I, con valoración de los daños conforme con lo establecido en el baremo aplicable en materia de circulación de vehículos a motor, debe ser minorada en un 50%, con actualización de la cantidad resultante conforme a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

Por último, sin perjuicio de estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial administrativa, y conforme con lo expresado en la Consideración Segunda, procede declarar asimismo la responsabilidad del concesionario y su obligación de satisfacer a la reclamante la indemnización establecida, en la cuenta indicada por la misma, procediendo incluso su exacción por la vía de apremio, en su caso.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Existe relación de causalidad jurídicamente adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de transporte de viajeros por carretera y los daños que se determinen conforme con lo expresado en la Consideración Tercera del presente Dictamen, en los términos expresados en la Consideración Sexta del mismo.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 187-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	14/09/2011

**Extracto de doctrina**

Los informes emitidos ponen de manifiesto asimismo la necesidad de una vigilancia especial del alumno mientras se determinan las medidas que la Administración educativa ha de adoptar para su mejor escolarización y para la prevención, en la medida de lo posible, de sus conductas dañosas; vigilancia que, según se desprende del expediente, no fue desplegada en el caso.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante oficio de 5 de octubre de 2010, la Secretaria del CEIP “*Virgen de Guadalupe*”, de Guadalupe (Murcia), remitió escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial formulado por x, en el que solicita una indemnización de 222 euros por la rotura de gafas de su hijo x, alumno de dicho centro escolar, el 27 de septiembre de 2010, fundado en los siguientes hechos: *“un niño ha roto las gafas de x cuando estaba en el recreo”*.

A dicho escrito se adjunta factura de una óptica, de 28 de septiembre de 2010, por importe de 222 euros, y el Libro de Familia del referido alumno, menor de edad (5 años).

Asimismo, obra en el expediente un informe de accidente escolar, fechado el 27 de septiembre de 2010, de la Directora del centro, en el que se expresa que dicho día, en el patio y durante el recreo *“x ha tropezado con x y al último se le han caído las gafas y se ha roto la montura”*.

**SEGUNDO.-** El 27 de octubre de 2010, el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructor, siendo notificada dicha resolución al interesado.

**TERCERO.-** Solicitado al centro un informe detallado sobre los hechos, su directora lo emitió el 17 de noviembre de 2010, expresando lo siguiente:

*"Que el alumno x está escolarizado desde este curso en el CEIP Virgen de Guadalupe, en el turno de reserva de plaza.*

*Que el orientador del centro está llevando a cabo una revisión de su diagnóstico.*

*Que, en principio, la rotura de las gafas se habría producido por una conducta inadecuada del alumno x.*

*Que dicha conducta está enmarcada en los problemas conductuales asociados al trastorno que padece (se adjunta informe del orientador del centro)".*

Por su parte el orientador del centro, x, a petición de la Directora del centro, el 15 de noviembre de 2010 emitió informe, expresando *"que el alumno x, de educación infantil de 5 años, nacido el 8 de agosto de 2005, está siendo objeto de estudio psicopedagógico para determinar afectación por Trastorno Generalizado del Desarrollo de tipo inespecífico (diagnosticado así por el servicio de neuropsiquiatría del hospital Virgen de la Arrixaca, de Murcia).*

*De lo que hasta la fecha conozco, considero que el niño no es responsable de las acciones destructivas que lleva a cabo, las cuales enmarco en los problemas conductuales derivados de su déficit en relaciones sociales, habituales en niños con este tipo de trastornos".*

**CUARTO.-** Solicitado nuevo informe al centro sobre los hechos en cuestión, fue emitido por su directora el 22 de diciembre de 2010, en el que expresa lo siguiente:

*"- Que el alumno x requiere una especial vigilancia y atención.*

*- Que el centro ha dispuesto, dentro de los recursos de los que dispone, medidas extraordinarias y refuerzos del personal docente y no docente (ATE) para ello, pero que estas medidas no siempre pueden aplicarse en su totalidad, dado que en el centro se producen incidencias como la necesidad de sustituciones, requerimiento de atención inmediata de otros alumnos para el ATE...*

*- El colegio ya solicitó a principio de curso, a través de la inspección, la dotación de un ATE más para la atención de este alumno; necesidad que no ha podido ser atendida por la Consejería.*

- Que el diagnóstico inicial con el que el alumno llegó al centro no recogía los informes médicos que posteriormente se han aportado (ya se adjuntó informe del orientador) y que, por tanto, la opción de escolarización de este alumno puede no ser la adecuada.

A dicho informe se adjuntaba otro, de la misma fecha, de una profesora del centro, sobre los hechos de que se trata, expresando lo siguiente:

*"El niño x iba corriendo cuando tropezó y chocó con x, cayendo los dos al suelo. Al caer x se agarró a las gafas de x rompiéndolas.*

*El suelo no presentaba ninguna deficiencia o anomalía y no se puede esclarecer si la acción fue intencionada o accidental".*

**QUINTO.-** Con fecha 24 de enero de 2011 el instructor solicita informe al Servicio de Atención a la Diversidad de la Dirección General de Promoción, Ordenación e Innovación Educativa, sobre la escolarización del alumno x, considerando que, por daños de éste a otros alumnos, se han instruido los expedientes de responsabilidad patrimonial nº 51 y 61 de 2010.

En el informe emitido el 4 de febrero de 2011 por el Orientador del EOEP "Murcia 2", se manifiesta lo siguiente:

*"La adecuación de los apoyos dispensados a este niño ha sido gradual, acorde a la acomodación necesaria entre los recursos existentes en el centro y las manifestaciones conductuales del alumno. De tal manera que, al día de hoy, y desde hace ya varios meses, dadas las características y evolución del alumno, la tutora de x recibe apoyo en la totalidad del horario. (...)*

*En cuanto a las expectativas de escolarización para el próximo curso 2.011-12, hay que decir que nos encontramos en pleno proceso de decisión. Por una parte, yo mismo me he encargado de llevar a cabo un estudio actualizado y pormenorizado del niño. La información recogida se encuentra en estos momentos en poder del Equipo Específico de TGD, quienes tienen previsto librar visita al centro el próximo día 8 de febrero de 2.011, martes. Tras esta evaluación especializada, si así se considerase, se emitirá el correspondiente dictamen de escolarización.*

*Añadir que en la evolución de x hay que distinguir entre la integración académica (va mejorando a buen ritmo) y la integración personal (más problemática). Precisamente, en relación a esta última, hay que decir que desde hace apenas dos semanas la tutora está recibiendo el apoyo*

*del Centro de Recursos del CEE Pérez Urruti con la intención de mejorar la integración en el aula del niño".*

**SEXTO.-** Acordado el 15 de febrero de 2011 el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, no consta la comparecencia ni la presentación de alegaciones del interesado.

**SÉPTIMO.-** El 30 de marzo de 2011 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, por considerar que concurren los requisitos legales que determinan la responsabilidad patrimonial, ya que el niño causante del daño, a la vista de la patología que padecía y a sus antecedentes en el centro, debía haber sido objeto de una mayor vigilancia en el mismo.

**OCTAVO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al interesado, por haber afrontado el coste de los daños materiales que imputa a la Administración educativa. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria y ser de su competencia la prestación del servicio público educativo con ocasión del cual ocurrió el hecho por el que se reclama.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en principio ha de considerarse formulada en plazo, si se parte de la fecha de ocurrencia del accidente y la de la presentación de la reclamación.

III. En cuanto al procedimiento, cabe señalar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Como ha señalado este Consejo en numerosos casos análogos al presente, la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia sobre reclamaciones por daños acaecidos en centros escolares destaca que debe partirse del hecho de que la Administración no tiene el deber de responder sin más de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en Centros Escolares de su titularidad, sino que para que proceda la responsabilidad patrimonial deberán darse los requisitos que la caracterizan recogidos en el artículo antes citado. Así, en su dictamen nº 1747/1997, de 24

de abril de 1997, el Consejo de Estado manifiesta que *"cualquier efecto dañoso que se produzca en los centros escolares (o como consecuencia de actividades extraescolares) no genera automáticamente una conexión causa-efecto con la prestación del servicio educativo que permita declarar la responsabilidad de la Administración, sin que, por lo demás, sea viable interpretar el referido deber de vigilancia de una manera tan extensa que convierta de hecho el servicio público educativo en una especie de actividad absolutamente controlada en cualquiera de sus manifestaciones, lo que llevaría, de admitirse, a convertir (lo cual es improcedente, según se ha señalado) el instituto de la responsabilidad patrimonial en una especie de seguro a todo riesgo, con la desnaturalización que ello comportaría"*.

Así, como se manifiesta en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de junio de 1998: *"La prestación por la Administración de un determinado servicio público no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a estas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico"*.

Asimismo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que *"durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia"*, estándar éste que resulta modulable según las circunstancias de cada caso (Dictamen del Consejo Jurídico 58/2006), por lo que se hace necesario analizar las circunstancias específicas del caso para determinar la existencia de nexo causal, sobre la base de que se entienda infringido el estándar citado (Dictamen del Consejo Jurídico 69/2008).

II. En el caso que nos ocupa, el alumno x tiene diagnosticado un Trastorno Generalizado del Desarrollo de tipo inespecífico, patología que, según los informes obrantes en el expediente, le hacen propenso a conductas dañosas con otros alumnos, lo que ha dado lugar a dos expedientes de responsabilidad patrimonial (nº 51 y 61 de 2010). Los informes emitidos ponen de manifiesto asimismo la necesidad de una vigilancia especial del alumno mientras se determinan las medidas que la Administración educativa ha de adoptar para su mejor escolarización y para la prevención, en la medida de lo posible, de sus conductas dañosas; vigilancia que, según se desprende del expediente, no fue desplegada en el caso, por lo que, conforme con las Consideraciones precedentes, procede reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa, en la cantidad indemnizatoria solicitada, vista la factura aportada, debiendo actualizarse aquélla conforme con lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Existe relación de causalidad jurídicamente adecuada, a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, entre el funcionamiento de los servicios educativos regionales y los daños por los que se solicita indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto es estimatoria de la reclamación, se informa favorablemente, sin perjuicio de lo expresado en la Consideración Tercera sobre la actualización de la indemnización procedente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 188-2011**

**Asunto** Proyecto de Decreto por el que se regulan los requisitos para el ejercicio del Buceo Deportivo Recreativo y los Centros de Buceo en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 19/09/2011

**Extracto doctrina**

1. El actual esquema autonómico de distribución de competencias (las relativas al ámbito deportivo a la Consejería de Cultura y Turismo y las de actividades náuticas a la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio -Decreto del Presidente de la Comunidad Autónoma número 24/2011, de 28 de junio-), reproduce el que tenía el Estado y es similar al de otras Comunidades Autónomas, aunque ello no implica, como es lógico, que el mismo sea el más adecuado para, como señala la Dirección de los Servicios Jurídicos, dar cumplimiento a los principios de eficacia, eficiencia, agilidad y claridad a los que se refiere la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública Regional.

2. La consecuencia de todo lo dicho es la insuficiencia de rango del Decreto para producir la modificación que pretende, insuficiencia que tiene un doble origen: primero, porque la Ley estatal 17/2009, ya citada, y la regional 12/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifican diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, condicionan el establecimiento de cualquier régimen de autorización en la prestación de servicios a que se establezca en norma con rango de ley, supuesto en que están incluidas las actividades deportivas, como ya se expuso en el Dictamen 105/2010; y segundo, porque un reglamento independiente no puede restringir la libertad básica de los ciudadanos, efecto que sólo está constitucionalmente permitido si existe una previa habilitación legal.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Se inicia el expediente mediante la elaboración por la Dirección General de Transportes y Puertos de un Borrador de fecha 27 de mayo de 2010, del Proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen (en lo sucesivo, el Proyecto), al que se une la siguiente documentación:

a) Memoria Técnico-Jurídica elaborada por el Servicio Jurídico-Administrativo de la Dirección General de Transportes y Puertos, en la que se recogen los fundamentos técnicos y jurídicos que, a su juicio, amparan la aprobación del Decreto.

b) Informe de la Sección de Actividades Náuticas de dicho Centro Directivo, sobre la necesidad y oportunidad del Proyecto. En el apartado de este informe destinado a analizar la tramitación del Proyecto, se afirma lo siguiente: *“al no ser una norma que desarrolle o ejecute leyes de la Asamblea Regional o constituya desarrollo legislativo de legislación básica del Estado, no parece sujeta al dictamen preceptivo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo del Consejo Jurídico de la Región de Murcia”*.

c) Relación de las disposiciones cuya vigencia resulta afectada por el Proyecto.

d) Memoria Económica en la que se afirma que la aprobación de la norma proyectada no generará nuevas obligaciones económicas que repercutan a nivel presupuestario.

e) Informe sobre impacto por razón de género en el que se concluye que el Decreto que se pretende aprobar *“no tiene un impacto relevante en aspectos de género, por lo que no debe incorporar medidas específicas tendentes a paliar una posible influencia negativa sobre el género”*.

f) Informe del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería consultante, en el que, salvo una objeción al contenido del artículo 4.5 del Proyecto (primer borrador), éste se informa favorablemente.

**SEGUNDO.-** Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 53.3 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 6/2004), se procede a dar audiencia del Proyecto a las siguientes entidades:

- Área de Agricultura y Pesca de la Delegación del Gobierno en Murcia.
- Consejería de Cultura y Turismo.
- Consejería de Agricultura y Agua
- Consejería de Educación, Formación y Empleo.
- Capitanía Marítima de Cartagena (Ministerio de Fomento).
- Centro de Buceo de la Armada (Ministerio de Defensa).
- Federación de Actividades Subacuáticas de la Región de Murcia.
- ABRE (Asociación de Centros de Buceo Recreativo de la Región de Murcia).
- Centros de Buceo Recreativo autorizados en la Región de Murcia.
- Entidades privadas certificadoras de buceo de recreo a nivel internacional: PDA España; SDI España; ACUC internacional; PADI España; SSI España; IDEA España.

Por otro lado, de acuerdo con la previsión contenida en el apartado 4 del citado artículo 54 y a iniciativa de la Directora General de Transportes y Puertos, el Proyecto se somete a información pública, siendo publicado el correspondiente anuncio en el BORM núm. 137, de 17 de junio de 2010.

Resultado de las dos actuaciones anteriores son las alegaciones presentadas por los siguientes organismos y entidades:

- La Consejería de Educación, Formación y Empleo, así como el Centro de Buceo de la Armada, perteneciente al Ministerio de Defensa, envían sendos escritos en los que ponen de manifiesto no tener alegación alguna que formular en relación con el Proyecto.

- La Consejería de Agricultura y Agua lleva a cabo diversas observaciones de técnica normativa.

- ACUC internacional y la Capitanía Marítima de Cartagena, formulan alegaciones de contenido técnico.

- La Asociación de Centros de Buceo de la Región de Murcia, sugiere una serie de consideraciones a tener en cuenta en la regulación de los títulos de Buceadores de primera y segunda clase, con el fin de que puedan ser reconocidos por el Instituto de Cualificaciones (INCUAL).

- La Secretaría General de la Consejería de Cultura y Turismo formula también observaciones de técnica normativa y adjunta informes de las siguientes Direcciones Generales:

- a) De Turismo, en el que se indica que algunas de las actividades que se prevén en el Proyecto pueden ser consideradas, a tenor de lo previsto en el Decreto 320/2007, de 19 de octubre, por el que se regula el Turismo Activo en la Región de Murcia, como de turismo activo, por lo que propone que el Proyecto contemple una disposición por la que se establezca que las autorizaciones que la Dirección General de Transportes y Puertos conceda a empresas o centros de buceos deberán ser comunicadas a la Dirección General de Turismo, con el fin de ser clasificadas e inscritas de oficio, si procede, en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas como empresas de turismo activo.

b) De Deportes, en el que se plantea una controversia competencial entre la Consejería impulsora del Proyecto y la de Cultura y Turismo a la que se encuentra adscrita dicha Dirección General de Deportes. En síntesis viene a plantear que el Proyecto, como ya hacía el vigente Decreto 69/2001, de 28 de diciembre (Decreto 69/2001), al que deroga, colisiona con la Ley 2/2000, de 12 de julio, del Deporte de la Región de Murcia (LD), tanto en lo que se refiere a las titulaciones que se prevén, como a la autorización de los centros de buceo, que no son otra cosa que instalaciones deportivas, cuya competencia viene atribuida por la citada LD a la Consejería competente en materia de deportes.

Seguidamente por la Jefa de Sección de Actividades Náuticas se emite informe en el que se analizan las alegaciones recibidas, señalando las que se acogen, pero sin razonar las causas por las que se inadmiten el resto.

**TERCERO.-** El texto resultante se somete a informe del Servicio Jurídico de la Dirección General de Transportes y Puertos y a la Vicesecretaría de la Consejería consultante, que son emitidos por sus titulares en sentido favorable, indicando ambos la preceptividad del Dictamen de este Consejo Jurídico, por considerar que concurre el supuesto establecido en el artículo 12.5, pero sin especificar la Ley de la Asamblea Regional o la legislación básica del Estado de las que el Proyecto constituya desarrollo legislativo.

**CUARTO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 23 de febrero de 2011, en el que tras poner de manifiesto que la cuestión más importante que suscita el Proyecto radica en la atribución competencial en materia de buceo en el ámbito de la Comunidad Autónoma, concluye resaltando la necesidad de que la normativa proyectada responda a un previo proceso de coordinación y delimitación competencial entre los diferentes departamentos afectados, cuyo resultado sea una norma fiel a los principios de eficacia, eficiencia, agilidad y claridad que establece la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública Regional.

**QUINTO.-** Recibido el anterior informe el Servicio Jurídico Administrativo de la Dirección General de Transportes y Puertos emite un documento denominado “diligencia al dictamen de la Dirección de los Servicios Jurídicos”, mediante el que se realizan, en síntesis, las siguientes consideraciones:

1.<sup>a</sup> Delimita el concepto de buceo recreativo como la práctica de inmersiones con la finalidad de contemplación, ocio y recreo, con respeto a los fondos marinos, y con finalidad no deportiva.

2.<sup>a</sup> Cuestiona la bondad de la derogación parcial del Decreto 2055/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el ejercicio de Actividades Subacuáticas (en lo sucesivo, Decreto 2955/1969), llevada a cabo por el Real Decreto 932/2010, de 23 de julio, por el que se establece el título académico de “Técnico Deportivo en buceo deportivo con escafandra autónoma” (en adelante, RD 932/2010).

3.<sup>a</sup> Defiende la competencia de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio en materia subacuática con apoyo en el Decreto 136/1995, de 2 de agosto, sobre asunción y atribución de las funciones y servicios traspasados de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de enseñanzas náutico deportivas y subacuático deportivas, que las atribuyó a dicho Departamento; circunstancia que se ha ido manteniendo en los distintos Decretos organizativos aprobados desde ese momento, incluidos los posteriores a la publicación de la LD, hasta llegar al Decreto 26/2008, de 25 de septiembre de reorganización de la Administración regional que mantiene tal situación, vigente en el momento de emitir dicha diligencia.

Cita también algunos ejemplos de Comunidades Autónomas como la Valenciana, la del Principado de Asturias o la de Cataluña, en las que las competencias que nos ocupan han sido atribuidas a Consejerías ajenas al ámbito deportivo.

Con el fin de despejar las dudas surgidas en relación con la competencia de la Consejería consultante en la iniciativa del Proyecto que nos ocupa, se efectúan una serie de modificaciones tanto en la parte expositiva como en la dispositiva, dando lugar, así, al tercer y definitivo texto.

**SEXTO.-** Con fecha de registro de entrada de 1 de abril de 2011, se ha recabado Dictamen del Consejo Jurídico sobre el Proyecto de Decreto, al que se acompaña el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Dictamen ha sido solicitado al amparo del artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), que establece su carácter preceptivo respecto

de los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo normativo de legislación básica del Estado.

La solicitud de Dictamen afirma su carácter preceptivo, aunque no explicita las razones en las que se basa para tal aseveración. En la elaboración del Proyecto se ha puesto de manifiesto una postura zigzagueante respecto a la preceptividad o no del Dictamen de este Órgano Consultivo. En efecto, en el informe de la Sección de Actividades Náuticas de la Dirección General de Transportes y Puertos, sobre la necesidad y oportunidad del Proyecto, se afirma que *“al no ser una norma que desarrolle o ejecute leyes de la Asamblea Regional o constituya desarrollo legislativo de legislación básica del Estado, no parece sujeta al dictamen preceptivo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo del Consejo Jurídico de la Región de Murcia”*. Sin embargo, tanto el informe del Servicio Jurídico-Administrativo de dicho Centro Directivo como el de la Vicesecretaría de la Consejería consultante entienden que *“es preciso recabar el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, al concurrir el supuesto establecido en el art. 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia”*. Por su parte, el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería no se pronuncia al respecto.

La Dirección de los Servicios Jurídicos, tras constatar la incongruencia en la que incurren los anteriores informes, afirma que *“partiendo de la base de que el vigente Decreto 69/2001, de 28 de septiembre no fue sometido al dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, sin que, en principio, se aprecien razones por las que la norma proyectada para sustituir a aquél deba seguir una tramitación diferente, resulta inexcusable la formulación de un criterio único al respecto por parte de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, a cuyo fin deviene esencial conocer la opinión del Servicio Jurídico de la misma”*.

Pues bien, el órgano impulsor de la norma en la denominada “diligencia al Dictamen de la Dirección de los Servicios Jurídicos” alega, en relación con la preceptividad del Dictamen del Consejo Jurídico, que *“se ratifica y confirma la necesidad y conveniencia del mismo, al concurrir el supuesto establecido en el art. 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, reiterando lo expresado en los informes del servicio Jurídico de la Dirección General de Transportes y Puertos y de la Vicesecretaría de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio”*, los cuales, recordemos, se limitan a afirmar la preceptividad pero sin concretar qué ley de la Asamblea Regional o qué legislación básica del Estado es la que desarrolla el Proyecto. En definitiva, la Dirección General de Carreteras y Puertos no atiende la observación que con carácter esencial (*“resulta inexcusable”*, dice) le formula la Dirección de los Servicios Jurídicos, en relación con el informe que debe emitir el Servicio Jurídico de la Secretaría General

sobre el tema que nos ocupa, sino que reitera la concurrencia del supuesto contemplado en el artículo 12.5 LCJ sin determinar la norma o normas, autonómicas o estatales, que desarrolla. El tema no resulta baladí, no sólo porque determinar la preceptividad de la consulta al Consejo Jurídico constituye una cuestión que debe abordarse y resolverse en el procedimiento de elaboración de la norma, sino porque precisamente esa falta de concreción va a dar lugar, como veremos más adelante, a una dificultad para determinar la habilitación normativa del Proyecto.

## **SEGUNDA.- Competencia material y orgánica.**

I. La competencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para regular la materia objeto del Proyecto dimana del artículo 10.Uno.17 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, que le atribuye la competencia exclusiva en materia de promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio. La competencia, pues, no puede derivar como se argumenta en el expediente del Real Decreto 947/1995, de 9 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de enseñanzas náutico-deportivas y subacuático-deportivas (en lo sucesivo, RD 947/1995), ya que tales Reales Decretos, como ha recordado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 88/1983, *“no atribuyen ni reconocen competencias, según hemos declarado de forma reiterada, sino que se refieren a los medios para ejercerlas”*.

II. Tal como indica la Dirección de los Servicios Jurídicos en su informe, la tramitación del expediente ha evidenciado una cuestión nada pacífica sobre la competencia orgánica para regular los centros de buceo, así como la expedición de los títulos de buceador.

La Dirección General de Deportes en el informe que figura incorporado al expediente defiende la naturaleza deportiva tanto de los títulos de buceador de primera y de buceador de segunda, como de las instalaciones (centros de buceo) que impartirían los cursos para obtener dichas titulaciones. Así, en lo que se refiere a la expedición de títulos se ampara en el artículo 17 LD en el que se dispone lo siguiente:

*“1. En los términos establecidos en la legislación general en la materia, para la realización de actividades de enseñanza, dirección, gestión, entrenamiento, arbitraje, animación y cualesquiera otras directamente relacionadas con el deporte, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, se exigirá estar en posesión de la correspondiente titulación oficial.*

*2. La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, así como las federaciones deportivas velarán de forma efectiva por el cumplimiento de la exigencia establecida en el apartado anterior”.*

Por otro lado, en lo que respecta a la autorización de los centros de buceo la Dirección General de Deportes equipara éstos a las instalaciones deportivas y, en aplicación de lo establecido en el Título IV LD y más concretamente de lo que al respecto se recoge en el artículo 28.3 que indica que *“la construcción o, en su caso, la apertura de las instalaciones o establecimientos deportivos de titularidad pública y los de titularidad privada de uso público requerirán, además de las autorizaciones establecidas en las disposiciones legales vigente, de la previa autorización del órgano competente de la Administración Regional en materia deportiva, en los términos que se establezcan reglamentariamente”*, defiende su competencia para autorizar su funcionamiento.

También entiende la citada Dirección General que el carácter lucrativo de los centros de buceo cuyo funcionamiento pretende regular el Proyecto, no constituye óbice para que los mismos se consideren como entidades deportivas, pues, de las cuatro clases que se recogen en el artículo 36 LD, dos de ellas, las sociedades anónimas deportivas y las entidades de promoción y recreación deportiva, pueden tener ánimo de lucro.

El Consejo Jurídico considera que las razones esgrimidas por el Departamento competente en materia de deportes no obstan para que existan títulos de buceo diferentes a los que reconocen ahora mismo las federaciones deportivas, ni para que las enseñanzas encaminadas a la obtención de dichos títulos se impartan por entidades cuya naturaleza jurídica no coincida con la que se contemplan en el artículo 36, d) LD. En efecto, el artículo 17 LD sólo exige estar en posesión de la correspondiente titulación oficial y resulta obvio que la Administración deportiva no ostenta con carácter exclusivo y excluyente la competencia para el otorgamiento de títulos oficiales, como evidencia el Real Decreto 1363/2007, de 24 de octubre, por el que se establece la ordenación general de las enseñanzas deportivas de régimen especial, cuyo artículo 45 establece una serie de centros de formación públicos o privados que, siempre que hayan sido autorizados para ello por la Administración educativa competente, podrán impartir las enseñanzas a las que se refiere dicho Decreto. Es más, se podría objetar que las Entidades de promoción y recreación deportiva, como entidades deportivas que son, deben tener, según se recoge en el artículo 35 LD, como objeto exclusivo o principal el fomento, el desarrollo y la práctica por parte de sus asociados de actividades deportivas o de una o varias modalidades o especialidades deportivas, circunstancia que impediría o, al menos, restringiría la realización de actividades dirigidas a colectivos ajenos al de sus asociados. Lo anterior no obsta para que pueda cuestionarse la necesidad o la conveniencia de que coexistan dos clases de títulos con habilitación para el mismo tipo de actividad (art. 14 del Proyecto en relación con el Anexo IV del mismo).

En cualquier caso, aunque la Consejería de Cultura y Turismo haya llevado a cabo las objeciones competenciales que se reflejan en el citado informe, no ha llegado a plantear el conflicto de atribuciones ante el Presidente del Consejo de Gobierno, previsto en el artículo 5.12 de la Ley 6/2004, sin que, por otro lado, la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio pueda dejar de ejercer las que tiene atribuidas, tal como se deriva del artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), al establecer que la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia.

**TERCERA.- Análisis del proceso de transferencia de funciones y servicios y su atribución a la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.**

Mediante el RD 947/1995 se traspasaron a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia las funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de enseñanzas náutico-deportivas y subacuático-deportivas. Concretamente en el apartado B) del Anexo del citado Real Decreto se especifican dichas funciones y servicios del siguiente modo:

*“La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, para el ámbito de su territorio, asume las funciones y servicios de la Administración del Estado correspondientes a la autorización de las escuelas para las enseñanzas de vela, motonáutica y navegación de recreo y las correspondientes a la autorización y apertura de centros y a la realización y control de exámenes para el acceso a titulaciones deportivas subacuáticas, así como la expedición de títulos deportivos que habiliten para el ejercicio de todas estas actividades.*

*Asimismo, llevará a cabo la realización y control de los exámenes para el acceso a las titulaciones para el gobierno de las embarcaciones de recreo. El ejercicio de estas funciones se realizará de conformidad con los criterios establecidos con carácter general por la normativa estatal en cuanto al contenido de los programas, tipos de titulación y forma de realización de las pruebas”.*

Aunque el aspecto deportivo de las actividades y servicios transferidos resulta obvio, el Decreto Regional 136/1995, de 2 de agosto, atribuyó las competencias asumidas a la entonces denominada Consejería de Política Territorial y Obras Públicas, pese a que las competencias en materia de deporte las ostentaba, en aquel momento, la Consejería de Presidencia (Decreto 8/1995, de 6 de julio).

Esta disfuncionalidad se constata también en otras Comunidades Autónomas:

1. En la Generalitat Valenciana, las competencias en materia de enseñanza y titulaciones habilitantes para las actividades deportivo subacuáticas, son ejercidas por el Centro de Desarrollo Marítimo de la Generalitat Valenciana, adscrito a la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes (Decreto 210/2001, de 18 diciembre).

2. En la Comunidad Autónoma de las Illes Balears las funciones y servicios relativos a las titulaciones subacuático-deportivas fueron atribuidas en un principio a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, pero en virtud del Decreto 40/2007, de 13 de abril, se dispone que sean asumidas por la Consejería de Turismo, basándose para ello en que *“el buceo, en los últimos años, ha experimentado un importante desarrollo como actividad lúdico-deportiva, lo cual ha supuesto el aumento de su importancia como instrumento de promoción turística, así como por atraer, para su práctica en el litoral balear, a visitantes de alto nivel adquisitivo de todos los lugares del mundo”*.

3. En la Comunidad Autónoma de Canarias las funciones y servicios que nos ocupan, una vez transferidos, fueron asignados a la Consejería competente en materia de pesca, estando ubicadas actualmente en la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación (art. 11.3,d) del Decreto 31/2007, de 5 febrero).

4. En la Generalitat de Catalunya las competencias se encuentran ubicadas en el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca (art. 22 del Decreto 336/2011, de 10 de mayo).

Sin embargo en otras Comunidades Autónomas las competencias transferidas se incluyen en las de los Departamentos que ostentan las de índole deportiva. Tal ocurre en las Comunidades Autónomas de Andalucía y de La Rioja.

La explicación de esta falta de homogeneidad en la atribución de un mismo tipo de competencias puede encontrarse en la circunstancia de que a pesar de su indudable vertiente deportiva las funciones relativas a las enseñanzas náutico-deportivas y subacuático-deportivas eran ostentadas, en el momento de producirse las transferencias, por el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, a pesar de que el Consejo Superior de Deportes, Organismo Autónomo creado mediante Real Decreto 2258/1977, de 27 de agosto, dependiente en aquellas fechas del Ministerio de Educación y Ciencia, era, y es, el organismo que ejerce la actuación de la Administración del Estado en el ámbito del deporte.

Lo anterior nos permite concluir que el actual esquema autonómico de distribución de competencias (las relativas al ámbito deportivo a la Consejería de Cultura y Turismo y las de

actividades náuticas a la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio -Decreto del Presidente de la Comunidad Autónoma número 24/2011, de 28 de junio-), reproduce el que tenía el Estado y es similar al de otras Comunidades Autónomas, aunque ello no implica, como es lógico, que el mismo sea el más adecuado para, como señala la Dirección de los Servicios Jurídicos, dar cumplimiento a los principios de eficacia, eficiencia, agilidad y claridad a los que se refiere la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública Regional.

#### **CUARTA.- Evolución en la atribución de las competencias en materia subacuática.**

Una vez recibidos los servicios y funciones de la Administración del Estado en materia de enseñanzas náutico-deportivas y subacuático-deportivas, ambas, como decíamos antes, se atribuyen a la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas (Decreto 136/1995, de 2 de agosto).

Los sucesivos decretos reorganizativos de la Administración Regional han contemplado la ubicación de estas competencias del siguiente modo:

- El Decreto del Presidente 16/1999, de 13 de julio, en su artículo 5 establece que *“corresponde a la Consejería de Política Territorial el ejercicio de las competencias en materia de Carreteras, Vivienda, Urbanismo, Transportes, Puertos y Comunicaciones que le venían anteriormente atribuidas”*, de donde cabe deducir que las actividades subacuáticas seguían en este Departamento.

- En el mismo sentido se pronuncian los artículos 13 del Decreto del Presidente 9/2003, de 3 de julio, y 2 del Decreto 60/2004, de 28 de junio, de donde cabe, pues, extraer la misma conclusión alcanzada en relación con el Decreto 16/1999.

- El Decreto del Presidente 24/2007, de 2 de julio, afirma en su artículo 11 que *“la Consejería de Turismo y Consumo es el Departamento de la Comunidad Autónoma de Murcia encargado de la propuesta, desarrollo y ejecución de las directrices generales del Consejo de Gobierno en materia de turismo; consumo, puertos, costas y actividades náuticas y cualesquiera otras que le asigne la legislación vigente”*, aquí ya se puede observar por un lado que las competencias se atribuyen a un Departamento distinto: el de Turismo y Consumo y, por otro, que la referencia a las actividades subacuáticas se descuelga del catálogo de competencias.

- Mediante el Decreto del Presidente 26/2008, de 25 de septiembre, las competencias relativas a actividades náuticas retornan a la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, pero nada se dice en relación con las subacuáticas.

- Esta omisión se detecta también en el recientemente aprobado Decreto del Presidente 24/2011, de 28 de junio, en el que se establece que *“la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio es el Departamento de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia encargado de la propuesta, desarrollo y ejecución de las directrices generales del Consejo de Gobierno en las siguientes materias: vivienda, arquitectura, urbanismo, carreteras y transportes, ordenación del territorio, puertos, costas y actividades náuticas, cartografía y cualesquiera otras que le asigne la legislación vigente”* (art. 5).

El centro directivo impulsor del Proyecto hace mención en repetidas ocasiones al Decreto 26/2008, de 25 de septiembre, para dotar de cobertura a su iniciativa normativa, pero lo cierto es que, tal como señala la Dirección de los Servicios Jurídicos, no es cierto que el citado Decreto incluya entre las competencias de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio las actividades subacuáticas (circunstancia en la que persiste el Decreto 24/2011), sin que en la diligencia emitida por el Servicio Jurídico-Administrativo de la Dirección General de Transportes y Puertos se afronte y resuelva este tema, por lo que el Consejo Jurídico opina que debería abordarse una clarificación a este respecto.

#### **QUINTA.- Normas jurídicas con incidencia en las actividades subacuáticas.**

Las normas, tanto de carácter estatal como autonómico, que, de un modo u otro, están relacionadas con las actividades subacuáticas se concretan del siguiente modo:

##### A) De carácter estatal.

1. Decreto 2055/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el ejercicio de actividades subacuáticas.

El artículo 13 de este Decreto establece tres tipos de títulos de buceo: deportivos, profesionales y militares, distinguiendo a su vez dentro de los primeros, es decir, de los deportivos, los de buceador instructor; buceador monitor, buceador de 1ª clase y buceador de 2ª clase.

El contenido de este Decreto fue desarrollado por Orden de la Presidencia del Gobierno de 25 de abril de 1973, por la que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de Actividades

Subacuáticas en aguas marítimas e interiores, y ha sido derogado parcialmente por el Real Decreto 932/2010.

- Real Decreto 1363/2007, de 24 de octubre, por el que se establece la ordenación general de las enseñanzas deportivas de régimen especial.

El artículo 5 del Decreto establece lo siguiente:

*“1. Conforme a lo previsto en el artículo 63.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, las enseñanzas deportivas la finalidad del Decreto es, conforme a lo previsto en el artículo 63.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación, las enseñanzas deportivas se organizarán tomando como base las modalidades deportivas y, en su caso, sus especialidades, de conformidad con el reconocimiento otorgado por Consejo Superior de Deportes de acuerdo con el artículo 8 b) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.*

*2. Las enseñanzas deportivas se organizarán en ciclos de enseñanza deportiva:*

*a) Las enseñanzas deportivas de grado medio se organizarán en dos ciclos: ciclo inicial de grado medio y ciclo inicial final de grado medio.*

*b) Las enseñanzas deportivas de grado superior se organizarán en un único ciclo de grado superior”.*

- Real Decreto 932/2010, de 23 de julio, por el que se establece el título de Técnico Deportivo en buceo deportivo con escafandra autónoma y se fijan sus enseñanzas mínimas y los requisitos de acceso.

En su parte expositiva el Real Decreto afirma que *“el Decreto 2055/1969, de 25 de septiembre, y su desarrollo mediante la Orden Ministerial de 25 de abril de 1973, establecieron las normas por las que han de regirse las actividades subacuáticas dentro de las aguas marítimas nacionales, así como en las aguas interiores, en este sentido se fijan cuatro títulos para el desarrollo de las actividades subacuático-deportivas: buceador de segunda clase, buceador de primera clase, monitor e instructor; concretando los requisitos y atribuciones de cada uno de ellos. Así, el presente real decreto, que se dicta en desarrollo del Real Decreto 1363/2007, de 24 de octubre, por el que se establece la ordenación general de las enseñanzas deportivas de régimen especial, establece y regula, en los aspectos y elementos básicos antes indicados el título de Técnico Deportivo en Buceo Deportivo con Escafandra Autónoma, lo que viene a sustituir, en el*

*momento de la implantación de estas enseñanzas, a los títulos de monitor e instructor establecidos por el Decreto 2055/1969, de 25 de septiembre”.*

La Disposición derogatoria primera deroga, con efectos del 1 de septiembre de 2011, la reglamentación contenida en el Decreto 2055/1969, en lo referido a los títulos de buceo deportivo de Buceador Monitor y Buceador Instructor. Al mismo tiempo la Disposición Adicional cuarta establece que dichos títulos o aquellos equivalentes expedidos por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, podrán ser objeto de homologación, convalidación y equivalencia a efectos profesionales, siempre que los títulos hayan sido expedidos antes del día 1 de septiembre de 2011.

- Orden de 14 de octubre de 1997, del Ministerio de Fomento, cuyo objeto exclusivo es establecer las normas de seguridad del ejercicio de actividades subacuáticas, con base en el artículo 86.1 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante que atribuye al Ministerio de Obras Públicas y Transportes (hoy Fomento) competencia en materia de seguridad de la vida humana en el mar.

#### B) Autonómicas.

- Decreto 69/2001, de 28 de septiembre, por el que se regula las actividades subacuáticas deportivas de la Región de Murcia.

En la exposición de motivos de este Decreto, cuyo Proyecto no fue sometido a la consideración del Consejo Jurídico, sólo se mencionan el Real Decreto 947/1995 y el Decreto 136/1995, relativos, respectivamente, como ya hemos dicho antes, a la transferencia de funciones y servicios y a la atribución de los mismos a la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio. Expresamente se indica que *“se hace necesario, dentro del ámbito competencial traspasado, regular dichas materias, dado el auge experimentado en nuestra Región por las actividades subacuáticas recreativas, así como el incremento en el número de los centros que se dedican a la organización de actividades subacuáticas y a la enseñanza de dichas actividades”.*

El artículo 1 afirma que el objeto del Decreto es regular los requisitos necesarios para la autorización y apertura de centros de buceo en el territorio de la Región de Murcia, y para la obtención de los títulos de buceo recreativo, cuyo otorgamiento es competencia de esta Comunidad Autónoma. Las entidades deportivas reguladas en la LD, cuando actúen sin ánimo de lucro, no quedarán sujetas a lo establecido en dicho Decreto.

En su articulado regula los requisitos para la apertura de los centros de buceo, sometiéndolo a un proceso de autorización previa (art. 6), así como para la obtención de los títulos de buceo recreativo que, a tenor de lo establecido en el artículo 12, serán de dos clases: buceador de segunda y buceador de primera *“que otorgarán a sus titulares las facultades señaladas en la legislación vigente para los buceadores deportivos de segunda clase y primera clase”*. Añade que dichos títulos no tendrán carácter profesional y habilitarán exclusivamente para la realización de inmersiones con equipos de buceo autónomos con fines recreativos. Los títulos oficiales de técnicos deportivos, a que se refiere el RD 1913/1997, como enseñanza de régimen especial, se regularán y expedirán por la Administración competente en materia educativa.

- El Proyecto que ahora se somete a consideración de este Órgano Consultivo sigue sin mencionar la habilitación legal en la que se ampara, y justifica su necesidad en las siguientes circunstancias:

a) La desaparición de los títulos de Buceador Monitor y Buceador Instructor regulados por el Decreto 2055/1969, al haber sido derogadas por el RD 932/2010, las disposiciones relativas a dichos títulos, lo que, afirma textualmente, *“motiva que las enseñanzas y obtención de las titulaciones deportivas de “Buceador Monitor” y “Buceador Instructor”, queden fuera del ámbito de regulación del presente Decreto”*. A este respecto cabe señalar que dichos títulos tampoco eran objeto de regulación por el vigente Decreto 69/2001.

b) La necesaria agilización y simplificación administrativa exigida por la Directiva Europea 2006/123/CE, de 12 de diciembre, que obliga a sustituir el procedimiento de autorización recogido en el Decreto 69/2001, por un procedimiento de homologación que *“sin menoscabo de la necesaria acreditación documental de la seriedad y seguridad que esta actividad requiere, sea más claro, accesible y unificado, y evite duplicidades y retrasos innecesarios que compliquen o retrasen indebidamente la prestación del servicio”*.

- Decreto 320/2007, de 19 de octubre, por el que se regulan las empresas de turismo activo de la Región de Murcia, que incluye en su anexo, entre las que tienen esa consideración, las que desarrollan actividades subacuáticas de escafandristo y snorkel, las cuales deberán comunicar con carácter previo el inicio de su actividad a la Consejería competente en materia de Turismo (art. 12), y se inscribirán de oficio en la Sección Especial de Empresas y Actividades Turísticas Complementarias del Registro de Empresas y Actividades Turísticas de la Región de Murcia (art. 13).

**SEXTA.- Necesidad de una norma legal habilitante para ejercer la potestad reglamentaria con incidencia sobre terceros.**

Como ya se adelantaba en la Consideración Primera del presente Dictamen el Proyecto no constituye un reglamento de carácter ejecutivo en sentido propio, que tenga por objeto desarrollar y hacer efectivas un conjunto de previsiones legales establecidas con anterioridad a las que sirve como complemento indispensable de acuerdo con los planteamientos habituales sobre la categoría del reglamento de desarrollo, por la sencilla razón de que dicha norma de rango legal no existe en este caso, ni como ley de la Asamblea ni como normativa estatal básica, aunque este último supuesto no cabría desde el punto y hora que la competencia que se afirma ejercer por la Comunidad Autónoma tiene carácter de exclusiva (art. 10.Uno.17 EA).

Lo anterior nos llevaría a entender que nuestro Dictamen no resultaría preceptivo, pero ello no obstaría para que el mismo se produjese con carácter facultativo; pero no es este el asunto fundamental que se plantea. En efecto, existe una cuestión de más peso jurídico: si el Proyecto objeto de Dictamen no constituye un reglamento de desarrollo ha de inscribirse en la categoría de reglamento independiente y la cuestión fundamental va a ser determinar si es posible un reglamento de este tipo en la materia regulada por el Proyecto.

Al respecto, conviene traer a colación la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional según la cual no resultaría admisible un reglamento independiente cuando se imponen obligaciones o se reconocen derechos a terceros. Así, entre otras, en su Sentencia de 22 de diciembre de 1987, expresa que *“el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la Ley, de modo inmediato o mediato, a través de la habilitación”*.

También el Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este tipo de reglamentos, dando lugar con ello a un cuerpo doctrinal conformado por un gran número de sentencias, entre las que citaremos la de 11 de abril de 1981 y la de 29 de abril de 2010, en las que el Alto Tribunal afirma que el reglamento independiente sólo es admisible, tras la Constitución, en el ámbito interno *“con fines puramente organizativos o en el marco de las relaciones de sujeción especial, no cuando regula abstractamente derechos y obligaciones de los ciudadanos en situaciones de sujeción general”*.

Según se razona en las Sentencias mencionadas, no cabe regulación reglamentaria previa o independiente en materia de reserva de Ley, y el Proyecto cuyo análisis nos ocupa incide en el ámbito de actividades administrativas, convencionalmente denominadas de policía o de ordenación

e intervención sobre actividades privadas, que inciden sobre situaciones jurídicas subjetivas de los particulares y que, por ello, requieren de una previa habilitación legal.

En efecto, en primer lugar se puede constatar que el Proyecto, aunque en la parte expositiva anuncia el establecimiento de un procedimiento más claro, más accesible y unificado, para el acceso de los centros de buceo a las actividades de formación y de buceo recreativo, en aras de lo exigido en la Directiva Europea 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre (en lo sucesivo DS), condiciona el inicio de dichas actividades al otorgamiento por parte de la Dirección General competente de lo que denomina “homologación”, pero que, materialmente, constituye una verdadera autorización que sólo se concederá en el supuesto de que, examinada la documentación aportada por los interesados, se constate que el solicitante cumple los requisitos que se exigen por el propio Decreto que se pretende aprobar. Se configura así una habilitación *a priori* para poder ejercer las actividades de enseñanza y práctica de buceo, y aunque se considere justificado este régimen atendiendo a razones imperiosas de interés general (artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio), que en este caso se concretarían en aspectos relacionados con la salud pública y protección de los consumidores, dicha exigencia sólo podría establecerse mediante ley (en este sentido lo ha interpretado el legislador balear en la Ley de 12 de noviembre de 2010, en cuya Disposición adicional octava se mantiene el régimen de autorización previa para las actividades de buceo deportivo y recreativo).

Sin perjuicio de lo anterior cabe señalar que la Ley 17/2009 fija un nuevo marco regulatorio general para hacer realidad la libertad de establecimiento, suprimiendo las barreras y obstáculos a su efectividad (art. 4). Frente a la intervención administrativa previa que, bajo el prototipo de la autorización, era tradicional y normal en el Derecho Administrativo español, se postula un control *a posteriori* mediante una serie de principios generales aplicables en los distintos escalones de la actividad administrativa y la categorización de nuevos medios de intervención *expost*. Se establece el principio general de no sujeción al régimen de autorización administrativa para eliminar intervenciones abusivas o innecesarias, pero si el control *a posteriori* del inicio de la actividad, comprobando la veracidad del contenido de la declaración responsable o de la comunicación del inicio de la actividad, puede desembocar, en el caso de constatar la falta del cumplimiento de alguno o algunos de los requisitos legalmente establecidos, en la incoación de un procedimiento que podría acabar estableciendo el cese de la actividad ya iniciada (cabe recordar aquí que la Ley 17/2009 prevé que *“cuando el acceso a la actividad o su ejercicio esté condicionado a la realización de una comunicación previa o de una declaración responsable por parte del prestador, la comprobación por parte de la administración pública de la inexactitud o falsedad en cualquier dato, manifestación o documento, de carácter esencial, que se hubiere aportado o del incumplimiento de*

los requisitos señalados en la legislación vigente determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiere lugar”), estaríamos ante una intervención administrativa de habilitación, aunque sea *a posteriori*, para el ejercicio de una actividad, que debería ser objeto inicialmente de las correspondientes previsiones legales y a partir de ello, y solamente después, cabría su posterior desarrollo vía reglamentaria.

La inicial regulación reglamentaria independiente establecida por el Estado sobre esta actividad (Decreto 2055/1969) podría justificarse en el carácter preconstitucional de dicha norma, pero resulta claro que actualmente la incidencia de la norma sobre actividades privadas con un componente indudable de prestación de servicios, requiere de la previa habilitación legal, y el Proyecto que nos ocupa tiene el claro objetivo de someter a habilitación previa las actividades a realizar por los denominados centros de buceo. Así, en el artículo 6.1 establece que *“las personas físicas o jurídicas que pretendan iniciar actividad como Centro de Buceo Recreativo deberán solicitar homologación a la Dirección General competente en materia subacuática”*, acompañando una serie de documentos y acreditando reunir unos requisitos y, sólo tras la comprobación de la realidad de dichas circunstancias, el citado Centro Directivo procederá a la homologación del centro.

La consecuencia de todo lo dicho es la insuficiencia de rango del Decreto para producir la modificación que pretende, insuficiencia que tiene un doble origen: primero, porque la Ley estatal 17/2009, ya citada, y la regional 12/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifican diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, condicionan el establecimiento de cualquier régimen de autorización en la prestación de servicios a que se establezca en norma con rango de ley, supuesto en que están incluidas las actividades deportivas, como ya se expuso en el Dictamen 105/2010; y segundo, porque un reglamento independiente no puede restringir la libertad básica de los ciudadanos, efecto que sólo está constitucionalmente permitido si existe una previa habilitación legal.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** El Proyecto sometido a consulta, en atención a los razonamientos que se contienen en la Consideración Sexta, carece de rango normativo adecuado, por lo que procede dictaminarlo desfavorablemente, sin entrar a analizar su concreto articulado.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 189-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 19/09/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.

- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada a la afectada x, según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrado por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dió traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que*

*demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que *“efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica de la paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

Que x, de 38 años de edad, estaba siendo tratada de un carcinoma epidermoide poco diferenciado de cérvix uterino en estadio IIIB, diagnosticado el 20 de diciembre de 2006.

Respecto a su tratamiento de la neoplasia, señala lo siguiente:

*“La paciente fue intervenida el día 20/12/06 mediante cirugía de Wetheim-Meigs. Tras valoración en nuestro Servicio, se planteó tratamiento con quimiorradioterapia concurrente con*

*intención adyuvante. Se administró quimioterapia con cisplatino semanal (40 mg/m<sup>2</sup> iv; dosis total: 63 mg/semana) los días 12/2, 26/2, 5/3, 12/3, 20/3 y 26/3/07”.*

En cuanto a los datos relativos a la administración de sobredosis de Cisplatino concreta lo siguiente:

*“Situación en el momento de la administración del tratamiento: La paciente presentaba buen estado general y refería síntomas compatibles con rectitis grado 2 secundaria al tratamiento, controlada con tratamiento tópico. En el momento de la administración de la segunda sobredosis (26/3/07) la paciente había presentado mayor toxicidad digestiva, por lo que con vistas a mantener la administración del tratamiento (aún no era conocida la sobredosificación) se programó ingreso hospitalario.*

*Fechas de administración: 20 y 26/3/07.*

*Dosis total de Cisplatino prescrita: 63 mg iv el día 20/3/07; 63 mg iv el día 26/3/07”.*

Asimismo indica que presentaba toxicidad aguda máxima a los siguientes niveles:

- Digestiva (náusea grado 2).
- Mielotoxicidad: neutropenia grado 4, sin complicaciones infecciosas, trombopenia grado 3, que no precisó transfusión y no asociada a sangrado clínico, anemia grado 2 que requirió tratamiento con eritropoyetina.
- Ototoxicidad: acúfeno grado 3 de más de 2 semanas de duración; no pérdida auditiva.
- Nefrotoxicidad: no.
- Neurotoxicidad: no.
- Otras toxicidades: astenia grado 2.

También detalla que requirió un ingreso hospitalario en fecha 26 de marzo de 2008 para el último ciclo de quimioterapia.

Respecto a la evolución de la neoplasia y situación actual, especifica lo siguiente:

*“Posteriormente se administró braquiterapia (Mayo-07). En el seguimiento posterior no hay datos de recaída local ni a distancia (última revisión el 14/3/08).*

*Toxicidad crónica o residual:*

- *Ototoxicidad: no.*
- *Nefrotoxicidad: no.*
- *Neurotoxicidad: no.*
- *Otras toxicidades: no.*

*Situación actual: viva y sin evidencia de recaída. No tratamiento antineoplásico activo. Presenta buen estado general y únicamente refiere continencia urinaria secundaria al tratamiento quirúrgico y a la quimioterapia.*

*(...) Juicio Diagnóstico:*

- *Carcinoma epidermoide de cérvix, estadio IIB (debe ser un error porque con anterioridad se recoge estadio IIIB), tratado con cirugía radical y quimiorradioterapia adyuvante, sin evidencia de recaída.*
- *Toxicidad residual por Cisplatino: no".*

En la nota 2 del informe se hace referencia a que la valoración de la ototoxicidad se ha hecho con los datos disponibles en su Servicio, si bien es posible que existan datos adicionales en el Servicio de Otorrinolaringología.

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cistaplino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal a x por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 6 de noviembre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, de 18 de julio de 2009, de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presenta la x con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que en este caso la administración de Cisplatino del lote Z-012, que corresponde al Cisplatino de 100 mg., sólo se puede asegurar el día 20 de marzo de 2007, siendo dudosas el 12 y el 26 del mismo mes y año. También que los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de esta paciente presentó como toxicidad por el Cisplatino:

- La toxicidad digestiva tras la segunda sobredosis ocasionó ingreso hospitalario programado de dos días para la siguiente dosis.

-La toxicidad hematológica no ocasionó complicaciones, salvo la anemia que se resolvió con la administración de eritropoyetina.

-La nefrotoxicidad se resolvió.

-La ototoxicidad: 15 días con acúfenos sin pérdida auditiva, dentro de ellos se incluyen dos días de hospitalización.

Por último, expresa que no hay secuelas de toxicidad residual.

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que valoró el daño causado en la cuantía de 1.127,21 euros.

Dicho importe se desglosa valorando un periodo de incapacidad temporal, que asciende a 1.502,95 euros, por 2 días de hospitalización, a 61,97 euros por día, 15 días improductivos a 50,35 euros por día, y 23 días no improductivos, a razón de 27,12 euros por día, sin que se aplicara ningún factor de corrección, al no tenerse constancia de que estuviera en situación de aplicársele. Sin embargo, el importe total obtenido de la suma de los importes correspondiente al periodo de incapacidad temporal, es minorado en un 25%, es decir, en la cuantía de 375,74 euros, por la

toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino, con independencia de la dosis que se suministrase.

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cistoplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta que presentara alegaciones la x, si bien comparece en las dependencias del órgano instructor para tomar vista del expediente.

**DUODÉCIMO.-** Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente."*

**DECIMOTERCERO.-** La propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (751 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (376 euros), más los intereses legales correspondientes.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 18 de abril de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que la paciente recibió ciclos de quimioterapia con Cisplatino en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel

Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cistaplino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de

sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 6 de noviembre de 2009).

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un error de medicación, al suministrar a 25 pacientes afectados de procesos oncológicos una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino.

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica, en su informe de 24 de noviembre de 2009:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso “registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos”.

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección, que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí, que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su

material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad

la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el precitado informe de 24 de noviembre de 2009 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a pruebas de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

#### **QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

##### I. Relación de causalidad.

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se*

*corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”.*

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”*. También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección *“en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%”*. De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en

la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, sino imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro, que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades

administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento. Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

### **SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 1.127 euros a la afectada, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico

correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Por parte de la afectada no se han presentado alegaciones, por lo que no se ha cuestionado la cantidad precitada.

Encontrándose justificada la cuantía indemnizatoria fijada por el órgano instructor, salvo la aplicación de un coeficiente reductor del 25 % por la toxicidad intrínseca del Cisplatino, frente al fijado en otros expediente que versan sobre la misma actuación, este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a lo señalado en otros Dictámenes (por todos, el núm. 148/2011) sobre la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente al afectado, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA.**- No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad (Consideración Quinta).

**TERCERA.**- La cuantía indemnizatoria se considera motivada, si bien habrá de ser aclarada la cuestión suscitada en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 190-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)
<b>Fecha</b>	19/09/2011

**Extracto de doctrina**

Deberá acordarse el emplazamiento como interesado al Ayuntamiento de Beniel, para que pueda personarse, tomar vista del expediente y formular alegaciones, pues la resolución del presente procedimiento pudiera afectarle a sus intereses, ante una eventual y posterior vía de regreso.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 21 de abril de 2008 se presentó en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial formulado por x y dirigido a dicha Consejería, solicitando una indemnización de 2.072,83 euros por los daños causados a su vehículo matrícula -- cuando circulaba con el mismo el 17 de marzo de 2008 por la carretera de Beniel a Zeneta (p.k. 1.9) e impactó con una tapa del alumbrado público que estaba levantada de su arqueta en la calzada y sin señalizar.

Adjunta a su escrito copia (sin compulsar) de un informe de la Policía Local del Ayuntamiento de Beniel de 17 de marzo de 2008, con croquis adjunto, fotografías del lugar, del vehículo y otras diligencias, en el que se viene a ratificar lo expresado por el reclamante (señala, entre otros extremos, que el vehículo *“pisó con la rueda delantera derecha un registro de alumbrado público, el cual se encontraba en mal estado, con la tapa sin el ariete de alojamiento y sin señalización, incrustándose la misma en el bajo del vehículo, produciéndole daños de diversa consideración”* en *“chapa inferior asiento del copiloto y en el motor del vehículo”*). También se adjunta un presupuesto de fecha 26/3/08, de un taller de reparación de vehículos, referido al vehículo en cuestión, por los conceptos *“reparar bajos parte derecha”* y *“desmontar y montar mano de obra mecánica”*, y por determinados recambios y pintura, por importe total de 2.072,83 euros.

**SEGUNDO.-** Mediante oficio de 30 de mayo de 2008 se acordó la admisión a trámite de la reclamación y se requería al reclamante la presentación de diversa documentación. Aunque dicho

oficio se dirigió al domicilio indicado por aquél en su reclamación, la notificación se practicó en otro distinto (incluso de distinta población), según el acuse de recibo obrante en el expediente (en el que se refleja la recepción de dicho oficio por una “empleada”).

**TERCERO.-** Solicitado informe de la Dirección General de Carreteras, fue emitido el 24 de julio de 2008, manifestando lo siguiente:

*“Desconocíamos hasta la fecha la ocurrencia del citado evento lesivo.*

*De acuerdo con el reportaje fotográfico enviado, la tapa de la arqueta que se hundió al paso del vehículo siniestrado se encontraba en el arcén de la carretera en zona no destinada a la circulación.*

*Dicha arqueta de registro pertenece a la red de alumbrado ejecutada y gestionada por el Ayuntamiento de Beniel y debería estar situada bajo la acera.*

*Al día de la fecha y por haberse pavimentado la zona donde se produjo el siniestro por parte de la empresa ejecutora de un colector que discurría por la carretera, desconocemos su situación el 17 de marzo de 2008.”*

**CUARTO.-** Mediante oficio de 1 de agosto de 2008 se acuerda un trámite de audiencia y vista del expediente para el reclamante, notificado en la misma forma que el trámite señalado en el Antecedente Segundo.

**QUINTO.-** Mediante oficio de 2 de octubre de 2008 se acuerda un nuevo trámite de audiencia y vista del expediente, dirigido y notificado a un domicilio no indicado por el reclamante, si bien en este caso la notificación es recibida por quien parece ser un hermano suyo.

**SEXTO.-** Mediante oficio de 7 de octubre de 2008 se requiere al reclamante para que presente la documentación ya solicitada en el oficio de 30 de mayo de 2008 (Antecedente Segundo), dirigido y notificado en la misma forma que el trámite señalado en el Antecedente Quinto, recibiendo la notificación una “empleada”.

**SÉPTIMO.-** El 9 de febrero de 2011 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que, al pertenecer el elemento causante del daño al servicio de alumbrado público municipal, la responsabilidad debe atribuirse al Ayuntamiento de Beniel.

**OCTAVO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al interesado, por haber afrontado el coste de los daños materiales que imputa a la Administración regional. Ésta se encuentra legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ha de considerarse formulada en plazo, si se parte de la fecha de ocurrencia del accidente y la de la presentación de la reclamación.

III. En cuanto al procedimiento, en su instrucción se advierten deficiencias que deben ser subsanadas a la mayor brevedad, dada la dilación del mismo, y ello para poder dar la más adecuada respuesta a las cuestiones de fondo planteadas.

Así, en primer lugar, debe requerirse a la Policía Local de Beniel para que remita copia compulsada de las actuaciones de que disponga en relación con los hechos. Además, debe requerírsele un informe adicional en el que se pronuncie sobre el exacto lugar en el que estaba la

tapa de registro del alumbrado público de que se trata, a la vista de que parece haber una patente discrepancia entre lo consignado en el croquis adjunto a su informe de 17 de marzo de 2008 y lo señalado en el informe de la Dirección General de Carreteras de 24 de julio de 2008, que deberá serle remitido, indicándole que las fotos a que el mismo se refiere son las adjuntas al referido informe policial. Y ello porque la determinación del lugar en que se encontraba la referida tapa podría influir en la responsabilidad del conductor del vehículo.

Una vez cumplimentado lo anterior, y en caso de que el solicitado informe de la Policía Local se ratificase en que la tapa en cuestión se encontraba en la zona de la calzada de la carretera destinada a la circulación, éste deberá serle remitido a la Dirección General de Carreteras para que informe lo oportuno. En todo caso, a la misma deberá solicitársele que informe si consta que el Ayuntamiento de Beniel o un concesionario suyo solicitó de dicha Dirección autorización para instalar la tapa en el indicado lugar o, en su caso, en el arcén de la carretera.

Asimismo, debe solicitarse informe al Parque Móvil de la Consejería para que se pronuncie sobre la relación de causalidad material o técnica entre los hechos, tal y como son relatados en el referido informe de la Policía Local, y el presupuesto aportado por el reclamante, así como sobre la valoración de los daños y conceptos que aparecen en dicho presupuesto.

Una vez realizado todo lo anterior, deberá acordarse el emplazamiento como interesado al Ayuntamiento de Beniel, para que pueda personarse, tomar vista del expediente y formular alegaciones, pues la resolución del presente procedimiento pudiera afectarle a sus intereses, ante una eventual y posterior vía de regreso a ejercitar por la Administración regional en el caso de que se estimara la reclamación, lo que en este momento no puede prejuzgarse. Asimismo, deberá acordarse un final trámite de audiencia y vista del expediente para el reclamante.

Posteriormente a todo ello, deberá formularse una nueva propuesta de resolución, que deberá ser remitida este Consejo Jurídico, con lo adicionalmente actuado, para la emisión del Dictamen que proceda.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Procede retrotraer las actuaciones al momento procedimental adecuado para realizar las actuaciones indicadas en la Consideración Segunda del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, y por las razones indicadas anteriormente, la propuesta de resolución se informa desfavorablemente, sin perjuicio de lo que proceda dictaminar en el momento procedimental oportuno.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 191-2011**

**Asunto** Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas (2008)

**Fecha** 19/09/2011

**Extracto doctrina**

Examinado el contenido del Reglamento proyectado, se advierte que, de sus 31 artículos, sólo 11 preceptos incluyen determinaciones que pueden considerarse normas de desarrollo o interpretación de la LVTM (...). En un examen general, se advierte que tales determinaciones no justifican en modo alguno la práctica reproducción de la ley (ni siquiera aunque se cite la procedencia legal de los preceptos reiterados), entre cuyos preceptos se han insertado los pocos que tienen algún contenido de desarrollo de la misma.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 12 de marzo de 2010, el Vicesecretario de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas emitió un informe sobre la necesidad y oportunidad de aprobar un Decreto por el que se estableciera el Reglamento de la Ley 7/2009, de 2 de noviembre, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en adelante, LVTMU), al que se acompañaba un primer borrador de Proyecto de Decreto, y un informe, de la misma fecha, sobre el impacto por razón de género del mismo.

**SEGUNDO.-** Elevada la correspondiente propuesta de tramitación a la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, mediante oficios de 15 de marzo de 2010, su Secretario General remitió el referido borrador a determinadas Consejerías y Organismos de la Administración regional, así como a diversas entidades representativas del colectivo de víctimas del terrorismo y a otras entidades interesadas en la materia, recibándose alegaciones de algunos de los requeridos, con observaciones mayoritariamente puntuales y no sustanciales sobre el texto.

**TERCERO.-** Elaborado un segundo borrador, el 5 de mayo siguiente el Vicesecretario emite un informe económico sobre la futura norma, refiriéndose, por un lado, a los créditos previstos en la ley regional de presupuestos generales para 2010 dedicados a subvenciones a entidades relacionadas con la materia de que se trata; por otro, y respecto de las ayudas económicas a las

personas físicas potencialmente beneficiarias de la LVTMU, señala la complejidad y dificultad en prever las repercusiones económicas de la norma, indicando, no obstante, que, partiendo del límite máximo de 60.000 euros por beneficiario establecido en la LVTMU, si se aplicara tal límite a unos 55 potenciales beneficiarios, según datos obtenidos de una asociación de víctimas del terrorismo, resultaría un gasto estimado de 3.300.000 euros.

**CUARTO.-** Solicitado a la Dirección General de Presupuestos el informe preceptivo a que se refiere la Disposición adicional del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre (TRLH), el 24 de mayo de 2010 dicha Dirección indica que resulta necesario concretar cómo se financiaría el referido importe, a fin de poder emitir dicho informe.

**QUINTO.-** El 4 de junio siguiente, un Asesor Facultativo de la Consejería proponente emite informe en el que expresa que dichos posibles gastos se financiarían con fondos propios no afectados del presupuesto de ingresos de la Comunidad Autónoma, con cargo a las correspondientes partidas presupuestarias de las diferentes Consejerías a las que el Proyecto (art. 26) atribuye la competencia para tramitar y otorgar las ayudas económicas y para realizar las prestaciones asistenciales previstas en la LVTMU, en atención a su diferente índole.

**SEXTO.-** El 16 de junio de 2010, la citada Dirección General emite informe en el que expresa que el anterior informe no concreta las partidas presupuestarias (del presupuesto de ese año, se entiende) destinadas a tales gastos, ni tampoco se concreta en el Proyecto el importe del Fondo de Solidaridad a que se refiere el artículo 24 LVTMU y el artículo 31 del Proyecto, por lo que la financiación de dichos gastos no queda acreditada.

**SÉPTIMO.-** Solicitado informe al Consejo Económico y Social, fue emitido el 1 de octubre de 2010, en el que, sin perjuicio de realizar observaciones concretas al articulado (algunas sobre su ajuste a la LVTMU), de sus conclusiones se destaca lo siguiente:

*“A juicio de esta Institución debe ponerse de relieve que la mayor parte de los preceptos (...) son reproducción literal de las disposiciones contenidas en la Ley 7/2009. (...). La utilización de esta técnica jurídica en la configuración de las normas reglamentarias, denominada “lex repetita”, (...) ha sido objeto de crítica por la Dirección de los Servicios Jurídicos y por el Consejo Jurídico por los problemas que suscita desde el punto de la seguridad jurídica. El propio Consejo Económico y Social ha tenido la oportunidad de manifestar (...) que comparte este punto de vista en aras a garantizar el principio de seguridad jurídica aun cuando haga las normas algo menos accesibles al ciudadano. (...)*

*Asimismo debe señalarse que, presumiblemente, la legislación autonómica en materia de protección a las víctimas del terrorismo tendrá que ser objeto de revisión en un futuro próximo como consecuencia de las novedades que introducirá en la legislación estatal la aprobación de la Proposición de Ley de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo actualmente en trámite en el Congreso de los Diputados (...)*

*A la vista de las anteriores consideraciones, a juicio del Consejo Económico y Social, pudiera ser conveniente que (...) el Reglamento (...) se limitase al desarrollo de los preceptos de la Ley 7/2009 que requieren de dicho desarrollo para su aplicación, sin necesidad de incorporar la transcripción de aquellos preceptos que no necesitan de dicho desarrollo y respecto a los que el Proyecto de Reglamento no aporta ninguna concreción, y que se incluyesen aquellas cuestiones que, señaladas en el cuerpo del presente Dictamen, en opinión del CESRM están necesitadas de una determinación reglamentaria.”*

**OCTAVO.-** Elaborado un nuevo borrador de Proyecto, se solicitó el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, que fue emitido el 23 de diciembre de 2010, en el que, en síntesis, de forma general se plantea si es necesaria tan extensa reiteración de preceptos de la LVTMU y si no hubiera sido suficiente, en aras de la simplicidad y economía normativas, limitar el Decreto a la regulación de aquellos aspectos concretos que complementen la regulación legal; además, realiza observaciones sobre el ajuste de algunos preceptos al texto legal de referencia.

**NOVENO.-** El 20 de enero de 2010, el Vicesecretario de la Consejería proponente emite informe en el que resume las alegaciones presentadas y las consideraciones de los informes emitidos, señalando los extremos que han sido aceptados.

**DÉCIMO.-** Obra en el expediente diligencia de 24 de enero de 2011, del Secretario de la Consejería, relativa al cuarto borrador de Proyecto de Decreto, sobre el que en la fecha indicada en el encabezamiento del presente se solicita el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando a la petición de consulta copia foliada del expediente tramitado, así como su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), debido a que el Proyecto sometido a consulta es una disposición de carácter general de desarrollo de una Ley de la Asamblea Regional, concretamente, la LVTMU.

## **SEGUNDA.- Procedimiento.**

La tramitación realizada se ha ajustado, en lo sustancial, a lo establecido en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, reguladora del procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias.

Sin perjuicio de lo anterior, debe destacarse que el informe reseñado en el Antecedente Noveno, dedicado a motivar la respuesta dada a las alegaciones presentadas y a las consideraciones expresadas en los informes emitidos, resulta incompleto, pues sólo se refiere a los extremos que han sido aceptados por la Consejería proponente, pero no contiene las razones por las que se rechazan el resto de propuestas y sugerencias.

Por otra parte, el estudio económico resulta insuficiente, en la medida en que la estimación de los gastos que generaría la aprobación del Proyecto se basa únicamente en los datos que se dicen proporcionados por una asociación de víctimas del terrorismo (sin que conste la información de que disponía ésta para ofrecer los datos suministrados a la Consejería), cuando, junto a tal consulta, debía haberse requerido la colaboración del Ministerio del Interior para que proporcionase (con o sin identificación de las concretas personas) la información que constara en sus archivos (hubieran o no solicitado éstas las ayudas previstas en la normativa estatal en la materia) sobre el número de víctimas por actos terroristas ocurridos en la Región de Murcia desde el 1 de enero de 1968 (D. Transitoria Única LVTMU) y, respecto de actos ocurridos fuera de la Región, de las víctimas de las que constara su vecindad administrativa murciana, a los efectos de evaluar los potenciales beneficiarios en los supuestos a que se refiere el artículo 23.1, e) del Proyecto de Decreto. Ello hubiera aportado una mayor base para la estimación de los gastos que pudieran producirse en relación con las víctimas del terrorismo ya existentes, pues respecto de las futuras es obvio que no puede determinarse nada al respecto. En todo caso, la Disposición Final Primera de la LVTMU prevé que *“se producirán las modificaciones de crédito pertinentes”* para atender los gastos que pudiera generar su aplicación.

Debe tenerse en cuenta que el derecho a las ayudas económicas previstas en la LVTMU depende, en determinados casos (los más numerosos, según más adelante se dirá), de que el

interesado haya obtenido previamente la indemnización que, por el mismo concepto, pueda otorgar la Administración del Estado, sólo tras lo cual puede obtener la ayuda complementaria de la Administración autonómica, consistente en un 30% adicional sobre la cantidad otorgada por el Estado (artículo 12 de la ley), lo que igualmente introduce un factor de incertidumbre sobre los potenciales compromisos que tuviera que asumir la Administración regional.

En cualquier caso, y sin perjuicio de lo que se hubiere previsto en la vigente ley regional de presupuestos generales, el estudio económico realizado pone de manifiesto que, en principio, y a salvo determinadas partidas para subvenciones a asociaciones en la materia previstas para el ejercicio anterior (ayudas que el artículo 20 de la ley sujeta a previa concurrencia competitiva), no constan partidas presupuestarias vigentes al efecto, lo que resulta necesario para poder otorgar las ayudas que consisten en una prestación económica (por daños físicos, psíquicos y materiales -arts. 6 a 11- y ayudas económicas para estudios, trabajo o alojamiento provisional -arts. 17, 18 y 19.3 de la ley-), frente a la mayor facilidad existente en este punto para las prestaciones asistenciales (sanitarias, psicológicas y psicopedagógicas, previstas en los artículos 14 a 16), que podrían ser, en principio, cubiertas con los medios y estructuras de que ya dispone la Administración regional.

**TERCERA.- Contenido del Proyecto: repetición de preceptos legales y normas propiamente reglamentarias. Reconsideración de su alcance y configuración.**

I. Formalmente, el Proyecto incluye una exposición de motivos, un artículo único, de aprobación del Reglamento de la LVTMU, una Disposición Adicional Única, sobre futuras modificaciones presupuestarias para atender los gastos derivados del régimen de ayudas de que se trata, y una Disposición transitoria única, sobre aplicación retroactiva del Reglamento (en desarrollo a su vez de lo establecido en la Disposición Transitoria Única de dicha Ley, que alcanza a daños por actos terroristas acaecidos desde el 1 de enero de 1968).

A su vez, el Reglamento que se pretende aprobar consta de 31 artículos, divididos así: Capítulo I, de disposiciones generales; Capítulo II, sobre indemnizaciones por daños físicos o psíquicos, reparaciones por daños materiales, prestaciones asistenciales y ayudas extraordinarias, dividido a su vez en cuatro Secciones; Capítulo III, dedicado a los requisitos y procedimiento de concesión de las ayudas; y Capítulo IV, sobre las subvenciones, dividido en dos Secciones.

II. Examinado el contenido del Reglamento proyectado, se advierte que, de sus 31 artículos, sólo 11 preceptos incluyen determinaciones que pueden considerarse normas de desarrollo o interpretación de la LVTMU (aunque algunos de tales preceptos se exceden o apartan del contenido de ésta, según se razonará en la siguiente Consideración); dichos preceptos son el 5.2;

6.2 y 3; 7.2 (el segundo de tales números, pues se duplica) y 3; 13.3; 14.3; 16.2; 19.4; 21.3, d) y e); 23.1,e); 24.2; 26.1 y 2; y 31.2. En un examen general, se advierte que tales determinaciones no justifican en modo alguno la práctica reproducción de la ley (ni siquiera aunque se cite la procedencia legal de los preceptos reiterados), entre cuyos preceptos se han insertado los pocos que tienen algún contenido de desarrollo de la misma. Dicha técnica de reproducción general de la ley es más propia de los reglamentos que tienen una vocación de desarrollar con profusión y generalidad la ley de que se trate, por ser ello necesario a la vista del contenido de las normas de que se trate. En nuestro caso, como ya indicó el informe del Consejo Económico y Social, la LVTMU tiene un alto grado de concreción, lo que explica que el reglamento proyectado incluya pocas determinaciones de desarrollo, pero, además, y como igualmente apunta dicho órgano, tampoco se han agotado las posibilidades que en este punto se desprenden del texto legal (confróntese el Proyecto, por ejemplo, con el RD 288/03, ya citado, o el Decreto 109/2010, de 16 de julio, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 1/2004, de 24 de mayo, de la Generalitat valenciana, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo).

A la vista de lo anterior, la pretendida configuración del Reglamento como una especie de LVTMU ampliada en algunos extremos, no resulta aquí una técnica normativa justificada, dadas las escasas determinaciones de desarrollo que se prevén, y desnaturalizaría la finalidad propia de las normas reglamentarias, que es el desarrollo e interpretación, en su caso, de la ley, siendo lo correcto más bien que aquél incluya sólo los preceptos que desarrollen efectivamente e interpreten, en lo necesario, la norma legal, acompañados por aquéllos pocos de la ley cuya reiteración puede resultar necesaria para dotar de coherencia a las determinaciones reglamentarias (y citando en tal caso la procedencia legal del precepto reiterado).

III. Aplicado lo anterior al texto dictaminado, el Consejo Jurídico considera que deben seguirse los siguientes criterios.

En primer lugar, procede la supresión de toda la Sección Segunda del Capítulo II, dedicada a las ayudas por daños materiales, porque no contiene determinación reglamentaria alguna y porque las dos innovaciones previstas son contrarias a la LVTMU (el proyectado artículo 13.3 es contrario al 7.2 de la ley, y el 14.3 es contrario al 12.2), según luego se razonará.

Asimismo, deberían suprimirse los artículos de la Sección Tercera de dicho Capítulo (dedicada a las prestaciones asistenciales) que se limitan a reiterar la ley, que son la mayoría, debiendo ceñirse así el Proyecto a incluir en tal Sección los concretos preceptos en que se prevé alguna determinación reglamentaria, que son los que siguen, debiendo darse una redacción que

revele con claridad que se está ante un desarrollo reglamentario, añadiendo en algún caso alguna determinación de la ley para clarificar su alcance en relación con ésta.

Así, el tenor del proyectado artículo 16.2 habría de reconducirse para que dispusiera simplemente que, a los efectos de lo previsto en el artículo 14.2 de la LVTMU, se estará a lo dispuesto en la Orden de la Consejería de Sanidad (o norma que la sustituya) citada en tal artículo 16.2. Análogamente, el proyectado artículo 19.4 debería establecer que las convocatorias a que se refiere el artículo 17.4 de la ley especificarán los rendimientos académicos mínimos admitidos a los beneficiarios, así como el umbral de renta y patrimonio familiar permitido, que se concretarán de acuerdo con la legislación estatal vigente en la materia.

Respecto del proyectado artículo 21.3, d), e) y f), sobre ayudas por alojamiento provisional (que, según el artículo 19.1 LVTMU, se dispensan a las personas que, por daños a su vivienda habitual como consecuencia de actos terroristas, se ven impedidas de utilizarla temporalmente), debería preverse un precepto que estableciera que, a los efectos de lo previsto en el artículo 19.3 de la LVTMU, se fija un máximo de cobertura de 60 euros diarios por persona, si bien cuando la ayuda concedida se dedique al alquiler de una vivienda, no podrá superarse la cuantía máxima de 1.200 euros mensuales por unidad familiar, sin perjuicio en todo caso de que las ayudas por alojamiento provisional no puedan superar el coste efectivamente soportado por este concepto, así como del límite máximo global de 60.000 euros por beneficiario establecido en el artículo 12.4 de la ley. Además, se podría añadir que tales límites operarán respecto de la cuantía calculada conforme con lo dispuesto en el artículo 12.2 de dicha ley (es decir, que la ayuda será el 30% de la cantidad concedida por la Administración del Estado); además, como la normativa estatal también contempla ayudas en estos supuestos y para los mismos beneficiarios que la LVTMU, el Proyecto no ha de referirse al supuesto en que dicha Administración estatal no otorgue ayuda por este concepto, como sin embargo se pretende en la letra d) del precepto proyectado. Sobre esta última circunstancia se ahondará en la siguiente Consideración, al comentar este precepto junto a otros de similar contenido del Proyecto, como los artículos 7.2 (duplicado) y 14.3.

Asimismo, carece de sentido la Sección Cuarta de este Capítulo II, dedicada a las ayudas extraordinarias, en cuanto se limita a reiterar el artículo 22 de la ley, e igualmente cabe decir del Capítulo IV, dedicado a las subvenciones, pues no incluye desarrollo alguno de lo previsto para estos aspectos en la LVTMU.

#### **CUARTA.- Habilitación legal.**

Examinado el Proyecto, puede decirse que, en general, se ajusta al marco legal de preceptiva observancia, en especial, a la tan citada LVTMU, sin perjuicio de las observaciones que se realizarán seguidamente sobre algunos de los preceptos del Reglamento que se pretende aprobar.

- Artículo 6.2.

Este precepto se refiere al orden de prelación de los beneficiarios de ayudas económicas (*"indemnizaciones"*) en caso de fallecimiento de la víctima por un acto terrorista; y, aunque, correctamente, a la vista de lo dispuesto en el artículo 6.2 LVTMU, se parte de considerar como beneficiarios a los *"afectados"* a que se refiere el artículo 4.1, b) de ésta, en el Proyecto se omite, de entre las personas (y sus circunstancias) expresadas en este precepto, a los nietos, hermanos y abuelos de la víctima cuando no dependan económicamente de ésta. Ello no es correcto, pues dicho artículo 4.1, b) reconoce la condición de afectados a todos los familiares de la víctima hasta el segundo grado de consanguinidad, independientemente de que dependan o no económicamente de ésta; tal dependencia es un criterio que puede hacerse valer para determinar el orden de prelación de los afectados, pero no permite la exclusión de tales familiares cuando no sean dependientes. Así, el grupo de beneficiarios comentado, es decir, los nietos, hermanos y abuelos cuando no dependan económicamente de la víctima (por tal orden sucesivo y excluyente, según se desprende del Proyecto cuando se refiere a dichos familiares en el caso de que dependan de la víctima), debe incluirse en este artículo 6.2, debiendo ponderarse si debe situarse o no por delante del grupo de los familiares y personas recogidas en la proyectada letra e) del precepto, es decir, de los familiares hasta el segundo grado de afinidad (sobre los que el Proyecto no diferencia por su situación de dependencia económica, lo que, sin embargo, parece procedente) y de otras personas que convivieran de forma estable con la víctima y dependieran de la misma, por este orden.

- Artículos 7.2 (duplicado), 14.3 y 21.3, d).

En los respectivos casos y por los conceptos a que se refieren estos preceptos (indemnizaciones por daños físicos o psíquicos -art. 7.2-, reparaciones por daños materiales -art. 14.3- y ayudas económicas para alojamiento provisional -art. 21.3, d)-, se contempla el supuesto de que, habiendo solicitado el interesado la correspondiente ayuda a la Administración del Estado, ésta no la concediere, previendo entonces tales preceptos que la Administración regional otorgará una ayuda que ascenderá al 30% de la cantidad que resultaría de aplicar los criterios establecidos en la legislación estatal sobre víctimas del terrorismo.

Sin embargo, dichos preceptos se apartan del sistema configurado por el artículo 12 LVTMU que, en principio, subordina el otorgamiento de ayudas económicas autonómicas por tales conceptos a que el interesado haya obtenido previamente indemnización de la Administración del Estado por el concepto de que en cada caso se trate; así, dicho artículo establece en su número 2 que *“la Comunidad Autónoma incrementará las cantidades concedidas por la Administración estatal en un treinta por ciento”*, fijando luego en sus números 3 y 4 dos límites cuantitativos, que operarían, en su caso, sobre la cantidad así calculada. De esta forma, la LVTMU parte de considerar que la actuación de la Administración regional en relación con las ayudas a que nos referimos (es decir, las reguladas en el Capítulo II de la ley y en su artículo 19, en este último caso por la remisión que en él se hace al artículo 12), opera como complemento de la ayuda concedida, por el mismo concepto, por la Administración del Estado. Sin embargo, no hay precepto en la LVTMU que habilite a la Administración regional a conceder una ayuda cuando, estando prevista la correspondiente ayuda estatal en la normativa aplicable, ésta no sea otorgada por la Administración del Estado (por extemporaneidad en su solicitud, por ejemplo), como podría derivarse en todo caso de los preceptos comentados. La LVTMU, a diferencia, por ejemplo, de la ley valenciana antes citada, no contiene un precepto, como el 12.3 de ésta, en el que, tras establecer el sistema ordinario de ayudas autonómicas por vía del incremento porcentual de las ayudas concedidas por la Administración del Estado, disponga que *“en casos excepcionales en los que la solicitud presentada a la Administración estatal no fuera atendida, la Administración de la Generalitat podrá hacer efectivas las ayudas solicitadas en el ámbito estatal e incrementadas según se indica en el apartado anterior”* (que prevé el mismo incremento porcentual que la ley murciana). Quiere decirse, pues, que el Proyecto de Reglamento pretende introducir unas determinaciones que, en los términos genéricos pretendidos, es decir, amparando el derecho a la ayuda regional ante cualquier causa de denegación de la solicitud de ayuda estatal, no tienen la necesaria cobertura legal.

No obstante lo anterior, y como señala el dictamen del CESRM, sí procedería el otorgamiento de ayudas regionales, aun sin otorgamiento de ayuda por la Administración del Estado, en los concretos supuestos en que la LVTMU hubiera previsto ayudas que no estuvieran contempladas en la normativa estatal (algo que es perfectamente lícito, por cuanto se trata de competencias concurrentes, no dependientes forzosamente entre sí). Ello, como seguidamente veremos, sólo sucede en este momento en relación con determinadas personas que en la LVTMU tienen la condición de posibles beneficiarios de la indemnización regional por fallecimiento de la víctima y que, sin embargo, no tienen la condición de beneficiarios a efectos de las ayudas estatales por este concepto. Esta circunstancia no puede llevar a la consecuencia de no poder otorgar en estos casos la ayuda autonómica, pues la LVTMU ha previsto implícitamente la posibilidad de que tales personas las reciban, pues de lo contrario no las hubiera reconocido como

beneficiarios de la misma, en atención al orden de prelación que se estableciera reglamentariamente (siendo la LVTMU muy posterior a la normativa estatal en la materia).

Por ello, para los concretos casos en que la LVTMU reconociera supuestos en que procediera el otorgamiento de ayudas que no estuvieran contempladas en la normativa estatal a efectos de obtener la ayuda de la Administración del Estado, y con el fin de no hacer inefectiva la ley regional en este punto (al no ser entonces operativa la regla general de incremento porcentual establecida en el artículo 12.2), resulta necesario que se establezca reglamentariamente, ante la falta de previsión en la LVTMU y por analogía con el citado artículo, que en tales casos la ayuda autonómica se determinará conforme al modo que se deduce de los artículos proyectados, es decir, calculando la cuantía de la ayuda estatal que hubiera recibido hipotéticamente el interesado de haber sido considerado beneficiario según la normativa estatal, para, a partir de tal estimada cantidad, aplicarle el porcentaje establecido en el artículo 12.2, en que consistirá la ayuda regional.

Partiendo de lo anterior, la confrontación entre la vigente normativa estatal (la ley 13/1996, de 30 de diciembre, en sus artículos 93 y siguientes, la ley 32/1999, de 8 de octubre, y los RRDD 1912/1999, de 17 de diciembre, y 288/2003, ya citado) y la LVTMU revela que el único supuesto de discordancia entre ambas, a los efectos que aquí interesan, se refiere, como ya se avanzó, a determinados beneficiarios de las ayudas previstas por fallecimiento de la víctima, en donde la norma murciana tiene un alcance subjetivo más amplio que la normativa estatal.

En efecto, del artículo 4.1,b), en concordancia con el 6.2 LVTMU, se desprende que pueden ser beneficiarios de la indemnización por fallecimiento de la víctima determinadas personas que no son considerados beneficiarios en las citadas normas estatales: a) los convivientes con la víctima (con relación análoga a la conyugal) durante un periodo inferior a dos años, sin que tengan descendencia en común; b) los hermanos, abuelos y nietos sin dependencia económica con la víctima; c) todos los familiares de la víctima por afinidad, hasta el segundo grado; y d) otras personas que convivieran de forma estable con la víctima y dependieran de ella.

Sin embargo, no existe discordancia entre una y otra normativa en lo tocante a la indemnización por daños materiales o a la ayuda económica para alojamiento provisional, pues en estos casos los beneficiarios son los mismos en una y otra legislación: los titulares de los bienes dañados (salvo en el caso de daños en viviendas cuyos arrendatarios u ocupantes hubieran efectuado o dispuesto legítimamente la reparación, en cuyo caso los beneficiarios serán éstos, ex artículos 7.2 y 8.5 LVTMU) y, para el alojamiento provisional, las personas que, como consecuencia de los daños ocasionados por un acto terrorista en su vivienda habitual, se vean impedidas de utilizarla temporalmente (art. 19.1).

Aplicado lo anterior a los preceptos del Reglamento objeto de análisis, resulta lo siguiente:

Respecto del proyectado artículo 7.2 (que está duplicado, lo que debe corregirse), debe sustituirse por un precepto que establezca que, en el caso de personas que, conforme con lo establecido en el artículo 6.2 de la ley y 6 del reglamento, tengan la condición de beneficiarios de la indemnización por fallecimiento de la víctima, pero no tengan tal condición conforme a la normativa estatal en materia de ayudas a víctimas del terrorismo, la Administración regional concederá, en su caso, una indemnización que ascenderá al treinta por ciento de la que resultaría de aplicar los criterios establecidos en dicha normativa estatal, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 12 de la ley. Como este último artículo exige en todo caso la formulación de solicitud a la Administración del Estado, hay que entender que también en estos supuestos el interesado debería dirigirse a aquélla la correspondiente solicitud, para que dicha Administración verificase efectivamente si el peticionario tiene o no en su normativa la condición de beneficiario de la indemnización y, en caso de no tenerla, adoptar resolución que deniegue su otorgamiento, a partir de lo cual podría solicitar la ayuda regional.

Además, y conforme con lo anterior, en los preceptos del Proyecto en que se hace referencia a la resolución de la Administración del Estado que deniegue la correspondiente indemnización (y que son, concretamente, la Disposición Transitoria única, 2 del Proyecto de Decreto y el artículo 24.2 del Reglamento), debería añadirse que tal supuesto de resolución denegatoria se refiere al caso contemplado en el artículo 7.2 del Reglamento (en los términos propuestos del mismo). Así, por ejemplo, en la citada Disposición Transitoria, debería precisarse: *“...por la que se conceda o deniegue, en este último caso en el supuesto contemplado en el artículo 7.2 del Reglamento, la correspondiente ayuda de la Administración del Estado”*, o fórmula similar.

Respecto de los proyectados artículos 14.3 y 21.3, d), procede su supresión pues, como se ha dicho, las ayudas de que respectivamente tratan están contempladas en la normativa estatal, sin discordancia respecto de lo previsto en la LVTMU, de forma que, en aplicación de lo establecido en su artículo 12.2, sólo procederá la ayuda autonómica por incremento de la cantidad concedida por la Administración del Estado. Ello no obsta, claro está, para que si a virtud de hipotéticos y futuros cambios normativos se produjeran, en estos u otros conceptos, desacomodaciones entre una y otra normativa, como la comentada respecto del artículo 7.2 del Reglamento, la solución allí prevista sería extensible, por analogía, a tales nuevos casos, y ello por la misma razón de posibilitar la efectividad de las ayudas que contemplara la normativa regional pero no la estatal.

-Artículo 13.3.

Este precepto, relativo a la reparación de daños materiales, dispone que, en caso de fallecimiento de la víctima como consecuencia del acto terrorista sin que hubiese solicitado las ayudas previstas en la presente sección, podrán solicitar las mismas las personas mencionadas en el artículo 6.2 del presente Reglamento atendiendo al orden de prelación y criterios fijados en el artículo 7.3.

Sin embargo, y como se indicó con anterioridad, el artículo 7.2 LVTMU establece que los beneficiarios de estas concretas ayudas serán *“los titulares de los bienes dañados”*, de forma que, en el caso de que el bien dañado perteneciese a la víctima en el momento de su fallecimiento por causa del acto terrorista, la indemnización se otorgará al que fuese titular del bien en el momento del otorgamiento de ésta, pudiendo ser el causahabiente *“mortis causa”* de la víctima o un tercer adquirente al que aquél pudiera haber transmitido el bien, siendo así posible que el titular del bien y consiguiente beneficiario legal de la ayuda no coincida con la persona resultante de aplicar los criterios a que se refiere el proyectado artículo 6.2 del Reglamento. Por ello, debe suprimirse el precepto que se comenta, debiendo estar simplemente a lo previsto en el citado artículo 7.2 LVTMU.

**QUINTA.- Otras observaciones al Proyecto.**

Para la mejora técnica del texto dictaminado, deben introducirse las modificaciones que a continuación se indican.

-Disposición Transitoria única, 2 y 3 del Proyecto aprobatorio del Reglamento.

En el número 2 de esta Disposición debería suprimirse la expresión *“en su caso”*, pues ya queda claro en la redacción actual. También debe añadirse en este precepto la aclaración que se indicó en la Consideración precedente en relación con la resolución estatal denegatoria de la correspondiente indemnización.

Por lo que se refiere al número 3, el precepto resulta confuso. Si con el mismo se pretende establecer una cláusula de actualización de la cuantía de las indemnizaciones procedentes en aplicación de la Disposición Transitoria Única LVTMU, tal actualización carecería de habilitación legal. La cuantía de la indemnización a conceder, en estos supuestos de daños por actos terroristas anteriores a la entrada en vigor de la LVTMU, será el 30% de la que resulte de aplicar las normas estatales vigentes en el momento de ser otorgada, como se indicó en la Consideración

precedente. Ello va de suyo en el sistema diseñado por la LVTMU, en aplicación, para los casos a que se refiere el precepto comentado, de la Disposición Transitoria Única de la ley, por lo que aquél resulta superfluo e incluso puede dar lugar a confusión.

- Artículo 5.2.

Debe corregirse: “...conforme a la legislación estatal vigente en materia de ayudas a víctimas del terrorismo”, o expresión análoga.

- Artículo 23.1, e).

Este precepto, en la medida en que desarrolla el artículo 2.2 LVTMU, debería ubicarse tras el artículo 2.1 del Reglamento, dedicado al ámbito de aplicación de la norma. En cuanto a su contenido, debe tenerse en cuenta que dicho artículo 2.2 reconoce la condición de beneficiarios de las ayudas regionales a las víctimas y afectados por un acto terrorista acaecido fuera de la Región que gocen de la condición política de murciano según el Estatuto de Autonomía (es decir, cuando tengan vecindad administrativa en la Región), pero sin determinar en qué momento ha de tenerse tal condición –en la fecha del acto terrorista, en la de la solicitud de la ayuda, o en la de entrada en vigor de la ley, entre otros posibles -, sin que la ley ofrezca elementos suficientes para extraer necesariamente de ella que tal momento haya de ser el del acto terrorista (que puede haber acontecido desde el 1/1/1968 y el afectado haber perdido la vecindad administrativa murciana hace mucho tiempo). En estas circunstancias, cabe que el reglamento integre la laguna legal, si bien no parece adecuado limitar el momento en que ha tenerse la condición política de murciano a la concreta fecha de la entrada en vigor de la LVTMU, pues es posible que dicha condición se tuviera entonces pero se hubiese perdido con posterioridad, o viceversa, pareciendo que lo relevante en estos casos es que el interesado tenga el suficiente arraigo en la Región, correspondiendo en tal caso al Proyecto establecer el mismo criterio a tal fin.

- Artículo 24.2.

A la exigencia de presentar las copias compulsadas de los documentos previstos en el precepto debería añadirse la precisión de que ello será “sin perjuicio de lo establecido en las normas de simplificación procedimental administrativa y de administración electrónica aplicables” (hoy, esencialmente, el Decreto regional 286/2010, de 5 de noviembre, y la Orden de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas de 28 de abril de 2011), o expresión análoga. También debe añadirse en este precepto la aclaración que se indicó en la Consideración precedente en relación con la resolución estatal denegatoria de la correspondiente indemnización.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA**.- El contenido del Proyecto de Decreto a aprobar debe ajustarse a los criterios expresados en la Consideración Tercera del presente Dictamen, evitando las reiteraciones de los preceptos de la LVTMU que no sean necesarias a los fines propios de una norma reglamentaria como la del caso.

**SEGUNDA**.- El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación legal para aprobar el Proyecto de Decreto, sin perjuicio de lo expresado en la Consideración Cuarta del presente Dictamen en relación con los artículos 6.2; 7.2 (duplicado); 13.3; 14.3 y 21.3,d) del proyectado Reglamento. Estas observaciones tienen carácter esencial.

**TERCERA**.- Para la mejora del texto, deberían introducirse las modificaciones indicadas en la Consideración Quinta del presente Dictamen en relación con la Disposición Transitoria única, 2 y 3 del Proyecto de Decreto aprobatorio del reglamento, y con los artículos 5.2; 23.1, e) y 24.2 de dicho Reglamento.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 192-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2011)
<b>Fecha</b>	26/09/2011

**Extracto de doctrina**

En supuestos de daños producidos durante la clase de educación física, es constante y reiterada la doctrina de los consejos consultivos que excluye la responsabilidad de la Administración cuando el ejercicio se desarrolla dentro del riesgo que en sí misma entraña la práctica deportiva.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 11 de marzo de 2011 x interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo, solicitando una indemnización de 92 euros, precio de las gafas que la reclamante hubo de reponer al resultar rotas las de su hijo, x, al tropezar con un compañero en clase de educación física correspondiente al curso 5º de primaria, en el CEIP El Mirador, de San Javier. El accidente escolar, que se produjo el 3 de marzo, fue comunicado por el Director del Instituto mediante informe de 4 de marzo.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora por Resolución de la Secretaría General de 27 de mayo de 2011, notificada el 3 de junio siguiente, fue solicitado informe al Centro; emitido el 6 de junio de 2011, indica que realizando un juego de calentamiento incluido en la programación, el alumno accidentado tropezó con un compañero y *“las gafas salieron despedidas y al caer al suelo se rompieron (...) El tropezón fue totalmente fortuito, sin tener influencia de ningún tipo de circunstancia externa (...)”*

**TERCERO.-** Requerida la reclamante para presentar la factura, mediante escrito de 14 de julio de 2011 aporta una por importe de 194 euros, elevando a esa cantidad su reclamación. Conferida audiencia a la citada reclamante, no consta que formulara alegaciones; el 29 de agosto de 2011 se formuló propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación, al considerar que el accidente se produce sin conexión en el funcionamiento del servicio público, lo

que no permite apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad de la Administración autonómica.

Y en tal estado, cumplimentado el expediente con el reglamentario índice de documentos y con el extracto de secretaría, fue formulada la consulta, que tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 5 de septiembre de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Procedimiento.**

La reclamación ha sido formulada por persona legitimada y dentro del plazo de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo competente la Consejería consultante para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Centro en el que ocurrieron los hechos.

#### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De

esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

El Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente que, según la jurisprudencia del TS, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial administrativa de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el suceso dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos y con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. Particularmente en supuestos de daños producidos durante la clase de educación física, es constante y reiterada la doctrina de los consejos consultivos que excluye la responsabilidad de la Administración cuando el ejercicio se desarrolla dentro del riesgo que en sí misma entraña la práctica deportiva.

En el caso de la consulta, es cierto que el efecto dañoso existe y que se produce en el seno del servicio público entendido como “giro o tráfico administrativo”, al ser el centro de titularidad pública y su gestión una competencia de la Administración regional, mas no existen, al menos probadas, otras circunstancias que permitan imputar a la Consejería tales efectos dañosos. De los hechos recogidos en el informe del centro puede calificarse el accidente como un suceso desafortunado, pero en ningún caso atribuible directa ni indirectamente al funcionamiento del servicio público ni a la actuación de algún profesor. Puede afirmarse que el grado de diligencia exigible al centro no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas. Se percibe que el daño se debe a las circunstancias propias de la actividad física, y es de resaltar que la reclamante no achaca al centro ni a su personal conducta alguna que pudiera haber influido en el suceso, circunstancias todas que no permiten apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**-Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, dada la ausencia de los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 193-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 26/09/2011

**Extracto de doctrina**

"1. En la jurisprudencia, la generación de daños derivados de accidentes acaecidos durante las intervenciones quirúrgicas imputables no a una mala praxis sino a fallos en el instrumental, a menudo se resuelve mediante el recurso a la doctrina del daño desproporcionado

2.El Consejo de Estado sostiene, con carácter general, que los gastos de peritación no son indemnizables ya que no tienen el carácter de gastos preceptivos y se desembolsan por el reclamante en su propio y exclusivo beneficio (por todos, Dictamen 3595/1998); no obstante, esta regla general admite excepciones, como advertíamos en el Dictamen 133/2007, de este Consejo Jurídico, al señalar que cuando las actuaciones periciales se tornan en prueba esencial para valorar los perjuicios, sí procede su reintegro, de conformidad con una línea jurisprudencial (por todas, SSTS, Sala 3ª, de 20 de enero y 3 de febrero de 2001) que sostiene que los gastos habidos en la vía administrativa previa, si son probados, habría derecho a su reintegro."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 30 de marzo de 2009, x, representado por Letrado, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud, por los daños que dice haber sufrido como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida en un centro y por facultativos dependientes del mismo.

Según relata, el 3 de abril de 2008 una especialista del Servicio de Oftalmología del Hospital "Rafael Méndez" de Lorca, interviene de catarata de ojo izquierdo al hoy reclamante, que recibe el alta ese mismo día. El informe de alta expresa: "*Catarata Oi. Facoemulsificación + lente con A. Tópica. Revisión mañana a las 12 h*".

A los pocos días de la intervención y ante el empeoramiento del estado del ojo intervenido, el mismo Servicio de Oftalmología decide operar de nuevo en la primera semana de mayo.

Según el reclamante, su ojo izquierdo continuaba empeorando, y no recibía información de los oftalmólogos del Hospital sobre las complicaciones que había sufrido, así como sobre su

evolución, por lo que acude, el 21 de mayo de 2008, al "--", de Alicante, donde le informan que padecía un desprendimiento total de retina en el ojo izquierdo, con importante proliferación vítreo retiniana, que precisaba de cirugía urgente de vitrectomía posterior, vía Pars plana, con implante de silicona y cerclaje. Comoquiera que dicha intervención estaba programada en la sanidad pública para el día siguiente, se sometió a la misma en el Hospital "Rafael Méndez", el 22 de mayo.

Una vez que tuvo conocimiento de la patología que padecía en el ojo, su hijo exige al Servicio de Oftalmología del Hospital aclaración de por qué no le habían informado de la misma. El Jefe de Servicio le indica que, efectivamente, tenía un desprendimiento de retina y le entregó los informes sobre la asistencia que se le dispensó desde la primera intervención quirúrgica hasta la segunda vitrectomía.

En el informe se relacionan las intervenciones y se describe el deterioro sufrido en el ojo izquierdo. También se hace constar que, durante la intervención de cataratas, se produjo un traumatismo anterior grave con la cánula de irrigación, que provocó la rotura de cápsula posterior del cristalino y una vitreorragia, y obligó a colocarle una lente en la cámara anterior. En opinión del reclamante, la rotura de la cápsula posterior no se produjo como consecuencia de la propia intervención, sino de la falta de pericia y cuidado del profesional interviniente que introdujo de forma incorrecta la cánula de irrigación utilizada en la técnica de la facoesmulsificación.

Como consecuencia de esta circunstancia hubo de ser intervenido posteriormente ante el deterioro irreversible del ojo y el resultado infructuoso de las medidas adoptadas, tal y como se reconocía en todos los informes emitidos por diferentes oftalmólogos que lo reconocieron.

Considera el reclamante que concurren todos los elementos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, al haberle causado una lesión en la intervención quirúrgica a que se sometió en el Hospital público, que le ocasionó un desprendimiento de retina, con pérdida total de la visión, y un pronóstico incierto; daño que no tenía el deber jurídico de soportar. También afirma que existe relación de causalidad entre las lesiones del ojo izquierdo y la intervención quirúrgica a que se sometió, en la que se utilizó de forma defectuosa la cánula de irrigación, "*que no se introdujo o utilizó de forma correcta o precisa*", lo que ocasionó la rotura de la cápsula posterior del ojo izquierdo y una vitreorragia, y sin que concurriera fuerza mayor.

Aporta junto a su reclamación informe de valoración de daño corporal, que con referencia al sistema de responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación cuantifica en 99.220,59 euros, importe a que asciende la pretensión indemnizatoria, desglosados de la siguiente forma:

- 3 días de hospitalización, 193,71 euros.
- 78 días improductivos, 4.092,66 euros.
- Por la secuela de amaurosis de ojo izquierdo, valorada en 25 puntos, 26.672,50 euros.
- Por la secuela de perjuicio estético, valorado en 6 puntos, 3.994,98 euros.
- Factor de corrección del 10%, 3.066,74 euros.
- Informe pericial emitido, 1.200 euros.
- Daño moral, 60.000 euros.

Junto a la reclamación se adjuntó, además, apoderamiento en favor de la Letrada actuante, diversa documentación clínica acreditativa de las intervenciones realizadas y de la tórpida evolución del ojo operado, así como copia de factura por importe de 1.200 euros en concepto de informe pericial.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, se encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicar al interesado la información prescrita por el artículo 42.4 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y solicita su autorización para recabar su historial de la clínica privada oftalmológica en la que fue atendido, lo que se hace efectivo una vez concedida la autorización del paciente.

La reclamación se comunica, asimismo, a la aseguradora del Ente Público sanitario, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Dirección de los Servicios Jurídicos y al Hospital "Rafael Méndez", recabando de este último la remisión de la historia clínica del paciente e informe de los facultativos que le prestaron la asistencia por la que reclama.

**TERCERO.-** El informe emitido por el Jefe de Servicio de Oftalmología del Hospital "Rafael Méndez" se expresa en los siguientes términos:

*"Paciente de sesenta y tres años de edad, diagnosticado de cataratas bilaterales. (...) intervenido de catarata de ojo izquierdo, el día 3 de abril de 2008, mediante técnica de facoemulsificación bajo anestesia tópica.*

*Durante la intervención se produce traumatismo anterior grave con cánula de irrigación, que provoca la rotura de cápsula posterior y vitreorragia, que obliga a poner lente en cámara anterior.*

*En el postoperatorio se (aprecia) hipotonía intensa con atalamia e iris bombée, que a pesar del tratamiento con corticoides no mejora por lo que se realizan tres iridotomías con láser de Yag.*

*En los días siguientes mejora la profundidad de la cámara anterior, la hipotonía y la inflamación, apreciándose un edema macular fraccional y un inicio de retinopatía proliferativa anterior. Ante esta situación, se propone realizar una vitrectomía, quitar la lente de cámara anterior y colocarla en cámara posterior suturada a esclera.*

*El día 7 de mayo de 2008 se realiza intervención quirúrgica.*

*(...)*

*En el postoperatorio hay gran turbidez vítrea, se pone trigón subtenoniano y corticoides.*

*En los días posteriores se aprecia una retinopatía proliferativa anterior que provoca un desprendimiento total de retina.*

*Se propone la colocación de banda de cerclaje, vitrectomía y colocación de aceite de silicona.*

*El día 22/5/2008 se hace la intervención (...) No se consigue llevar la retina a su lugar, estando en la actualidad desprendida y estando a la espera de quitar el aceite del interior del ojo”.*

**CUARTO.-** Solicitado informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica), se emite con las siguientes conclusiones:

*“2.- Durante la intervención de cataratas, mediante el método de facoemulsificación, se produce rotura de la cápsula posterior, por traumatismo con cánula de hidrodisección, que se desprende de la jeringa al introducir el líquido a presión. Esta es la complicación intraoperatoria mas frecuentemente descrita en la cirugía de cataratas, por facoemulsificación. Y se subsana con el implante de la lente intraocular en cámara anterior. Como se hizo.*

3.- *La incidencia de rotura de la cápsula posterior en cirugía de cataratas por facoemulsificación oscila según los estudios entre el 0,45 % y el 10%.*

4.- *Entre las complicaciones de la cirugía de cataratas descritas en la literatura científica se encuentran, como complicaciones intraoperatorias: la rotura de la cápsula posterior y la hemorragia supracoroidea expulsiva; y entre las postoperatorias tardías: opacificación de la cápsula posterior del cristalino que requiere la apertura de la cápsula posterior con láser YAG, edema macular quístico, descompensación endotelial corneal y desprendimiento de retina.*

5.- *Del 1 al 2% de los operados de cataratas desarrollan desprendimiento de retina. La pérdida del vítreo se asocia a un desprendimiento de retina en aproximadamente el 7%. Un ojo exitosamente tratado de un desprendimiento de retina tiene un riesgo de un 7% de redespndimiento de retina después de la cirugía de cataratas.*

6.- *El reclamante, tras la primera cirugía correctora que implanta la lente en cámara anterior, sigue presentando nuevas complicaciones y mala evolución, que se tratan en tiempo y forma adecuada a su presentación. Tratamientos y cirugías en los que coinciden tanto los especialistas de la sanidad pública como privada.*

7.- *Menos del 10% de los desprendimientos de retina no se pueden reparar y el hecho de no lograrlo no es indicación de mala práctica, y conlleva siempre a visión deficiente o ausencia de la visión en el ojo”.*

**QUINTO.-** Por la aseguradora del Servicio Murciano de Salud se aporta dictamen médico elaborado por dos especialistas en oftalmología, que alcanza las siguientes conclusiones:

*“1. El reclamante presentaba catarata. El único tratamiento útil de la catarata es la intervención quirúrgica para proceder a su extracción.*

*2. Durante la cirugía de catarata, la cánula se soltó de la jeringa y salió disparada hacia delante, provocando un traumatismo ocular, que ocasionó una rotura de la cápsula posterior del cristalino. Se manejó dicha complicación de forma adecuada, mediante el implante de la lente intraocular en cámara anterior.*

*3. La rotura de la cápsula posterior del cristalino es una de las complicaciones más frecuentes de la cirugía de catarata, oscilando su incidencia entre el 4,8 y el 9,9%. No implica que*

*la técnica fuera inadecuada, pues es una complicación inevitable que surge en las manos más expertas y con una técnica correcta.*

*4. No es frecuente, pero es posible que durante la cirugía ocurra algún grado de traumatismo no deseado, en concreto es posible que la cánula con la que se realiza la hidrodissección (parte de la cirugía en la cual se inyecta líquido a bastante presión dentro del saco cristalino) salga disparada de la jeringa en la cual está insertada, provocando un traumatismo en las estructuras que encuentre a su paso. Si bien esto no es frecuente, es posible a pesar de que se haya comprobado que dicha cánula está bien montada. Esto no indica mala praxis médica, ya que puede ocurrir a pesar de tratarse de un cirujano experto, y a pesar de haber comprobado de forma previa el correcto montaje de la cánula y la jeringa.*

*5. A partir de este momento, las lesiones sufridas por dicho traumatismo (rotura de la cápsula posterior) se manejaron de forma adecuada, mediante implante de lente en cámara anterior.*

*6. Poco después se desarrolló un desprendimiento coroideo, que se solucionó con el tratamiento médico pautado, que fue adecuado.*

*7. Poco después ocurrió un edema macular por tracción vítrea, para lo cual se programó tratamiento quirúrgico, mediante explante de la lente de cámara anterior y vitrectomía, actitud adecuada, transcurriendo la cirugía sin complicaciones.*

*8. Poco después el paciente desarrolló un desprendimiento de retina, que se intervino quirúrgicamente dos días más tarde (período de tiempo adecuado), mediante técnica adecuada, a pesar de lo cual la retina volvió a desprenderse. El hecho de que el reclamante presentase un nuevo desprendimiento de retina, a pesar de haber sido intervenido quirúrgicamente, no indica mala praxis ni negligencia médica.*

*9. No se recomendaron más cirugías, actitud que nos parece adecuada, dadas las prácticamente nulas posibilidades de éxito”.*

**SEXO.-** Con fecha 14 de marzo de 2011, se confiere trámite de audiencia a los interesados, presentando escrito de alegaciones el reclamante en el que manifiesta su oposición a las consideraciones contenidas en los informes de la Inspección Médica y de la aseguradora. Entiende como hecho no controvertido que se produjo un traumatismo en su ojo izquierdo durante

la intervención de cataratas, causado por la cánula de irrigación, que provocó la rotura de la cápsula posterior y vitreorragia. También indica que, según la bibliografía consultada, el mayor porcentaje de complicaciones que se ocasionaban en la intervención de cataratas al utilizar la técnica de la facoestimulación, eran debidas a la utilización del instrumento (jeringa), que requería gran pericia, y no a eventuales defectos en el instrumento. Considera que si existía dicho riesgo no se debió utilizar esa técnica quirúrgica sino otra. Finalmente concluye que el documento de consentimiento informado que suscribió, no contenía como riesgo “la rotura de la cápsula posterior” y que aunque firmó dicho documento, antes de someterse a la operación, no se le informó en ningún momento de en qué consistía la técnica que se iba a utilizar, ni de sus riesgos y ventajas, o de las alternativas que existían a la misma. No modifica la cuantificación del daño efectuada en la reclamación inicial.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 31 de marzo, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, pues aunque admite que el daño alegado se produce durante la intervención de cataratas, no lo considera antijurídico, pues el hecho desencadenante del daño, es decir, el fallo de la sujeción de la cánula a la jeringa, *“era susceptible de producirse con independencia de la pericia del cirujano, y a pesar de haberse montado y comprobado correctamente la colocación de la cánula de irrigación”*.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaria e índice de documentos, se remite el expediente en petición de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 14 de abril de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. El reclamante, en tanto que padece el daño físico por el que se solicita indemnización, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través del Servicio Murciano de Salud, en tanto que titular del servicio sanitario público a cuyo anormal funcionamiento se atribuye el daño padecido

2. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

3. La reclamación, interpuesta el 30 de marzo de 2009, lo fue antes del transcurso de un año (art. 142.5 LPAC) desde que tuvo lugar la intervención que originó la pérdida de visión del ojo izquierdo del reclamante, de fecha 3 de abril de 2008 y, en consecuencia, tampoco había transcurrido un año desde la estabilización de las secuelas, lo que ocurre semanas después de la intervención, cuando se califica de irremediable la amaurosis de dicho ojo.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Procede determinar si en el supuesto sometido a consulta se dan todos y cada uno de los elementos indicados, toda vez que la ausencia de cualquiera de ellos impide el reconocimiento del derecho a ser indemnizado.

#### **CUARTA.- El daño.**

Para el reclamante, la intervención de cataratas a que se sometió el 3 de abril de 2008, además de los días de incapacidad, le ha generado un daño consistente en la pérdida total de la visión del ojo intervenido, así como un perjuicio estético ligero y daño moral, se entiende que asociado a dichas secuelas pues nada argumenta al respecto.

La calificación de tales efectos como lesivos es indiscutible, siendo claramente incardinables en el concepto de daños físicos (alteraciones morfológicas y funcionales del organismo) y morales.

#### **QUINTA.- El nexo causal y la antijuridicidad del daño: existencia.**

Para el interesado, los daños alegados derivan de una incorrecta o defectuosa técnica quirúrgica seguida durante la operación de cataratas, considerando que la rotura de la cápsula posterior del cristalino se produce por la impericia de la cirujana al realizar la facoestimulación.

## 1. Defectuosa técnica quirúrgica.

La actuación del médico ha de regirse por la denominada "*lex artis ad hoc*", o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

La *lex artis* actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: "*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente*".

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que "*los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) (ello) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida*".

Así, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis*.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

Y atendiendo a los informes obrantes en el expediente, no puede considerarse acreditado que la intervención se realizara siguiendo una técnica incorrecta o que la oftalmóloga cometiera algún error o impericia en el desarrollo de aquélla, indicándose que la rotura de la cápsula posterior del cristalino es una complicación típica de las operaciones de cataratas y cuya presencia no implica que la técnica fuera inadecuada, pues "*es una complicación inevitable que surge en las manos más expertas y con una técnica correcta*" (informe de la aseguradora). Tampoco se considera que la evolución posterior del ojo, tras las sucesivas reintervenciones se deba a una mala praxis médica, ni el interesado aporta al procedimiento un informe valorativo que acredite la existencia de una actuación contraria a normopraxis.

2. El mecanismo desencadenante del daño y su valoración jurídica: el daño desproporcionado.

Descartada la aplicación de una técnica quirúrgica defectuosa o incorrecta, lo cierto es que durante la intervención de cataratas, se produce la rotura de la cápsula posterior del cristalino por un traumatismo con una parte del instrumental quirúrgico: la cánula de irrigación o hidrodissección. Según la Inspección Médica, en la hoja operatoria consta que la cánula de irrigación se desprende saliendo disparada por la presión del líquido de irrigación, produciendo la rotura de la cápsula posterior y vitreorragia, lo que obliga a poner la lente en cámara anterior.

Lo cierto es que el protocolo de la intervención, que obra al folio 83 del expediente, no es tan rico en detalles, pues sólo alude a la técnica utilizada, FACO (facoemulsificación), indicando que se coloca LIO (lente intraocular) en CA (cápsula anterior) por rotura capsular. No obstante, en la anotación de la historia clínica correspondiente al 15 de abril de 2008 (página 65 del expediente), sí consta que *“se rompió cápsula por traumatismo con cánula de hidrodissección”* y el informe del Jefe de Servicio de Oftalmología reconoce que *“durante la intervención se produce traumatismo anterior grave con cánula de irrigación que provoca la rotura de cápsula posterior y vitreorragia que obliga a poner lente en cámara anterior”*.

De lo expuesto puede concluirse que el daño en las estructuras del ojo izquierdo del paciente se debió a un accidente ocasionado por un fallo en el instrumental quirúrgico, una de cuyas partes produjo el traumatismo que rompió la cápsula posterior del cristalino.

En la jurisprudencia, la generación de daños derivados de accidentes acaecidos durante las intervenciones quirúrgicas imputables no a una mala praxis sino a fallos en el instrumental, a menudo se resuelve mediante el recurso a la doctrina del daño desproporcionado. En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la STSJ Castilla y León 2815/2008, de 2 de diciembre, que versa sobre un supuesto de histerectomía y doble anexectomía que es necesario practicar debido a la rotura de un instrumento utilizado para realizar una citología, manifiesta que *“el resultado final de extirpación de útero y ambos ovarios ha de considerarse de todo punto anormal o desproporcionado a lo que comparativamente es usual en una prueba médica de esta naturaleza: tomas citológicas endocervical y endometrial para descartar la presencia de un adenocarcinoma de endometrio, sin que tal consideración pueda desvirtuarse (...) por la calificación que efectuó la Inspección Médica del desprendimiento de la porción terminal de la escobilla -a la sazón, causante de la perforación uterina- como fortuita e inexplicable, lo que corrobora si cabe la desproporción y anormalidad del resultado que fundamenta la imputación de responsabilidad...”*.

En el mismo sentido, aunque en el orden civil, se expresa la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia núm. 428/2006, de 31 de octubre, que resuelve un supuesto muy similar al que es objeto del presente Dictamen: *“se produjeron daños en el ojo izquierdo del actor produciendo una pérdida casi total de la visión del mismo a consecuencia del desprendimiento de retina sin posibilidad de recuperación, hecho que se produjo al romperse la cánula utilizada por el cirujano y procede la condena atendiendo a la Jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal del “daño desproporcionado”, que considera concurre en el supuesto enjuiciado en el que tras una operación de cataratas se produce la (pérdida de la) casi totalidad visión del ojo izquierdo amén de las numerosas operaciones a las que tuvo que someterse a consecuencia de las complicaciones surgidas, como lo fue el desprendimiento de retina y las revisiones periódicas posteriores (...) En el supuesto enjuiciado se produce un suceso y un daño, se trata de un daño desproporcionado el que se ha generado al actor si aparece, como dice el Tribunal Supremo, una presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele indubitadamente la negligencia de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar o el descuido en su conveniente y temporánea utilización”*.

No siendo necesario, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la determinación de negligencia en el actuar médico, sino la de la antijuridicidad del daño, ésta deriva de la causación de un perjuicio que se estima desproporcionado en relación con la actuación médica a la que se sometía el paciente cuando se produjo la complicación. Por otra parte, aunque la Inspección Médica y la aseguradora insisten en sus informes en que el fallo en el mecanismo de sujeción de la cánula fue fortuito, no cabe considerar este extremo plenamente acreditado, pues ni en tales informes ni en el resto del expediente se constata que se siguieran las instrucciones de seguridad en el manejo del aparato, que se reemplazara tras un determinado número de intervenciones o período de tiempo conforme a las recomendaciones del fabricante, etc. Únicamente se señala que en el año 2008 la conexión entre la cánula y la jeringa se realizaba mediante presión, sistema que es menos seguro que el actual de rosca, lo que exigía de los facultativos que utilizaran este instrumental un deber adicional de cuidado ante la posibilidad del fallo técnico y las graves consecuencias esperables para la salud de los pacientes.

En cualquier caso, el Consejo Jurídico ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de este tipo de circunstancias en el Dictamen 66/2001, en el que dijimos que *“aun cuando se tratase de un accidente inhabitual, existía un riesgo que el personal sanitario tenía el deber de prever y que, en todo caso, el particular no tiene el deber de soportar, pues los riesgos por el mal funcionamiento de*

*los aparatos sanitarios, aun cuando puedan calificarse como fortuitos, entran dentro de la esfera de responsabilidad de la Administración sanitaria, sin perjuicio de que, en su caso, ésta pudiera dirigirse luego contra el fabricante. Existió, pues, un funcionamiento anormal del servicio público”.*

En el mismo sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en sentencia de 7 de mayo de 2003, concluye que “*acreditado el fallo técnico durante el curso de la embolización (rotura de catéter endovenoso sin mala praxis médica), la Sala llega a la conclusión, compartida por los informes y propuesta emitidos por el INSALUD, de haberse producido un daño antijurídico que el paciente no tiene por que soportar, y que en consecuencia ha de acogerse la obligación de indemnizar”.*

En consecuencia, ha de considerarse que existe nexo causal entre la intervención de cataratas a que se sometió el paciente y el perjuicio alegado, el cual cabe calificar de antijurídico, dado que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

**SEXTA.- El quantum indemnizatorio.**

La doctrina de este Consejo Jurídico viene recogiendo de forma constante los siguientes criterios legales y jurisprudenciales, como pautas principales a seguir en la cuantificación de la indemnización:

a) La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral, es decir, se extiende a todos los daños alegados y probados por el perjudicado incluyendo el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SAN, Sección 4ª, de 27 de noviembre de 2002 y STS, Sala 3ª, de 3 de abril de 2002).

b) La legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del mismo en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño.

c) Incumbe a la parte reclamante la carga de probar cuantos elementos de cuantificación de

los daños en virtud de los cuales reclama, como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, las Sentencias de la Sala 3ª, de 3 de febrero de 1989 y 19 de febrero de 1992.

d) La cuantía de la indemnización ha de calcularse con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo (artículo 141.3 LPAC).

1. Los daños permanentes: secuelas y perjuicio estético.

a) Pérdida de visión de un ojo.

Para poder hablar de secuela o incapacidad permanente, ha de estarse al momento de consolidación de la lesión o curación. Y éste, de conformidad con la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, núm. 122/2007, de 6 de febrero, va a ser *“el momento en el cual se consigue la máxima evolución del proceso, el tratamiento ha sido aplicado al máximo y más aplicaciones no se prevén como necesarias si no es que se presenta algún tipo de complicación”*. Atendiendo a este concepto, el expediente revela que la situación residual del ojo izquierdo del reclamante, con pérdida total de visión, es definitiva. Así se expresa en informe de oftalmólogo aportado por el paciente y que obra al folio 27 del expediente, según el cual, *“el ojo izquierdo no precisa cirugía ya que no es posible mejorarle la visión”*. La visión por este ojo es nula, con amaurosis. El informe del Jefe de Servicio de Oftalmología del Hospital “Rafael Méndez” (folio 55 del expediente) expresa en relación con el ojo izquierdo del paciente *“luz sin posibilidad de mejorar con corrección”*.

Atendiendo al sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, recogido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, la pérdida de visión en un ojo se valora en 25 puntos. Atendida la edad del paciente en el momento de la intervención (63 años) y el año en que aquella tiene lugar, el valor unitario del punto es de 1.066,90 euros, por lo que la indemnización por la pérdida de visión del ojo debe ascender a 26.672,5 euros.

b) Perjuicio estético.

Según el informe de valoración del daño corporal aportado por el reclamante, el perjuicio estético derivado de la situación residual de su ojo izquierdo se califica como ligero (grado mínimo

de los establecidos en el baremo de referencia) y se valora en 6 puntos (máxima puntuación aplicable al perjuicio estético ligero). Razona el perito del actor que éste ha quedado con gran hiperemia y lagrimeo, como señala el informe del oftalmólogo obrante al folio 27 del expediente, que *“debe ser muy evidente al estar localizados en una zona muy visible como es la de los ojos”*. No obstante afirma que no ha visto al lesionado. En atención a esta circunstancia y careciendo el expediente de otros elementos de juicio acerca de la afección estética del aspecto del paciente, considera el Consejo Jurídico que, antes de fijar una cantidad para indemnizar el perjuicio estético del paciente, por el órgano instructor debería recabarse otro informe pericial de valoración del daño para poder contrastar la apreciación del perito de parte.

c) Factor de corrección.

Una vez determinada la indemnización correspondiente al perjuicio estético y sumada a la cantidad por secuelas, habrá de aplicarse un 10% en concepto de factor de corrección sobre lesiones permanentes, pues la víctima se encuentra en edad laboral y no ha justificado su nivel de ingresos.

2. Incapacidad temporal.

Se solicitan 3 días de hospitalización, correspondientes a las tres intervenciones (realizadas los días 3 de abril y 7 y 22 de mayo de 2008) y 78 días considerados como improductivos.

a) En relación con los días de hospitalización, debe indicarse que, aun tratándose de cirugía ambulatoria, consta en el expediente que se realizó un informe de alta hospitalaria en relación a cada una de las intervenciones, por lo que se produjo el correspondiente ingreso y alta, aun cuando fuera de sólo un día de duración en cada una de las ocasiones. Procede, en consecuencia, considerar adecuada la calificación de estos tres días como de hospitalización.

b) Los días improductivos son computados por el perito valorador del reclamante desde el día de la primera intervención (el 3 de abril de 2008) hasta un mes después de la tercera operación (el 22 de junio de 2008), si bien no argumenta ni ofrece los criterios que le llevan a tales conclusiones. Una vez más, careciendo el expediente de datos que permitan contrastar lo adecuado de esta apreciación del perito de la parte, debe el órgano instructor recabar el oportuno informe que determine en qué medida el paciente quedó impedido para la realización de sus actividades ordinarias en los períodos comprendidos entre las tres intervenciones y en el postoperatorio de la

de 22 de mayo, para poder establecer tanto el período total de incapacidad temporal como su distribución en días improductivos y no improductivos.

### 3. Daño moral.

De conformidad con el apartado primero, 7 del Anexo del sistema de valoración utilizado como referencia, “la cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas y la indemnización por daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud”. En consecuencia, y dado que el reclamante se limita a reclamar una cuantía en concepto de daño moral, sin explicitar en qué consiste éste, cabe entender que se refiere al *pretium doloris* derivado del tratamiento y de las consecuencias que para su salud ha tenido la actuación administrativa. En cualquier caso, tal concepto ha de entenderse incluido en la indemnización por los daños antes considerados, pues en la baremación de la secuela se ha tenido ya en cuenta el daño moral que toda secuela conlleva.

### 4. Informe pericial.

El Dictamen 133/2007 de este Consejo Jurídico aborda la cuestión del carácter indemnizable o no de los gastos de peritación que, en el supuesto ahora sometido a consulta, se plantea con ocasión de determinar si ha de indemnizarse el gasto habido por el reclamante para obtener el informe médico legal de valoración del daño corporal sufrido.

El Consejo de Estado sostiene, con carácter general, que los gastos de peritación no son indemnizables ya que no tienen el carácter de gastos preceptivos y se desembolsan por el reclamante en su propio y exclusivo beneficio (por todos, Dictamen 3595/1998); no obstante, esta regla general admite excepciones, como advertíamos en el Dictamen antes citado, al señalar que cuando las actuaciones periciales se tornan en prueba esencial para valorar los perjuicios, sí procede su reintegro, de conformidad con una línea jurisprudencial (por todas, SSTs, Sala 3ª, de 20 de enero y 3 de febrero de 2001) que sostiene que los gastos habidos en la vía administrativa previa, si son probados, habría derecho a su reintegro.

En el supuesto sometido a consulta, el informe de valoración pericial del daño no adquiere el carácter de prueba esencial para la determinación de su alcance, y ello porque presenta algunas características que limitan su valor probatorio. Así, el hecho de no examinar directamente al lesionado a la hora de valorar el perjuicio estético y la omisión de los criterios utilizados para el cómputo de los días de incapacidad y su carácter improductivo o no, han llevado a este Consejo

Jurídico a requerir al órgano instructor que recabe un nuevo informe que permita contrastar los extremos objeto de pericia, dado que el de la parte no es suficiente para llegar a la convicción acerca del alcance de los daños.

Estima, en suma, el Consejo Jurídico que, en el presente supuesto y en atención a las consideraciones expuestas, no procede incorporar al *quantum* indemnizatorio la elevada cantidad de 1.200 euros en concepto de gastos de peritación.

#### 5. Actualización.

Una vez efectuados los cálculos de las cantidades a indemnizar, habrá de procederse hasta su actualización conforme a lo establecido en el artículo 143.1 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, toda vez que el Consejo Jurídico sí advierte la concurrencia en el supuesto sometido a consulta de los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

**SEGUNDA.**- La cuantía de la indemnización debe calcularse atendiendo a lo expuesto en la Consideración Sexta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 194-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 26/09/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Oncología del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.

- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada al afectado x, según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrado por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dio traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la Dirección de los Servicios Jurídicos.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba la posibilidad de hacerse cargo de la reclamación o que formulara alegaciones o aportase los documentos y justificaciones que estimase oportunas, en un plazo de diez días.

El citado Laboratorio presenta un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiéndose ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un*

*medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que en el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que *“efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 67 años*

*Enfermedad oncológica:*

*Diagnóstico: Carcinoma urotelial de vejiga estadio pT3 N2 MO*

*Estadio: I.V.A.*

*Fecha del diagnóstico: 22/1/2007*

*Tratamiento de la neoplasia: Cistectomía radical en Enero-2007. Tras ser remitido a nuestro Servicio, se planteó tratamiento con quimioterapia adyuvante: cisplatino- gemcitabina (80 mg/m<sup>2</sup> iv, día 1; 1000 mg/m<sup>2</sup>/día, días 1 y 8; cada 21 días), de la que se administró el primer ciclo el día 22/3/2007.*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de cisplatino:*

*Situación en el momento de la administración del tratamiento: Buen estado general, sin sintomatología relevante y con función renal normal.*

*Fecha de administración: 22/3/2007*

*Dosis total prescrita: 160 mg*

*Toxicidad aguda (máxima):*

*Digestivo: Náuseas y vómitos grado 3.*

*Mielotoxicidad: Anemia grado 3 (Hb: 72 g/L), que precisó transfusión de hematíes. Neutropenia grado 4 sin fiebre (nadir: 400 S).*

*Ototoxicidad: hipoacusia grado 2 (audiometría: hipoacusia perceptiva bilateral en frecuencias agudas OD 80dB y OI 40-70dB).*

*Nefrotoxicidad: Insuficiencia renal grado 3 (Creatinina máxima: 6.4 mg/dL), que precisó ingreso e hidratación parenteral, con recuperación completa posterior (Cl Creat 64 ml/min el 23/5/07).*

*Neurotoxicidad: no*

*Otras toxicidades: no*

*Ingreso hospitalario: sí.*

*- Fechas: 29/3 al 10/4/2007*

*Diagnósticos: Insuficiencia renal secundaria a vómitos y sobredosificación por cisplatino. Neutropenia afebril.*

*Complicaciones sobreañadidas: no*

*Evolución de la neoplasia: Tras el alta, dada la toxicidad previa, se modificó el esquema de quimioterapia, sustituyéndose el cisplatino por carboplatino. Se administraron en total cuatro ciclos entre el 3-5-07 y el 12-7-07, con toxicidad importante (fiebre con foco urinario tras el 3º y 4º ciclos, con ingreso hospitalario en ambos casos; anemia grado 2, que precisó transfusión de hematíes). Posteriormente ha seguido revisiones sin evidencia de recaída.*

*Toxicidad crónica o residual:*

*Ototoxicidad: no disponemos de estudios de seguimiento.*

*Nefrotoxicidad: no*

*Neurotoxicidad: no*

*Otras toxicidades: no.*

*Situación actual: Vivo, sin enfermedad neoplásica activa y sin tratamiento antineoplásico.*

*Última analítica (11/2/08), con función renal aceptable (Creat. 1.5; normal hasta 1.4).*

*Juicio diagnóstico:*

*Carcinoma urotelial de vejiga estadio pT3N2M0, tratado con cistectomía radical y quimioterapia adyuvante, sin evidencia de recaída. Toxicidad por cisplatino residual: no".*

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cisplatino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal del paciente por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de

18 de diciembre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, de 26 de octubre de 2009, de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presenta el x con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que la fecha de administración del primer ciclo de quimioterapia (el 22 de marzo de 2007) coincide con el periodo en que se utilizó la doble concentración. También que los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de este paciente presentó como toxicidad aguda:

- Náuseas y vómitos: grado 3.
- Mielotoxicidad: Anemia grado 3 que precisó transfusión. Neutropenia grado 4, sin fiebre.
- Ototoxicidad: Hipoacusia perceptiva bilateral grado 2 en frecuencias agudas: 80 dB OD y 40-70 dB OI.
- Nefrotoxicidad: Insuficiencia renal grado 3 (creatinina máxima 6.4 mg/dL) que precisó ingreso desde el 29 de marzo al 10 de abril de 2007, e hidratación parenteral con recuperación completa posterior.
- Neurotoxicidad: No.

Toxicidad residual: No hay secuelas.

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre de la incidencia.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que valoró el daño causado en la cuantía de 1.744,33 euros.

Dicho importe se circunscribe a la valoración del periodo de incapacidad temporal, por 12 días de ingreso hospitalario (a 61,97 euros diarios), 7 impeditivos (a 50,35 euros por día), y 41 no impeditivos (a 27,12 euros por día), toda vez que no consta que quedaran secuelas ni toxicidad residual. El importe así obtenido se aminora en un 21%, es decir, en la cuantía de 463,68 euros, por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino, a dosis terapéuticas. El importe resultante de dicha operación es de 1.744,33 euros, cantidad a la que debería ascender la indemnización.

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cisplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta que el paciente formulara alegaciones.

Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**DECIMOSEGUNDO.-** La propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (72.281 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (36.140 euros), más los intereses legales correspondientes, si bien atribuye la responsabilidad subsidiaria de la Administración respecto a la cuantía a abonar al paciente por el citado Laboratorio.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 14 de abril de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio competente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que el paciente recibió ciclo de quimioterapia con Cisplatino en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cisplatino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 3 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el

servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 24 de noviembre de 2009).

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

#### **CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un error de medicación, al suministrar a 25 pacientes afectados de procesos oncológicos una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino.

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo, dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica, en su informe de 24 de noviembre de 2009:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso "registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos".

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la

que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación, etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el precitado informe de 24 de noviembre de 2009 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a pruebas de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

**QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

I. Relación de causalidad.

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”*.

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al

funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”* (informe de 17 de diciembre de 2009). También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección *“en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%”* (informe de 12 de noviembre de 2009). De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, si no imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una

concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro, que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento. Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de la relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

### III. Responsabilidad directa de la Administración.

Por último, debe suprimirse de la propuesta de resolución la referencia a la responsabilidad subsidiaria de la Administración regional respecto al pago de la cuota correspondiente al Laboratorio Farmacéutico, en tanto la responsabilidad de aquélla es directa, como ha reconocido este Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 2/2000, 9, 20, 31 y 32, todos de 2002, y 177/2006, en la interpretación sistemática del artículo 97 TRLCAP.

En el presente caso, ante el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial por la Administración, ésta debe resolver respondiendo directamente de los daños ante el afectado, sin perjuicio de la acción de regreso que deba ejercitar contra la contratista a fin de atribuirle la cuota de responsabilidad que le pudiera corresponder por los hechos. A este respecto el Consejo de Estado ha declarado que los particulares no tienen el deber de soportar la incertidumbre jurídica de la última imputación del daño (Dictámenes de 18 de junio de 1970, 21 de julio de 1994 y 28 de enero de 1999). En este mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo al afirmar que la naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad de la Administración impide a ésta desplazar la misma al contratista, sin perjuicio de la acción de repetición de aquélla contra éste (entre otras, Sentencias de la Sala 3ª, de 19 de mayo de 1987 y de 23 de febrero de 1995).

### **SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 1.744,33 euros, al afectado, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico

correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Por parte del afectado no se han presentado alegaciones, ni se ha cuestionado la cuantía indemnizatoria propuesta.

Encontrándose justificada la cuantía indemnizatoria fijada por el órgano instructor, salvo la aplicación de un coeficiente reductor del 21% por la toxicidad intrínseca del Cisplatino, frente al fijado en otros expedientes que versan sobre la misma actuación (35%) que debe ser motivado, este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a lo señalado anteriormente sobre la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente al afectado, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA.**- No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad y la supresión de la mención a la responsabilidad subsidiaria (Consideración Quinta).

**TERCERA.**- La cuantía indemnizatoria se considera justificada, salvo la cuestión suscitada en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 195-2001**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 26/09/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Oncología del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.

- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada al afectado x, según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrado por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dio traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la Dirección de los Servicios Jurídicos.

El interesado se persona en el procedimiento y solicita que se le haga llegar copia completa de su historia clínica y se le informe de los resultados de la investigación acerca del origen y causas del daño padecido.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba la posibilidad de hacerse cargo de la reclamación o que formulara alegaciones o aportase los documentos y justificaciones que estimase oportunas, en un plazo de diez días.

El citado Laboratorio presenta un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las*

*unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que en el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la*

*concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que “*efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 22 años*

*Aantecedentes personales: No alergias. No patología previa.*

*Enfermedad oncológica:*

*Diagnóstico: Linfoma Hodgkin subtipo celularidad mixta*

*Estadio: IIA*

*Fecha del diagnóstico: Agosto-2006*

*Tratamiento de la neoplasia: Quimioterapia con esquema ABVD entre Agosto-06 y Enero-07 (6 ciclos), obteniendo respuesta parcial con adenopatías laterocervicales, supraclaviculares y mediastínicas residuales, por lo que se decidió quimioterapia de rescate con esquema DHAP seguida de trasplante autólogo de progenitores hematopoyéticos de sangre periférica. Se administró quimioterapia DHAP (cisplatino 100 mg/m<sup>2</sup>, día 1; citarabina 2 gr/m<sup>2</sup>/12 horas, días 2 y 3; dexametasona 20 mg iv días 1-4; cada 21 días) entre el 6 y el 9/3/07. Toxicidad 1º ciclo: anemia y trombopenia que precisaron transfusión de hematíes y plaquetas. Posteriormente, aféresis de PHSP. Se administró un segundo ciclo de DHAP los días 28-31/3/07.*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de cisplatino:*

*Situación en el momento de la administración del tratamiento:*

*Fecha de administración: 28/3/2007*

*Dosis total prescrita: 190 mg*

*Toxicidad aguda (máxima):*

*Digestivo: Náuseas y vómitos grado 2.*

*Mielotoxicidad: Neutropenia grado 4, con fiebre, sin aislamientos microbiológicos. Trombopenia grado 4, que requirió transfusión de plaquetas.*

*Ototoxicidad: Pérdida de audición grado 3, con hipoacusia perceptiva en frecuencias agudas (OD: 40 dB en 4000Hz y 35 dB en 8000Hz; OI: 30dB en 2000Hz y 50dB en 4000Hz).*

*Nefrotoxicidad: Insuficiencia renal aguda, grado 2 (Creatinina máxima: 3.15 mg/dl), que precisó ingreso e hidratación parenteral.*

*Neurotoxicidad: no.*

*Otras toxicidades: no.*

*Ingreso hospitalario: sí.*

*- Fechas: 16 al 19/4/2007*

*Diagnósticos: Insuficiencia renal aguda y ototoxicidad secundaria a cisplatino. Pancitopenia post-quimioterapia. Complicaciones sobreañadidas:*

*Evolución posterior y situación actual:*

*Evolución de la neoplasia: Alcanzó remisión completa de su enfermedad. Se indicó como tratamiento de consolidación la realización de un trasplante autólogo de PHSP (TASPE) que el paciente rechazó.*

*Toxicidad crónica o residual:*

*Ototoxicidad: audiometría del 24/05/07 se aprecia recuperación prácticamente en todas las frecuencias. Nefrotoxicidad: No. Neurotoxicidad: No. Otras toxicidades: No.*

*Situación actual: Actualmente en recaída de su enfermedad y en tratamiento de 2ª línea para posterior consolidación con TASPE.*

*Juicio diagnóstico:*

*Linfoma Hodgkin subtipo celularidad mixta, estadio II-A, tratado con quimioterapia y trasplante autólogo de progenitores hematopoyéticos de sangre periférica (PHSP).*

*- Toxicidad por cisplatino residual: NO"*

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cisplatino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal del paciente por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 7 de octubre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, de 18 de julio de 2009, de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presenta el x con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que en este caso no hay seguridad de que se realizara la sobredosis, si bien la fecha de administración del segundo ciclo (el 28 de marzo de 2007) coincide con el periodo en que se utilizó la doble concentración. También que los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de este paciente presentó como toxicidad aguda:

- Digestivo: náuseas y vómitos grado 2.

- Mielotoxicidad: neutropenia grado 4, con fiebre, sin aislamientos microbiológicos. Trombopenia grado 4 que requirió transfusión de plaquetas.

- Ototoxicidad: acúfeno grado 3. Hipoacusia de frecuencias agudas (OD: 40 dB en 4000 Hz y 75 dB en 8000Hz; OI 30 dB en 2000 HZ y 50 dB en 4000 Hz y 65 dB en 8000 Hz) en audiometría 9/4/07.

- Nefrotoxicidad: insuficiencia renal aguda grado 2 con creatinina máxima de 3,15 mg/dl que precisó ingreso e hidratación parenteral.

- Neurotoxicidad: No.

- Otras toxicidades: No

Precisó ingreso hospitalario entre el 4 y el 16 de abril de 2007 (13 días), por insuficiencia renal secundaria a cisplatino.

Como toxicidad residual únicamente muestra ototoxicidad. En la audiometría del 24 de mayo de 2007 se aprecia la recuperación en todas las frecuencias, persistiendo pérdida sólo en 8000 Hz (55dB en OD y 70 dB en OI). En 2008 muestra ototoxicidad residual. El 2 de marzo de 2009 acude a la consulta de Otorrinolaringología por hipoacusia, según manifiesta, desde enero, que puede ser debida a las quimioterapias aplicadas tras el cisplatino.

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre de la incidencia.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que valoró el daño causado en la cuantía de 2.878,03 euros.

Dicho importe se desglosa valorando un periodo de incapacidad temporal, que asciende a 2.242,86 euros por 13 días de ingreso hospitalario (a 61,97 euros diarios), 7 impeditivos (a 50,35 euros por día), y 40 no impeditivos (a 27,12 euros por día), y la incapacidad permanente, que asciende a 1.400,22 euros por la secuela de pérdida auditiva (ototoxicidad grado 1: acúfenos ocasionales), que valora en 2 puntos, a razón de 700,11 euros por punto, sin que se tenga en cuenta ningún factor de corrección al no tenerse constancia de que pudiera aplicarse. El importe

así obtenido se aminora en un 21%, es decir, en la cuantía de 765,05 euros por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino, a dosis terapéuticas.

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cisplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, el paciente presenta escrito de alegaciones para mostrar su disconformidad con la cuantificación económica del daño padecido, pues se omite la consideración del daño moral como lesión patrimonial resarcible (por la que reclama ser indemnizado con 36.000 euros), y se opone, además, a la valoración de las secuelas, que, con apoyo en informe pericial de parte que adjunta a sus alegaciones, considera que deben alcanzar los 23 puntos, por pérdida auditiva bilateral, alteración hepática y renal leve y síndrome de estrés postraumático.

**DUODÉCIMO.-** A la luz del informe pericial presentado por el interesado, se solicita otro complementario a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que rechaza las secuelas advertidas por la pericia de parte. Así, la pérdida auditiva valorada en 15 puntos, se basa en el resultado de una audiometría realizada en febrero de 2009, cuando al paciente se le habían administrado nuevos tratamientos de quimioterapia (la ototoxicidad es acumulativa) con posterioridad al segundo ciclo pautado en marzo de 2007, único en el que pudo producirse la sobredosificación. Destaca, por el contrario, que la audiometría realizada el 24 de mayo de 2007 informaba de una recuperación del umbral auditivo normal en todas las frecuencias, a excepción de la de 8000 Hz, donde existía una pérdida bilateral (55dB en OD y 70 dB en OI).

Del mismo modo, las secuelas de alteración hepática y renal se basan en analíticas del 2008, posteriores a nuevos tratamientos de aquél al que se imputa el daño. Con similar fundamento se rechaza también la secuela de estrés postraumático, basado en un informe psicológico del año

2009, tras el sometimiento del paciente a nuevos tratamientos quimioterápicos e, incluso, a un trasplante de médula.

No obstante, se amplía en tres el número de días de hospitalización a considerar para la valoración de la incapacidad temporal, por lo que el importe total de la indemnización a reconocer ascendería a 3.025 euros.

**DECIMOTERCERO.-** Conferido nuevo trámite de audiencia a los interesados, ninguno presenta nuevas alegaciones, formulándose propuesta de resolución el 4 de abril de 2011. En ella, se reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (2.016,60 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (1.008,30 euros), más los intereses legales correspondientes, si bien atribuye la responsabilidad subsidiaria de la Administración respecto a la cuantía a abonar al paciente por el citado Laboratorio.

**DECIMOCUARTO.-** Consta en el expediente que el paciente ha presentado recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su pretensión. Las actuaciones se siguen ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con número de procedimiento ordinario 818/2008.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 11 de abril de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio competente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que el paciente recibió ciclo de quimioterapia con Cisplatino en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cisplatino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 3 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

5. La circunstancia de que se haya interpuesto por el paciente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de su pretensión por haber transcurrido el plazo máximo establecido sin que se le haya notificado la resolución expresa del procedimiento iniciado por la Administración, no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (arts. 42.1 y 44.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues los reclamantes podrían desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de

sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 24 de noviembre de 2009).

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un error de medicación, al suministrar a 25 pacientes afectados de procesos oncológicos una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino.

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica, en su informe de 24 de noviembre de 2009:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso “registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos”.

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su

material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación, etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad

la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el precitado informe de 24 de noviembre de 2009 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a pruebas de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

#### **QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

##### I. Relación de causalidad.

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se*

*corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”.*

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”* (informe de 17 de diciembre de 2009). También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección *“en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%”* (informe de 12 de noviembre de 2009). De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad

y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta

congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, si no imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro, que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento. Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de la relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

### III. Responsabilidad directa de la Administración.

Por último, debe suprimirse de la propuesta de resolución la referencia a la responsabilidad subsidiaria de la Administración regional respecto al pago de la cuota correspondiente al Laboratorio Farmacéutico, en tanto la responsabilidad de aquélla es directa, como ha reconocido este Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 2/2000, 9, 20, 31 y 32, todos de 2002, y 177/2006, en la interpretación sistemática del artículo 97 TRLCAP.

En el presente caso, ante el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial por la Administración, ésta debe resolver respondiendo directamente de los daños ante el afectado, sin perjuicio de la acción de regreso que deba ejercitar contra la contratista a fin de atribuirle la cuota de responsabilidad que le pudiera corresponder por los hechos. A este respecto el Consejo de Estado ha declarado que los particulares no tienen el deber de soportar la incertidumbre jurídica de la última imputación del daño (Dictámenes de 18 de junio de 1970, 21 de julio de 1994 y 28 de enero de 1999). En este mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo al afirmar que la naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad de la Administración impide a ésta desplazar la misma al contratista, sin perjuicio de la acción de repetición de aquélla contra éste (entre otras, Sentencias de la Sala 3ª, de 19 de mayo de 1987 y de 23 de febrero de 1995).

#### **SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 3.024,90 euros, al afectado, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

El escrito de alegaciones presentado por el interesado rechaza la valoración del daño efectuada por la correduría de seguros y apoya su pretensión en un informe pericial de parte que aporta al expediente. La evaluación de las secuelas que se contiene en dicho informe parte de pruebas médicas (audiometría, analíticas e informe psicológico) lejanas en el tiempo respecto del episodio en el que pudo sufrir el paciente la sobredosificación del citostático, y fueron realizadas tras la administración de nuevos tratamientos quimioterápicos e, incluso, un trasplante de médula en julio de 2008. Considerando que la toxicidad del medicamento es acumulativa, la constatación de nuevas consecuencias adversas para la salud del paciente tras la aplicación de sucesivas dosis del mismo, no permite entender acreditado que la situación del paciente que muestran las analíticas de noviembre de 2008 y la audiometría de febrero de 2009 tenga su causa en la sobredosis de Cisplatino administrada en marzo de 2007, máxime cuando la audiometría de mayo de ese mismo año revela que el lesionado ha recuperado los niveles normales de audición, excepto

en las frecuencias más altas (8000 Hz), secuela ésta que se valora en el dictamen pericial de la corredería, y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica, de 23 de junio de 2008, afirma que no resta nefrotoxicidad ni otras toxicidades residuales.

De forma más específica, la patología psicológica que el dictamen de parte pretende conectar causalmente con la sobredosificación del citostático aparece en la historia clínica relacionada con la situación de base que vive el paciente, y así se desprende tanto del informe de Psicología Clínica, de 11 de abril de 2007, que considera que la ansiedad, insomnio y vómitos que padece son reactivos a su situación basal, como del emitido por la Inspección Médica el 26 de abril de 2010, en el que tras consultar la historia clínica del paciente en el Centro de Salud Mental de Cieza, constata que la atención al paciente en dicho centro comenzó en febrero de 2007, de donde concluye que el síndrome adaptativo que padece el enfermo es secundario a la patología diagnosticada previamente a la posible sobredosificación. Por otra parte, en la consulta de 3 de abril de 2007, inmediatamente posterior al incidente que motiva el presente procedimiento de responsabilidad, la angustia que manifiesta es relacionada por el propio paciente con la posibilidad de ingresar un mes en el Hospital para efectuar el trasplante de médula.

Así pues, encontrándose justificada la cuantía indemnizatoria fijada por el órgano instructor, salvo la aplicación de un coeficiente reductor del 21% por la toxicidad intrínseca del Cisplatino, frente al fijado en otros expedientes que versan sobre la misma actuación (35%) que debe ser motivado, este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a lo señalado anteriormente sobre la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente al afectado, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA**.- No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad y la supresión de la mención a la responsabilidad subsidiaria (Consideración Quinta).

**TERCERA**.- La cuantía indemnizatoria se considera justificada, salvo la cuestión suscitada en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 196-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	26/09/2011

**Extracto de doctrina**

El riesgo que finalmente se materializó cabe considerarlo inherente a la práctica deportiva escolar y, en consecuencia, aun cuando dentro de la prestación del servicio educativo, se encuadraría dentro de los riesgos normales o generales de la vida escolar, que no resultan imputables (por su propia naturaleza) a la actuación de la Administración educativa.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 25 de febrero de 2011 se recibe en la Consejería de Educación, Formación y Empleo reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por x, madre de x, alumno de 2º de Bachillerato del Instituto de Educación Secundaria “Emilio Pérez Piñero” de Calasparra.

Relata la reclamante que el 15 de noviembre de 2010, durante el desarrollo de una actividad física en el centro, su hijo sufrió una torcedura del pie al pisar sobre el suelo. Solicita una indemnización de 150 euros.

Se aporta junto a la solicitud la siguiente documentación: a) fotocopia del Libro de Familia, acreditativo del parentesco que une a la reclamante con el accidentado; b) factura de una clínica de fisioterapia por importe de 150 euros en concepto de diez sesiones de rehabilitación; y c) informe clínico de fisioterapeuta, en el que se indica que el paciente es diagnosticado de esguince de tobillo grado II por el Servicio de Urgencias del Hospital Comarcal del Noroeste, siendo incapaz de apoyar el miembro afectado, sin que tras el tratamiento fisioterápico se aprecie mejoría evidente.

**SEGUNDO.-** Con fecha 11 de marzo de 2011, el Secretario General de la Consejería competente resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente, siendo notificada a la interesada el 25 de marzo siguiente.

**TERCERO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección del centro educativo, se evacua conjuntamente por su titular y por el profesor de Educación Física, el 31 de marzo. En él se

indica que el alumno estaba jugando al fútbol sala durante la clase de “Ciencias para la Actividad Física” y, en un lance del juego, al intentar parar el balón, apoya mal el pie izquierdo y se produce la torcedura, que se califica de fortuita, pues no intervinieron en su acaecimiento ni otros jugadores ni el estado de las instalaciones, que no presentaban desperfectos.

**CUARTO.-** Conferido el 19 de abril de 2011 trámite de audiencia a la interesada, no consta que haya hecho uso del mismo.

**QUINTO.-** El 20 de mayo, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no existe nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos y los daños sufridos por el alumno.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 30 de mayo de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre la propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Procedimiento, plazo y legitimación.**

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales.

La reclamación fue presentada dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), establece para la prescripción del derecho a reclamar.

En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe señalar que la reclamación fue formulada por la madre del alumno, quien ostentaría su representación legal de ser éste menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil. Ocurre, sin embargo, que de la copia del Libro de Familia obrante en el expediente se desprende que, a la fecha del accidente y, por tanto, también en el momento de presentar la reclamación, el alumno había alcanzado ya la mayoría de edad (nació en abril de 1992). En consecuencia, debió ser llamado por la instrucción para que ejerciera en su propio nombre el derecho a reclamar o acreditara haber conferido representación a su madre.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Consejería de Educación, Formación y Empleo es competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación, en el que se integra el centro docente donde ocurrió el accidente.

**TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial en el ámbito educativo. Ausencia de nexo causal.**

De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse la conformidad de este Órgano Consultivo con la propuesta de resolución que las concluye. Tal como razona, no se advierte que concurran en los hechos examinados todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada a causa de los mismos.

En efecto, según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente (por todos, Dictamen 180/02), ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente, por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996).

En realidad la reclamante fundamenta su pretensión en la circunstancia de que el hecho lesivo se produjo con ocasión de la realización de una actividad docente de educación física. Sin embargo, tal como viene repitiendo este Consejo Jurídico, no todo evento lesivo ocurrido durante la prestación del servicio público educativo resulta automáticamente atribuible a su funcionamiento en términos de responsabilidad.

Hay que señalar que no existe en el expediente elemento alguno que permita establecer el pretendido nexo causal con el funcionamiento del servicio público. En primer lugar, nada indica que el grado de diligencia que correspondía al personal docente del centro exigiera mayores medidas de precaución tendentes a evitar el daño, produciéndose éste fortuitamente en el desarrollo de una actividad física que no puede considerarse inadecuada para la edad de los alumnos participantes. En segundo lugar, no consta que el accidente se produjera por deficiencias en las instalaciones deportivas, ni como consecuencia de instrucciones erróneas del profesor, o de la falta de adopción de medidas de seguridad inherentes a la impartición ordinaria de una clase de educación física, ni tampoco que el ejercicio se apartase de las reglas ordinarias de su práctica.

En este orden de cosas, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con daños producidos en el desarrollo de clases de educación física, propugnando la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone este tipo de actividades, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado o por mal estado de las instalaciones (Dictamen 3760/2000), tesis mantenida también por el Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes (por todos 151/2007), y en la Memoria correspondiente al año 2003, de la que sintetizamos el siguiente párrafo:

*“Los daños físicos constituyen un riesgo inherente a la práctica deportiva debiendo ser soportados por quienes los sufren, siempre que la actividad no se aparte de las reglas ordinarias de su práctica, o se tratara de ejercicios inapropiados a la edad de los alumnos, o concurren circunstancias determinantes de riesgo, peligro, o mal estado de las instalaciones que hubieran podido causar efectivamente lesiones derivadas de la práctica de ejercicio, y siempre que el profesorado adopte las medidas de precaución habituales, ajustadas a la pauta de diligencia exigible a un padre de familia”.*

En el supuesto sometido a consulta, el riesgo que finalmente se materializó cabe considerarlo inherente a la práctica deportiva escolar y, en consecuencia, aun cuando dentro de la prestación del servicio educativo, se encuadraría dentro de los riesgos normales o generales de la vida escolar, que no resultan imputables (por su propia naturaleza) a la actuación de la Administración educativa.

Así pues, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al alumno y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño existe y se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo, impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por el alumno y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 197-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	03/10/2011

**Extracto de doctrina**

Según la jurisprudencia del TS, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial administrativa de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el suceso dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos y con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 11 de marzo de 2011 x interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo, solicitando una indemnización de 162 euros, precio de las gafas que la reclamante hubo de reponer al resultar rotas las de su hija, x, al tropezar con unas piedras, según dice, en el camino al pabellón de educación física en el IES Martínez Ruiz (Azorín) de Yecla. El accidente escolar, que se produjo el 3 de marzo, fue comunicado por el Director del Instituto mediante informe de 11 de marzo de dicho año, señalando que la alumna, en el camino al pabellón municipal “Los Rosales”, donde se imparte la clase de educación física, “tropezó y cayó”.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora por Resolución de la Secretaría General de 15 de abril de 2011, notificada el 4 de mayo siguiente, fue solicitado informe al Centro; emitido el 6 de junio de 2011, indica que la alumna accidentada se dirigía al citado pabellón con todos sus compañeros cuando, a mitad de trayecto, tropezó y cayó al suelo. El lugar de la caída es el camino peatonal que une el centro con el pabellón, siendo causa del tropezón algún objeto del camino (piedras, gravilla y algunas grietas del suelo).

**TERCERO.-** Conferida audiencia a la reclamante, no consta que presentara alegaciones; el 6 de junio de 2011 se formuló propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación, al considerar que el accidente se produce sin conexión con el funcionamiento del servicio público,

lo que no permite apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad de la Administración autonómica.

Y en tal estado, cumplimentado el expediente con el reglamentario índice de documentos y con el extracto de secretaría, fue formulada la consulta, que tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 13 de junio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Procedimiento.**

La reclamación ha sido formulada por persona legitimada y dentro del plazo de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo competente la Consejería consultante para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Centro en el que ocurrieron los hechos.

Junto a ello cabría haber considerado en la instrucción que el daño se produce materialmente en una vía pública municipal, razón por la que debiera haberse dado audiencia al Ayuntamiento.

#### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares,

éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

El Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente que, según la jurisprudencia del TS, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial administrativa de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el suceso dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos y con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

En el caso de la consulta, es cierto que el efecto dañoso existe y que se produce en el seno del servicio público entendido como “giro o tráfico administrativo”, al ser el centro de titularidad pública y su gestión una competencia de la Administración regional, estando los alumnos en horario escolar y, por tanto, bajo la custodia de la autoridad educativa; mas no existen, al menos probadas, otras circunstancias que permitan imputar a la Consejería tales efectos dañosos. De los hechos recogidos en el informe del centro puede calificarse el accidente como un suceso desafortunado, pero en ningún caso atribuible directa ni indirectamente al funcionamiento del servicio público ni a la actuación de algún profesor. Puede afirmarse que el grado de diligencia exigible al centro no demandaba mayores medidas de prevención y protección, debido a que los alumnos transitaban por una vía pública municipal que conecta el centro con el polideportivo, sin que se acredite que la misma no fuera hábil para tal uso. El daño se debe a circunstancias ajenas al servicio público de educación, y es de resaltar que la reclamante no achaca al centro ni a su personal conducta alguna que pudiera haber influido en el suceso, circunstancias todas que no permiten apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.-Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, dada la ausencia de los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 198-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	03/10/2011

**Extracto de doctrina**

En supuestos de daños producidos durante la clase de educación física, es constante y reiterada la doctrina de los consejos consultivos que excluye la responsabilidad de la Administración cuando el ejercicio se desarrolla dentro del riesgo que en sí misma entraña la práctica deportiva.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 2 de marzo de 2011, x interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo, solicitando una indemnización de 79 euros, precio de las gafas que el reclamante hubo de reponer al resultar rotas las de su hija, x, por un balón lanzado por una compañera accidentalmente, cuando jugaban al fútbol en clase de educación física correspondiente a primero de la ESO en el IES Aljada, de Puente Tocinos (Murcia). El accidente escolar fue comunicado por el Director del Instituto el 14 de marzo de 2011, relatando que *“durante el desarrollo de la clase educación física, los alumnos se encontraban jugando un partido de fútbol sala y, durante el juego un compañero recibió el balón y chutó en dirección a la portería; en ese momento x corría en dirección a donde estaba el compañero, recibiendo el impacto del balón en la cara, produciéndose la caída y rotura de la montura de las gafas”*.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora por Resolución de la Secretaría General de 30 de marzo de 2011, notificada el 18 de abril siguiente, fue solicitado informe al centro. La solicitud fue cumplimentada a través del profesor de la asignatura, en informe emitido el 20 de abril, añadiendo a lo ya informado que la actividad de fútbol sala forma parte de los contenidos programados en la asignatura, y que el desarrollo del juego se realizó según las indicaciones dadas, siendo el accidente totalmente involuntario.

**TERCERO.-** Conferida audiencia al reclamante, no consta que presentara alegaciones; el 15 de junio de 2011 se formuló propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación.

Razona que la doctrina del Consejo Jurídico propugna la ausencia de relación de causalidad cuando el daño se produce de forma fortuita, dentro del riesgo que supone la práctica deportiva escolar, y no por la falta de vigilancia exigida al profesorado. Considera probado que el impacto del balón se produce fortuitamente, lo que no permite apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad de la Administración autonómica.

Y en tal estado, cumplimentado el expediente con el reglamentario índice de documentos y con el extracto de secretaría, fue formulada la consulta, que tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 20 de junio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Procedimiento.**

La reclamación ha sido formulada por persona legitimada y dentro del plazo de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo competente la Consejería consultante para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Centro en el que ocurrieron los hechos.

#### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además,

el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

El Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. Particularmente en supuestos de daños producidos durante la clase de educación física, es constante y reiterada la doctrina de los consejos consultivos que excluye la responsabilidad de la Administración cuando el ejercicio se desarrolla dentro del riesgo que en sí misma entraña la práctica deportiva.

En el caso de la consulta, es cierto que el efecto dañoso existe y que se produce en el seno del servicio público entendido como “giro o tráfico administrativo”, al ser el colegio de titularidad pública y su gestión una competencia de la Administración regional, mas no existen, al menos probadas, otras circunstancias que permitan imputar a la Consejería tales efectos dañosos. De los hechos recogidos en el informe del centro puede calificarse el accidente como un suceso desafortunado, pero en ningún caso atribuible directa ni indirectamente al funcionamiento del servicio público ni a la actuación de algún profesor. Puede afirmarse que el grado de diligencia exigible al centro no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas. Se percibe que el daño se debe al infortunio, y es de resaltar que el reclamante no achaca al centro ni a su personal conducta alguna que pudiera haber influido en el suceso, circunstancias todas que no permiten apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**-Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, dada la ausencia de relación de causalidad y de antijuridicidad en el daño alegado, por las razones expuestas en las precedentes Consideraciones.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 199-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	03/10/2011

**Extracto de doctrina**

En supuestos de daños producidos durante la clase de educación física, es constante y reiterada la doctrina de los consejos consultivos que excluye la responsabilidad de la Administración cuando el ejercicio se desarrolla dentro del riesgo que en sí misma entraña la práctica deportiva.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 2 de marzo de 2011 x interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo, solicitando una indemnización de 60 euros, precio de las gafas que el reclamante hubo de reponer al resultar rotas las de su hija, x, por un balón lanzado por una compañera accidentalmente, cuando jugaban al fútbol en clase de educación física correspondiente a cuarto de la ESO en el IES Alquibla, de La Alberca (Murcia). El accidente escolar fue comunicado por el Director del Instituto el 28 de febrero de 2011, relatando que *“una compañera de clase hizo un disparo a portería y salió desviado, golpeó en la cara de x y rompió las gafas haciéndose dos cortes en la cara con el cristal”*.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora por Resolución de la Secretaría General de 16 de marzo de 2011, notificada el 29 de marzo siguiente, fue solicitado informe al centro. La solicitud fue cumplimentada a través del profesor de la asignatura que, en informe remitido el 13 de mayo por el Director, indica que tras un lanzamiento a puerta de una alumna, el balón salió desviado y golpeó a x en la cara, todo ello durante un partido de fútbol-sala, actividad que forma parte de los contenidos programados en la asignatura. El desarrollo del juego se realizó según las indicaciones dadas y el accidente es totalmente involuntario.

**TERCERO.-** Conferida audiencia al reclamante, no consta que presentara alegaciones; el 2 de junio de 2011 se formuló propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación. Razona que la doctrina del Consejo Jurídico propugna la ausencia de relación de causalidad cuando el daño se produce de forma fortuita, dentro del riesgo que supone la práctica deportiva

escolar, y no por la falta de vigilancia exigida al profesorado. Considera probado que el impacto del balón se produce fortuitamente, lo que no permite apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad de la Administración autonómica.

Y en tal estado, cumplimentado el expediente con el reglamentario índice de documentos y con el extracto de secretaría, fue formulada la consulta, que tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 8 de junio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Procedimiento.**

La reclamación ha sido formulada por persona legitimada y dentro del plazo de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo competente la Consejería consultante para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Centro en el que ocurrieron los hechos.

#### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De

esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

El Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. Particularmente en supuestos de daños producidos durante la clase de educación física, es constante y reiterada la doctrina de los consejos consultivos que excluye la responsabilidad de la Administración cuando el ejercicio se desarrolla dentro del riesgo que en sí misma entraña la práctica deportiva.

En el caso de la consulta, es cierto que el efecto dañoso existe y que se produce en el seno del servicio público entendido como “giro o tráfico administrativo”, al ser el colegio de titularidad pública y su gestión una competencia de la Administración regional, mas no existen, al menos probadas, otras circunstancias que permitan imputar a la Consejería tales efectos dañosos. De los hechos recogidos en el informe del centro puede calificarse el accidente como un suceso desafortunado, pero en ningún caso atribuible directa ni indirectamente al funcionamiento del servicio público ni a la actuación de algún profesor. Puede afirmarse que el grado de diligencia exigible al centro no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas. Se percibe que el daño se debe al infortunio, y es de resaltar que el reclamante no achaca al centro ni a su personal conducta alguna que pudiera haber influido en el suceso, circunstancias todas que no permiten apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.-Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, dada la ausencia de relación de causalidad y de antijuridicidad en el daño alegado, por las razones expuestas en las precedentes Consideraciones.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 200-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 03/10/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.

- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada a x, según la relación nominal de pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrado por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dió traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que*

*demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que *“efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 54 años.*

*Antecedentes Personales: No alergias. Diabetes mellitus tipo II en tratamiento con ADO. Ex fumador. EPOC-bronquitis crónica.*

*Enfermedad Oncológica:*

*Diagnóstico: Carcinoma epidermoide de pulmón T4N3M1 (metástasis en C6 y adenopatía supraclavicular derecha).*

*Estadio: IV.*

*Fecha del diagnóstico: Febrero-2007.*

*Tratamiento de la neoplasia: Se inició quimioterapia con cisplatino-paclitaxel, de la que se administraron tres ciclos de tratamiento, con progresión de la neoplasia.*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de Cisplatino:*

*Fecha de administración: 14-Marzo.*

*Dosis total prescrita: no reflejada en la parte de la historia clínica a la que tengo acceso actualmente.*

*Toxicidad aguda (máxima):*

*- Digestivo: no.*

*-Mielotoxicidad: no.*

*-Ototoxicidad: no.*

*-Nefrotoxicidad:no.*

*- Neurotoxicidad: no.*

*- Otras toxicidades: no.*

*Ingreso hospitalario: no.*

*Evolución posterior y situación actual:*

*Evolución de la neoplasia: tras progresión a la quimioterapia de primera línea, recibió tratamiento sucesivamente con pemetrexed, gemcitabina y docetaxel, sin respuesta (tratamiento finalizado en Septiembre-07). Además, precisó exéresis de matástasis cutánea en cuero cabelludo, cirugía traumatológica por metástasis en C6 con riesgo de compresión medular y radioterapia vertebral paliativa sobre C5-D1. En Octubre-07, dos ingresos en nuestro Servicio por insuficiencia respiratoria secundaria a progresión neoplásica. En el segundo de ellos, linfagitis pulmonar rápidamente progresiva a pesar del tratamiento, por lo que el paciente falleció el día 1/11/07. No toxicidad residual por cisplatino en el momento del fallecimiento.*

*Situación actual: fallecido por progresión de su neoplasia pulmonar.*

*Juicio Diagnóstico:*

*- Carcinoma epidermoide de pulmón estadio IV, refractario a quimioterapia.*

*- Exitus laetalis."*

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cistaplino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que

puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han podido administrar unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal del paciente, alcanzando la conclusión de que “falleció por progresión de su neoplasia pulmonar, no presentando toxicidad residual por Cisplatino en el momento de su fallecimiento, sin que, por tanto haya lugar a la valoración de incapacidades temporales o permanentes”.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 9 de diciembre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, de 20 de octubre de 2009, de la Inspectora Médica, particularizado en el estudio de los efectos adversos que pudiera presentar el paciente con ocasión de la

dispensación del medicamento, refiere que en este caso hay seguridad de que no hubo sobredosis, ni presentó toxicidad aguda ni residual, falleciendo por progresión de su neoplasia pulmonar.

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**NOVENO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cisplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**DÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta que los herederos del paciente formularan alegaciones, aunque un representante compareció para tomar vista del expediente y retirar una copia íntegra del mismo.

**UNDÉCIMO.-** Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que receptiona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**DUODÉCIMO.-** La propuesta de resolución considera que en este caso no resulta acreditado que al paciente se le hubiera causado algún efecto adverso con la dispensación del medicamento, ya que no hay seguridad de que se hubiera administrado sobredosis, sin que tampoco presentara en el momento de su fallecimiento (el 1 de noviembre de 2007) ninguna toxicidad aguda, ni residual, derivada de la administración de Cisplatino. Por tales razones, concluye que en este supuesto no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

**DECIMOTERCERO.-** Con fecha 18 de abril de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que el paciente recibió ciclo de quimioterapia con Cisplatino en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose,

por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cistaplino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio

activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 9 de diciembre de 2009).

**CUARTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

En el presente caso, a diferencia de otros supuestos, no resulta acreditado el nexo causal entre la administración de Cisplatino y el resultado lesivo, como expresan de forma reiterada los distintos informes médicos obrantes en el expediente.

Así la Inspectora Médica manifiesta que en este caso hay seguridad de que no hubo sobredosis, sin que el paciente presentara toxicidad aguda, ni toxicidad residual, falleciendo por la progresión de la neoplasia pulmonar.

Frente a tales consideraciones, los herederos del paciente fallecido no han formulado alegaciones, por lo que se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que considera que no ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la inexistencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 201-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)
<b>Fecha</b>	03/10/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Cuando otra Administración remita documentación relativa a una reclamación de responsabilidad patrimonial no dirigida a la Administración regional (aun habiendo resuelto la Administración remitente inadmitir la reclamación contra ella dirigida), el órgano encargado de la instrucción de esta clase de procedimientos puede, siempre que la acción resarcitoria no se considere prescrita frente a la Administración regional, bien proponer al órgano competente la iniciación de oficio del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial (art. 4.2 "in fine" y 5.2 RRP), bien comunicar al interesado la recepción de la referida documentación, por si considerase oportuno formular frente a esta Administración la correspondiente reclamación.

2. En relación con la eficacia interruptiva del plazo, por causa de la presentación de reclamaciones de responsabilidad ante Administraciones Públicas distintas de la que resulta responsable del servicio público en cuestión, la doctrina de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia no ofrece una posición uniforme, aunque se decanta por negar eficacia interruptora a los requerimientos y reclamaciones de cualquier naturaleza que no vayan dirigidos contra la Administración a la que finalmente se considere responsable del daño."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 4 de octubre de 2005, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ayuntamiento de Cartagena, pretendiendo una indemnización de 125 euros por los daños sufridos en un vehículo de su propiedad, cuando el 14 de septiembre de 2005 circulaba con su automóvil por la carretera F-39, desde el Polígono Industrial Cabezo Beaza a Torreciega. Relata el interesado que introdujo una de las ruedas en un socavón existente en el centro de la calzada, a consecuencia de lo cual el neumático delantero izquierdo reventó.

Aporta junto a la reclamación factura de taller mecánico por el importe indicado en concepto de sustitución del neumático afectado, diversa documentación identificativa del reclamante y del vehículo, así como informe de la Policía Local de Cartagena en el que se hace constar que "ante la

*reclamación por daños (...) presentada por el implicado en el lugar reseñado a causa de un bache existente, los agentes proceden a personarse en el lugar y comprueban la veracidad de los hechos y observan que las dimensiones son de unos 110 cms. de largo, por 60 cms. de ancho y unos 10 cms. de profundidad*'. La vía en la que ocurre el siniestro se identifica en el aludido informe como la carretera de Torreciega a Los Camachos en Cartagena.

**SEGUNDO.-** Por el Ayuntamiento de Cartagena se tramita procedimiento de responsabilidad patrimonial que finaliza por Decreto de 10 de marzo de 2008, del Concejal Delegado de Seguridad Ciudadana, Vía Pública y Servicios, que desestima la reclamación por no resultar la aludida Corporación Local competente para su tramitación, al no ser la titular de la vía. El Decreto acuerda, asimismo, dar traslado de la reclamación a la Comunidad Autónoma, Administración a la que considera competente.

Consta en el expediente municipal informe de la Jefa de Patrimonio del Ayuntamiento de Cartagena, según el cual la carretera no está inscrita en el Inventario de Bienes y Derechos Municipales.

**TERCERO.-** Mediante escrito fechado el 29 de mayo de 2008, la Jefa de Sección de Responsabilidad Patrimonial de la entonces Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes comunica al interesado que, remitida la reclamación por él presentada ante el Ayuntamiento de Cartagena, va a ser tramitada por la Administración regional. En el mismo escrito se le requiere para que subsane su solicitud mediante la aportación de diversa documentación.

La notificación del indicado escrito, tras dos intentos infructuosos por vía postal, no se consigue practicar hasta casi ocho meses después, el 15 de enero de 2009. El reclamante presenta escrito, mediante el que procede a cumplimentar lo requerido en el oficio anterior, el 4 de febrero siguiente.

**CUARTO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección General de Carreteras, se emite el 1 de septiembre de 2008, indicando que dicho centro directivo desconocía la existencia del evento lesivo, dado que no existe constancia de accidentes similares en esa carretera ni de baches en el tramo donde ocurren los hechos. No obstante, afirma que desde septiembre de 2005 hasta la fecha del informe *"se han realizado operaciones de bacheo en ese tramo de carretera"*. Se indica, asimismo, que la vía es de titularidad regional.

**QUINTO.-** Con fecha 3 de diciembre de 2008 se recaba informe del Parque de Maquinaria dependiente de la Dirección General de Carreteras. Emitido casi once meses después, considera adecuado el importe reclamado al daño alegado.

**SEXTO.-** Conferidos sendos trámites de audiencia con fecha 3 de junio de 2009 y 2 de marzo de 2011, no consta que el interesado presente alegación o justificación adicional alguna.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 20 de abril de 2011.

**SÉPTIMO.-** Advertida la omisión, en el expediente adjunto a la consulta, de la propuesta de resolución, se dicta Acuerdo núm. 11/2011, por el que se requiere a la Consejería consultante que complete el expediente con el indicado trámite, lo que se cumplimenta el 27 de julio de 2011. La indicada propuesta desestima la reclamación sobre la base de considerar que no ha quedado acreditada la realidad del evento dañoso.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

#### **SEGUNDA.- Legitimación y procedimiento.**

I. El reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, al ser el titular del vehículo por cuyos daños solicita el correspondiente resarcimiento; daños que han de considerarse implícitamente imputados a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad, por lo que dicha Administración está legitimada pasivamente para resolver la reclamación.

II. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la LPAC y normativa de desarrollo en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, sin perjuicio de advertir las injustificadas paralizaciones que ha sufrido este expediente en diversos trámites y lo que se indica en la Consideración siguiente, acerca de la actuación de la instructora en relación con la iniciación del procedimiento.

**TERCERA.- Extemporaneidad de la reclamación formulada ante la Administración regional por prescripción del derecho a reclamar.**

La acción resarcitoria que da lugar a este procedimiento ha de ejercerse en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), a contar desde el momento en que se produjo el evento lesivo, lo que en el supuesto sometido a consulta acaece el 14 de septiembre de 2005.

A la vista del expediente remitido, se advierte, en primer lugar, que el oficio de 29 de mayo de 2008 reseñado en el Antecedente Tercero, por el que se comunica la decisión de tramitar el presente procedimiento, incurrió en el error de considerar que, mediante la remisión del expediente realizada por el Ayuntamiento de Cartagena (previa desestimación de la reclamación, fundada en su falta de competencia sobre la carretera en la que ocurrió el accidente), la reclamación de referencia había de considerarse formulada contra la Administración regional; ello no es así, pues tal mera remisión de documentación no tiene virtualidad jurídica para alterar la voluntad del reclamante, que fue reclamar frente al Ayuntamiento de Cartagena. El que éste no fuera competente sobre la conservación de la carretera en cuestión sólo determina la desestimación de la reclamación por falta de la necesaria relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento de los servicios públicos municipales.

De esta forma, y considerando que ni la Jefa de Sección de Responsabilidad Patrimonial tiene competencia para iniciar (ni resolver) esta clase de procedimientos, sino sólo para tramitar los ya iniciados (por reclamación del interesado, dirigida a la Administración regional, o de oficio, por acuerdo del órgano competente de su Consejería), ni que, en todo caso, del oficio antes reseñado se desprende voluntad alguna de iniciar de tal modo esta clase de procedimientos, la conclusión que se extrae es que, por los hechos de que se trata, sólo cabe considerar formulada una reclamación contra la Administración regional, de forma tácita o implícita, cuando el 4 de febrero de 2009 el interesado cumplimenta el requerimiento de documentación previamente realizado a virtud de dicho oficio, pues de tal cumplimentación se desprende con claridad su voluntad de reclamar

indemnización a la Administración autonómica, resultando entonces que en tal fecha ya había transcurrido más de un año desde la producción del accidente (el 14 de septiembre de 2005).

De lo anterior se concluye que, cuando otra Administración remita documentación relativa a una reclamación de responsabilidad patrimonial no dirigida a la Administración regional (aun habiendo resuelto la Administración remitente inadmitir la reclamación contra ella dirigida), el órgano encargado de la instrucción de esta clase de procedimientos puede, siempre que la acción resarcitoria no se considere prescrita frente a la Administración regional, bien proponer al órgano competente la iniciación de oficio del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial (art. 4.2 *“in fine”* y 5.2 RRP), bien comunicar al interesado la recepción de la referida documentación, por si considerase oportuno formular frente a esta Administración la correspondiente reclamación.

Ahora bien, como se ha indicado anteriormente, a la fecha en que cabe considerar formulada implícitamente la reclamación frente a la Administración competente, ya había transcurrido el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 LPAC, de forma que sólo cabría considerar que la reclamación habría sido interpuesta en plazo si se reconocieran efectos interruptivos de éste a la acción ejercitada frente a la Corporación Local, lo que, sin embargo, no procede.

En relación con la eficacia interruptiva del plazo de que se trata, por causa de la presentación de reclamaciones de responsabilidad ante Administraciones Públicas distintas de la que resulta responsable del servicio público en cuestión, este Consejo Jurídico abordó la cuestión en su Dictamen nº 131/07, de 1 de octubre, del que ha de partirse.

Dicho Dictamen advertía que la doctrina de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia no ofrece una posición uniforme sobre la cuestión, aunque se decanta por negar eficacia interruptora a los requerimientos y reclamaciones de cualquier naturaleza que no vayan dirigidos contra la Administración a la que finalmente se considere responsable del daño (al margen de los supuestos relativos a la existencia de actuaciones penales). Ello viene fundamentado, en unos casos, en la exigencia a estos efectos de la triple identidad de elementos (sujeto, objeto y fundamento) en la acción de reclamación, como en la STSJ del País Vasco de 28 de enero de 1998 (y, en parecida línea, las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 23 de enero de 2002 y de Murcia de 28 de enero de 2004). Otras sentencias fundan tal postura en considerar que es una carga u obligación del reclamante averiguar la identidad de la Administración titular de la carretera en cuestión, para lo cual tiene la posibilidad de dirigir el oportuno requerimiento de información a las que pudiese considerar responsables (SSTSJ de

Cantabria de 4 de febrero de 1999 y de Extremadura de 28 de septiembre de 2001), actuación ésta que tiene plena eficacia interruptora del plazo prescriptivo frente a la Administración requerida (STSJ de Aragón de 21 de noviembre de 2003); o bien se estima necesario que en la reclamación presentada en plazo contra una Administración que finalmente resultase no ser la competente sobre el servicio público en cuestión, se hubiese planteado, al menos, la duda sobre tal extremo (STSJ de Asturias de 4 de marzo de 2004). En un sentido análogo, tampoco se reconoce virtualidad interruptora del plazo prescriptivo a la formulación de reclamaciones o requerimientos dirigidos a un concesionario de la Administración, pero no a ésta (SSTSJ de la Rioja de 24 de mayo de 2001, de Andalucía-Sevilla de 13 de febrero de 2002, y de Murcia de 31 de enero de 2006).

Por su parte, el Dictamen nº 378/98, de 18 de marzo, del Consejo de Estado, señala que *“una actuación, para que tenga efecto interruptivo (del plazo de prescripción de que tratamos) tiene que tener carácter recepticio, es decir, tiene que dirigirse hacia el supuesto “deudor”.*

En la misma línea, su Dictamen nº 579/08, de 24 de abril, expresa lo siguiente:

*“No puede entenderse que el citado plazo quedara interrumpido por las acciones ejercidas por la solicitante contra el Ayuntamiento de Padrón. Y ello por cuanto ninguna de dichas acciones se dirigió contra la Administración General del Estado, lo que es presupuesto imprescindible para que se produzca el efecto interruptivo de la prescripción conforme al artículo 1973 del Código Civil.*

*Tampoco puede apreciarse en el caso presente que el plazo para reclamar frente a la Administración General del Estado quedara interrumpido por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1974 del Código Civil, que previene que “la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores”. Y es que, aun cuando se afirmare que hay solidaridad entre el Ayuntamiento de Padrón y la Administración General del Estado con relación al hecho causante de los daños, se trataría de una solidaridad impropia. La doctrina y la jurisprudencia han reconocido, junto a la denominada solidaridad propia, regulada en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 1137 y siguientes del Código Civil, la existencia de otra modalidad de solidaridad, llamada impropia, vinculada a la responsabilidad extracontractual. Esta dimana de un ilícito, liga a los sujetos que han concurrido a su producción y surge cuando no es posible individualizar las respectivas responsabilidades. La misma doctrina y jurisprudencia han declarado que a esta última especie de solidaridad no le son aplicables todas las reglas prevenidas para la solidaridad propia y, en especial, no lo es el artículo 1974 del Código Civil, según el criterio sentado con carácter general por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de marzo de 2003”.*

Sin perjuicio de lo expuesto, que debe considerarse el criterio general sobre la cuestión, existen pronunciamientos que permiten particularizar el análisis en atención a las especiales circunstancias del caso concreto. Así, en el de la STSJ de Andalucía-Sevilla, de 29 de noviembre de 2002, que considera que como el interesado creía razonablemente que la Administración inicialmente reclamada era la responsable del servicio cuestionado, dicha actuación es apta para interrumpir el plazo de prescripción. Y el Tribunal Supremo, aun cuando no puede considerarse que tenga sentada doctrina al respecto, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2002, Sala 3ª, se inclina por dar eficacia interruptora a la formulación de reclamaciones a Administraciones no competentes si concurre alguna circunstancia excepcional que así lo justifique, como en el caso allí planteado, en que la actuación de la Administración responsable llevó a confusión sobre la titularidad del servicio público; y ello en aplicación del principio general que postula una interpretación del instituto de la prescripción de acciones favorable al ejercicio de éstas, por estar fundado dicho instituto en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, lo que se entiende especialmente aplicable en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En este sentido parece ir el Dictamen del Consejo de Estado nº 1616/08, de 13 de noviembre, que expresa que *“ante todo debe destacarse que, en principio y de modo general, las actuaciones hechas ante una Administración que no es la competente no tienen, por sí, virtualidad suficiente para interrumpir el plazo de prescripción. En este caso, sin embargo, debe destacarse que la interesada se dirige ante la Administración gallega porque el atestado de la Guardia Civil considera que la carretera es autonómica y la propia Administración gallega la tramita inicialmente al confundir la vía AC-12 con la AC-211. El error viene de la denominación del tramo, que es en realidad el de la antigua N-VI, de titularidad estatal. Siendo así, debe entenderse que la duda acerca de cuál fuere la titularidad de la vía sólo se desvanece a efectos de interponer la correspondiente reclamación cuando consta efectivamente así, al manifestarlo la Administración gallega”*.

Nuestro citado Dictamen 131/07, dando un paso más en la interpretación favorable a la temporaneidad de la acción, expresaba que *“en el presente caso, y aunque en rigor no puede decirse que la Administración haya inducido a error al reclamante a la hora de determinar la titularidad del tramo de carretera en cuestión (como hubiese podido suceder, por ejemplo, si en dicho tramo se hubiera mantenido -indebidamente- una señalización indicativa del carácter estatal de la carretera, lo que no consta en el expediente), existen circunstancias que justifican que no haya de estimarse prescrita la acción dirigida contra la Administración regional, como el hecho de estar ante un singular y aislado tramo de la carretera (la travesía) que no pertenece al Estado, que, sin embargo, sigue conservando su titularidad sobre el resto de la vía; travesía que tampoco es de responsabilidad del Ayuntamiento (no consta que se le haya cedido su conservación, como sucede*

*en otros casos), sino que fue transferida a la Comunidad Autónoma en el año 1984, como señala el informe de la Demarcación de Carreteras del Estado reseñado en el Antecedente Segundo. Dichas circunstancias, es decir, el carácter de travesía del tramo y su plena inserción en el núcleo urbano, según las fotografías obrantes en el expediente, suscitaban la razonable apariencia de que la Administración responsable de la conservación de la vía pública podía ser la municipal o la estatal, pero no la autonómica; y ello sin perjuicio de que no exista norma jurídica que obligue a las Administraciones Públicas a instalar señalización sobre la titularidad de sus vías públicas”.*

En nuestro Dictamen 103/2010 llegamos a la misma conclusión acerca de la temporaneidad de la reclamación ejercitada, en atención a las circunstancias en que se produce el daño, pues el lugar donde ocurren los hechos y las circunstancias del accidente (golpe con una instalación del servicio público de agua potable de titularidad municipal instalada en un parque regional y en la zona de dominio público de una carretera de titularidad regional) eran susceptibles de llevar razonablemente a la interesada a creer que la Administración titular de la arqueta es la municipal reclamada.

En el supuesto ahora sometido a consulta, sin embargo, no se advierten tales elementos que pudieran generar una duda razonable en el interesado acerca de la Administración titular de la vía. De la descripción de ésta que se contiene en el expediente no se desprende que se trate de un tramo urbano o que discurra por una población, sino que antes al contrario, el lugar del accidente, según consta en el plano cartográfico obrante al folio 13 de las actuaciones, se encuentra en despoblado. En tales circunstancias, y ante la falta de evidencia de la titularidad de la vía, era exigible del reclamante una actuación previa de averiguación dirigida a establecer a qué Administración eran imputables las deficientes condiciones de mantenimiento y conservación de la infraestructura que ocasionó el percance.

Al respecto, en sentencia núm. 298, de 17 de mayo de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm.2 de Murcia, tras recordar criterios jurisprudenciales ya expuestos en este Dictamen, se señala que *“en modo alguno puede dotarse de efectos interruptivos a la reclamación antes mencionada, habida cuenta que no se dirigió contra la Administración responsable y no consta, además, que el actor realizara actuación alguna dirigida a averiguar cuál era la Administración responsable, cuando era uno de los elementos constitutivos de su pretensión y, por ello, tenía la carga de averiguarlo con carácter previo al ejercicio de su acción (...) como se desprende de la doctrina del Tribunal Supremo, habrá que entender que la reclamación, para que pueda interrumpir la prescripción debe ser un acto receptivo (sic) y no basta con dirigirlo contra cualquiera, sino contra la Administración responsable. El instituto de la prescripción se fundamenta en un principio de seguridad jurídica que quiebra si se permite que la acción se dirija contra la*

*persona legitimada después de haber transcurrido más de tres años durante los cuales no ha tenido conocimiento alguno de la existencia del siniestro”.*

Negado el efecto interruptivo de la prescripción del derecho a reclamar de la solicitud indemnizatoria formulada ante el Ayuntamiento de Cartagena, la acción ejercitada de forma tácita ante la Administración autonómica el 4 de febrero de 2009, respecto de unos daños producidos el 14 de septiembre de 2005, es extemporánea.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en tanto que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, si bien debe sustituirse la motivación que sustenta la decisión desestimatoria, para fundarla en la prescripción del derecho a reclamar, conforme a lo señalado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 202-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por el mal funcionamiento de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación.
<b>Consultante</b>	Consejero de Universidades, Empresa e Investigación (2008)
<b>Fecha</b>	10/10/2011

**Extracto de doctrina**

Existe un concierto de voluntades en llevar a buen término la contratación laboral, que sólo como consecuencia exclusiva del proceder administrativo y pese a reunir todos los requisitos y haber acreditado su capacidad, superando el proceso selectivo y ajustando su conducta a los actos de la Administración, el hoy reclamante se ve privado de todo derecho, por una acción - mejor inacción- de la Administración regional, que no se ajusta a las exigencias derivadas del principio de la protección de la confianza legítima.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 13 de abril de 2010 x presentó escrito, dirigido a la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación, de reclamación de responsabilidad patrimonial. En síntesis, en el mismo expresa que, tras presentar dicha Consejería al Servicio Regional de Empleo y Formación (SEF) una oferta de empleo para la contratación por la misma de dos técnicos de archivo, dentro del programa “*Empleo Público Local e Institucional*”, el 21 de septiembre de 2009 la Consejería comunicó al citado Organismo que el compareciente había sido considerado “*admitido*” por la misma para dicha contratación, por lo que, al registrar esa situación, el SEF le excluyó a efectos de otras ofertas posteriores de características similares. Añade el reclamante que el 5 de octubre de 2009 firmó contrato de trabajo con dicha Consejería, sin que se le diera copia del mismo ni se le llamara nunca para iniciar el trabajo contratado, habiendo acudido a aquélla en diversas ocasiones para solicitar explicación al respecto y una copia del expediente, sin que se le hubiera facilitado debidamente. Considera que el funcionamiento incorrecto de la Consejería le ha ocasionado perjuicios, en forma del salario correspondiente a dicho contrato, o a otro trabajo que pudiera habersele asignado y que no pudo conseguir al excluirle el SEF de la posibilidad de acceder a otras ofertas posteriores de características similares.

A su escrito adjunta un escrito de la Directora de la Oficina de Empleo de Murcia-La Flota, del SEF, de 18 de diciembre de 2009, en el que, entre otros extremos, indica que, a virtud de la oferta de empleo presentada en su día por la citada Consejería para la contratación de referencia,

el 21 de septiembre de 2009 ésta les comunicó que el interesado fue considerado admitido, por lo que, al registrar esta situación, dicho Organismo le excluyó del proceso de selección de otras ofertas posteriores de características similares. Asimismo, adjunta escrito presentado el 4 de diciembre de 2009 en la referida Consejería mediante el que solicita copia del expediente correspondiente a su proceso de selección y contratación, e información sobre el estado del mismo.

**SEGUNDO.-** Con fecha 22 de junio de 2010 el Secretario General de la citada Consejería, por delegación del Consejero, dictó Orden de inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, nombrando instructor y requiriendo al reclamante la presentación de determinada documentación, requerimiento que éste cumplimentó mediante escrito presentado el 20 de julio de 2010.

**TERCERO.-** Solicitado por la instructora la remisión del expediente de referencia y la emisión de informe al Servicio de Régimen Interior de la Secretaría General de la Consejería, ello fue cumplimentado el 23 de julio de 2010. En el informe emitido por dicho Servicio se expresa lo siguiente:

*“1º) Por Resolución de 7 de abril de 2009 (BORM nº 85 de 15 de abril), del Director General del Servicio de Empleo se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones del programa de fomento del empleo denominado "Empleo público local e institucional".*

*2º) Con fecha 23 de abril de 2009, esta Consejería solicita subvención al Servicio de Empleo y Formación (registro de entrada en ese Servicio de 5 de mayo), para la contratación de dos Diplomados en Biblioteconomía y Documentación.*

*3º) Con fecha 29 de mayo de 2009, por el SEF se requiere a esta Consejería la subsanación y aportación de más documentación.*

*4º) Consecuencia de lo anterior se remite nueva solicitud con fecha 10 de junio en la que se cumplimenta lo requerido.*

*5º) Con fecha 21 de julio de 2009, el SEF comunica para su aceptación, en su caso, de la concesión de una subvención por importe de 43.367,48 €. Dicha subvención fue aceptada el 31 de julio de 2009.*

*6º) El 7 de agosto de 2009 se notifica a esta Consejería Resolución de concesión de subvención de 29 de julio de 2009 del Director del Servicio de Empleo y Formación.*

7º) El 2 de septiembre de 2009 el Servicio de Régimen Interior remite al Jefe de Servicio Económico y de Contratación la Resolución de concesión de subvención a efectos de la generación de crédito en el capítulo de ingresos correspondiente.

8º) El 9 de septiembre de 2009, a la vista de la concesión de la subvención, se remite al SEF oferta de empleo de los referidos puestos de trabajo.

9º) El 2 de octubre de 2009, a la vista de las personas (pre)seleccionadas por el SEF, el Servicio de Régimen interior propone la contratación de 2 personas, entre las que se encuentra x.

10º) En fecha 5 de octubre de 2009, x firma el correspondiente impreso a efectos de seguir los trámites administrativos correspondientes para la posible formalización del contrato de trabajo, supeditado a que el expediente sea fiscalizado de conformidad por la Intervención Delegada de esta Consejería.

11º) El 8 de octubre de 2009 el Servicio de Régimen interior remite escrito al Servicio Económico y de Contratación, interesando se expida el correspondiente documento plurianual que afectaría a los ejercicios 2009 y 2010, produciéndose la generación de crédito el 9 de noviembre de 2009.

12º) Una vez realizados los trámites pertinentes, el referido expediente es remitido el 18 de noviembre de 2009 a la Intervención Delegada a efectos de su fiscalización previa.

13º) El 20 de noviembre de 2009, la Intervención Delegada devuelve el expediente a efectos de que se acompañen las autorizaciones a las que se refiere el artículo 32,2 de la Ley 8/2008 de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2009, así como otros documentos.

14º) Con fecha 20 de noviembre de 2009, esta Secretaría General remite oficio a la Dirección General de Empleo Público solicitando la autorización de la celebración del contrato correspondiente para un periodo de 9 meses.

15º) El 25 de noviembre de 2009 se autoriza por la Dirección General de Empleo Público y por la Dirección General de Presupuestos la provisión de dicho puesto de trabajo.

16º) *El 30 de noviembre de 2009, por el Servicio de Régimen Interior se remite a Intervención Delegada la citada autorización para la provisión de dicho puesto de trabajo.*

17º) *Con fecha 1 de diciembre de 2009 la Intervención Delegada devuelve al Servicio Económico y de Contratación, sin fiscalizar, el expediente relativo a la propuesta de contratación, aduciendo determinadas razones que constan en su escrito.*

18º) *Llegados a este punto no se pudo seguir la tramitación del expediente de contratación, debido, por un lado, a que la Orden del SEF de convocatoria de subvenciones establecía que las actividades deberían iniciarse, en todo caso, antes del 1 de diciembre del año en curso, y por otro, a la Orden de la Dirección General de Economía y Hacienda de 24 de noviembre de 2009 (BORM de 26-11-2009), de modificación de la Orden de cierre del ejercicio de 2009, que determinaba en su artículo 4.2 que los documentos contables mediante los que se proponga el reconocimiento de obligaciones tendría como fecha límite de entrada en las Intervenciones competentes el día 1 de diciembre de 2009”.*

**CUARTO.-** Mediante oficio de 14 de octubre de 2010 se otorgó trámite de audiencia al reclamante, que tomó vista del expediente el 4 de noviembre de 2010 y presentó alegaciones el 16 siguiente, en las que, en síntesis, expresa que del expediente se desprende que el 5 de octubre de 2009 firmó el contrato de trabajo en cuestión, en el que se establecía un salario total de 21.939,12 euros, por nueve meses de trabajo, si bien no se llegó a producir su contratación porque, por causas totalmente imputables a la Administración, en la tramitación del procedimiento se llegó a la fecha límite de 1 de diciembre de 2009, a partir de la cual no era posible dicha contratación, según lo expuesto en el informe emitido por el Jefe de Servicio de Régimen Interior, antes citado. Considera que ello constituyó un funcionamiento incorrecto de los servicios de la Consejería que le causó perjuicios económicos en la cuantía de los emolumentos salariales que dejó de percibir, por lo que solicita una indemnización de 21.939,12 euros.

**QUINTO.-** El 5 de enero de 2011 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que la Administración no tenía obligación de contratar en todo caso al interesado, que sólo tenía una expectativa al respecto, por lo que, con independencia de las causas por las que no se llegó a realizar la contratación, aquél no era titular de un derecho a ser contratado, por lo que no se le ha causado un daño que deba calificarse de antijurídico.

**SEXTO.-** En la fecha y por el órgano indicados en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al reclamante, en cuanto reclama indemnización por daños que alega haber sufrido por causa de no haber sido contratado por la Administración regional.

La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse a su actuación los daños por los que se reclama indemnización.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no hay objeciones que oponer, considerando que no consta que el interesado conociera el acaecimiento del hecho que, en hipótesis, hubiera de considerarse lesivo de sus derechos (el tácito desistimiento por parte de la Administración regional, a partir del 1 de diciembre de 2009, del procedimiento administrativo tendente a la contratación laboral de referencia) hasta que, en el seno del presente procedimiento de responsabilidad, conoció las actuaciones realizadas en el primero, en unión del informe reseñado en el Antecedente Tercero, que viene a expresar las razones de tal tácito desistimiento.

III. En cuanto al procedimiento que nos ocupa, cabe señalar que, en lo esencial, se han seguido los trámites legales y reglamentarios aplicables.

**TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial.**

La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

**CUARTA.- Los hechos que fundan la reclamación y los daños por los que se reclama indemnización.**

El reclamante imputa la producción de los daños por los que reclama indemnización al hecho de que no fuera contratado por la Administración regional (mediante la celebración de un contrato laboral para la realización de un servicio determinado –trabajos de documentación para la Consejería consultante-) a pesar de haber sido previamente seleccionado y propuesto a tal efecto por la misma. Dichos daños los cifra en el salario que hubiera percibido de llegarse a realizar tal contratación, que cifra en 21.939,12 euros, según la propuesta de contrato que firmó el 5 de octubre de 2009.

Sin perjuicio de lo anterior, y formulado de un modo que cabe entender como subsidiario a la anterior determinación de daños, el reclamante también hace referencia a los perjuicios económicos derivados de la pérdida de la oportunidad de haber podido ser contratado por otras entidades dentro del programa de empleo (*“empleo público local e institucional”*) en el que estaba

inscrito en el SEF, pues cuando la Consejería comunicó a este Organismo que había sido “admitido” para la contratación por parte de ésta, fue excluido por el mismo a efectos de ofertas de empleo posteriores a la presentada en su día por la referida Consejería.

**QUINTA.- La causa de la contratación laboral y sus efectos en materia de responsabilidad patrimonial.**

Antes de entrar en el análisis de los concretos elementos de la responsabilidad patrimonial, las peculiaridades del supuesto sometido a consulta exigen una consideración detenida acerca del contrato laboral a cuya falta de formalización se imputa el daño, pues su estrecha relación con la actividad administrativa de fomento del empleo incide sustancialmente en la determinación del alcance del daño y modula las consecuencias de la frustración de las expectativas laborales generadas en el interesado.

I. El fomento del empleo como causa primordial del contrato de trabajo en cuestión.

En efecto, en la base de la contratación de referencia se encuentra la participación de la Administración regional en un programa de fomento del empleo, que subvenciona los costes laborales de la contratación de desempleados por parte de entidades y organismos públicos. Y esta participación condiciona aspectos tan sustanciales del contrato como la prestación de trabajo que constituye su objeto e, incluso, el procedimiento y los criterios para la selección de los futuros trabajadores.

Supeditada legalmente la concesión de la subvención por parte del SEF al Organismo demandante de empleo (aquí, la Consejería consultante) al cumplimiento de las condiciones establecidas en la Orden de 10 de abril de 2006, de la Presidenta del SEF, una de tales condiciones es que la actividad laboral subvencionada ha de comenzar siempre en el año de convocatoria de la subvención, en un plazo no superior a 45 días desde la concesión de aquélla y siempre antes del 1 de diciembre de ese mismo año (art. 9.2 de la citada Orden de bases, tras su modificación por Orden de la misma Presidenta de 31 de marzo de 2009, aplicable al caso). La duración de los contratos no podrá ser superior a nueve meses ni inferior a seis.

Por lo que respecta a la selección, el artículo 25 de la indicada Orden establece que los trabajadores a contratar habrán de ser desempleados inscritos en las Oficinas de Empleo del SEF. Conforme con el artículo 26, una vez aprobado el proyecto de obras o servicios a realizar para el que se concede la subvención, la entidad beneficiaria debe elaborar una oferta de empleo de carácter genérico, que presenta a la Oficina de Empleo, solicitándole la preselección de candidatos.

Una vez preseleccionados los candidatos por la Oficina de Empleo, la entidad beneficiaria (la Consejería) procederá a la selección final de los mismos, estableciendo la Orden los criterios específicos a utilizar para ello y el procedimiento, que deberá estar informado por los principios de publicidad, objetividad e imparcialidad (art. 26.2).

El artículo 26.3 de la referida Orden establece que las entidades beneficiarias *“contratarán a los trabajadores que finalmente hayan seleccionado utilizando cualquiera de las modalidades de contratación vigentes”*, que deberá formalizarse por escrito. Los modelos específicos para instrumentar los contratos se facilitarán por la Oficina de Empleo y *“necesariamente incluirán la identificación del proyecto que figure en la resolución de concesión de la subvención”*.

Así pues, cuando la Administración regional propone la contratación del hoy reclamante lo hace con sometimiento a una acción de fomento del empleo, lo que implicaba que, para que la Consejería pudiese obtener la subvención para la contratación del interesado (sin la cual no parece dudoso que la contratación no hubiese tenido lugar), tenía que realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamentaba la concesión de la subvención.

Ese condicionamiento conlleva, además, aceptar ciertas limitaciones en cuanto al tipo y objeto del contrato y someterse a un procedimiento *“ad hoc”* de selección de la persona a contratar, cuya justificación reside en que no se trata de seleccionar a un trabajador para el desempeño de un puesto de la estructura organizativa permanente del ente beneficiario de la subvención, sino uno creado también *“ad hoc”* en atención a los fines que con esa acción coyuntural de fomento se trataban de alcanzar, entre los que se encontraba el de suministrar colocación a determinados desempleados, fin éste que se convierte así en causa primordial de la contratación.

Y es precisamente esta estrechísima vinculación entre subvención y contrato la que permite efectuar una selección de personal laboral temporal de la Administración al margen de los procedimientos ordinarios establecidos al efecto por Orden de 27 de julio de 2001, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se regula la selección de personal interino y laboral temporal de la Administración Pública Regional, norma a la que de modo necesario debería haber acudido la Consejería de Presidencia para contratar a un empleado público de no ser por la excepción que la medida de fomento del empleo conllevaba. Adviértase, entonces, que de no venir la contratación pretendida por la Administración absolutamente mediatizada y condicionada por las bases de la subvención, el hoy reclamante no habría sido seleccionado ni propuesto para el puesto, toda vez que no consta que participara en ninguna de las pruebas selectivas reguladas por la indicada norma.

II. Derecho a ser contratado y expectativa laboral: la determinación del daño efectivo y su antijuridicidad.

Del expediente se desprende que, tras ser preseleccionado por la Oficina de Empleo, el hoy reclamante se presentó ante la Consejería ofertante del empleo que, tras valorar a los siete preseleccionados por el SEF, selecciona al reclamante. Así consta en el informe de 2 de octubre de 2009 del Jefe de Servicio de Régimen Interior obrante en el expediente, que propone su contratación al Secretario General de la indicada Consejería, quien el 5 de octubre de 2009, junto con el reclamante, firman una propuesta de contrato por obra o servicio determinado (la realización de trabajos de documentalista) con un plazo de duración de entre el 15 de octubre de 2009 al 14 de julio de 2010 (nótese que son los nueve meses que la Orden de subvención establecía como plazo máximo de estos contratos subvencionados).

El problema surge cuando posteriormente la Intervención Delegada formula diversos reparos en el seno del expediente de contratación, realizando la Consejería interesada las oportunas actuaciones de subsanación de tales reparos hasta que, remitida a dicha Intervención una propuesta de contrato el 30 de noviembre de 2009, el 1 de diciembre de 2009 (fecha en la que, como máximo, debía iniciarse la actividad laboral subvencionada) responde tal Intervención con un nuevo reparo, relativo al desfase de las fechas de comienzo del trabajo previstas en la propuesta de contrato que se le remite para fiscalización, desfase que requiere esencialmente un recálculo de las retribuciones. Ello hace que en esa fecha se supere el límite temporal máximo de inicio de la actividad establecido por el SEF, además de la imposibilidad de tramitar contablemente el reconocimiento de la obligación económica dimanante del futuro contrato, pues el plazo máximo a estos efectos terminaba precisamente el 1 de diciembre de 2009, según la Orden de la Consejería de Hacienda de 24 de noviembre de ese año.

En consecuencia, a partir del 1 de diciembre de 2009, el contrato de trabajo queda, en la práctica, sin cobertura presupuestaria. La observancia del principio de legalidad presupuestaria (art. 27 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, TRLH, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre), que impone la necesidad de que las obligaciones de los entes públicos estén previstas presupuestariamente (tanto su existencia como su importe) y cuyo incumplimiento tiene anudada como consecuencia legal la nulidad de pleno derecho (art. 36 TRLH), impide celebrar un contrato sin dotación presupuestaria, lo que obliga a la Consejería a desistir tácitamente del mismo, pues no realiza actuación alguna posterior.

Del supuesto así planteado surgen las siguientes consecuencias jurídicas:

a) Nos encontramos ante un procedimiento especial de selección de personal laboral temporal, en el que la Administración no sólo efectúa una oferta de empleo ante el servicio público de empleo, sino que incluso recibe a los candidatos preseleccionados por el SEF y los evalúa para seleccionar a uno de ellos, al cual propone para su contratación. Existen, por tanto, actos propios de la Administración regional que, al contrario de lo expresado por la propuesta de resolución, la vinculan y generan en el interesado unas expectativas de contratación que aquélla no puede desconocer sin más, pues se lo impide el principio de confianza legítima.

La reforma de 1999 de la LPAC introdujo en su artículo 3.1, junto al principio de buena fe, el de confianza legítima, como derivaciones del de seguridad jurídica. Como recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala 3ª, de 12 junio de 2006, *“Son numerosas las Sentencias de esta Sala que han explicado el alcance del principio de protección de la confianza legítima, contándose entre las más recientes, las de 6 de octubre (casación 31/2003), 27 de abril (casación 7362/2002) y 15 de abril (casación 2900/2002), todas de 2005. Y, también, las de 16 de mayo de 2000 (casación 7217/1995) y 17 de febrero de 1999 (casación 3440/1993). En todas ellas se hace explícita la idea de que ese principio, que combina elementos de la doctrina de los actos propios, de la buena fe y de la misma seguridad jurídica, se alza contra actuaciones de la Administración incoherentes con las que ha mantenido con anterioridad en relación con un particular -que ha obrado conforme a Derecho y a lo resuelto por aquélla- y determinantes de un perjuicio para éste que no debe soportar. Principio que puede comportar, entre sus efectos, la invalidez de esos actos, la conservación de otros que, de no mediar la confianza legítima, deberían desaparecer, o la responsabilidad patrimonial de la Administración”*.

No debemos olvidar que existe un concierto de voluntades en llevar a buen término la contratación laboral, que sólo como consecuencia exclusiva del proceder administrativo y pese a reunir todos los requisitos y haber acreditado su capacidad, superando el proceso selectivo y ajustando su conducta a los actos de la Administración, el hoy reclamante se ve privado de todo derecho, por una acción -mejor inacción- de la Administración regional, que no se ajusta a las exigencias derivadas del principio de la protección de la confianza legítima.

Así pues, en el momento en que se frustra la contratación, no cabe considerar que el interesado sólo es titular de una mera expectativa indigna de cualquier protección jurídica. Y es que, a diferencia del supuesto esgrimido por la propuesta de resolución y decidido en la STSJ Madrid 996/2004, de 15 de junio, en que la Administración no realiza acto alguno de selección del candidato preseleccionado por el Servicio Público de Empleo, en el ahora sometido a consulta la Administración oferente de trabajo no sólo admite su idoneidad inicial, sino que lo evalúa,

selecciona y propone para su contratación, viéndose frustrada ésta únicamente por actuaciones imputables a la Administración regional.

La STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de septiembre de 2006 señala que *“con independencia de que el contrato hubiera sólo sido firmado por una de las partes, una cosa es la perfección de la relación jurídica laboral y otra la posible existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública si concurren los presupuestos legalmente establecidos”*, estimando el derecho a una cierta indemnización debido a que el órgano administrativo correspondiente seleccionó al reclamante para el trabajo de que allí se trataba y así se lo comunicó.

Ha de precisarse que no se trata aquí de declarar el derecho del interesado a percibir las retribuciones correspondientes al contrato en cumplimiento del mismo (responsabilidad contractual), toda vez que éste no llegó a perfeccionarse, por lo que no resultan exigibles las obligaciones recíprocas derivadas de aquél (prestación de trabajo y retribución, respectivamente) de forma que sólo quepa reconocer una indemnización equivalente al salario que pudiera devengarse durante todo el tiempo del contrato, según luego se dirá. Pero ello no obsta para que la no formalización del contrato genere un daño efectivo al particular, como lucro cesante, equivalente a una cierta cantidad resarcitoria de las ganancias dejadas de percibir, las cuales, dado el momento en que se frustró la contratación y las circunstancias concurrentes ya expuestas, no cabe considerar como dudosas o meramente contingentes, sino, antes bien, dotadas de certidumbre, pues de haberse desenvuelto el procedimiento de contratación con regularidad, cabe considerar como segura la formalización del contrato.

b) Si de lo hasta aquí expuesto se deduce la existencia de un daño efectivo y de la necesaria causalidad entre aquél y el funcionamiento del servicio público de contratación laboral, resta por analizar la antijuridicidad del daño, entendida como la ausencia de obligación del perjudicado de soportarlo.

Ya señalamos anteriormente que el contrato de trabajo en cuestión venía plenamente condicionado por la medida de fomento del empleo que constituía su causa primordial, de modo que sin la correspondiente subvención, el contrato no habría llegado a existir. De hecho, el tácito desistimiento de la Administración para contratar está motivado, por un lado, en el acaecimiento de un hecho, la llegada de una determinada fecha, que acarrearía la pérdida de la subvención, lo que dejaría sin dotación presupuestaria al contrato ofrecido a partir de la fecha en que se supera el límite temporal de inicio de la actividad subvencionada; de otro, en la llegada a la fecha límite de reconocimiento contable de obligaciones con cargo al presupuesto regional.

A partir de tal momento, ya no puede la Administración formalizar el contrato, que ha quedado privado de su causa primordial, y cuyo perfeccionamiento sería contrario al principio de legalidad presupuestaria. Ahora bien, la pérdida de la subvención sólo es imputable a la Administración, por lo que el interesado no tenía el deber jurídico de soportar las consecuencias negativas que para él se derivaban de tal situación.

Procede en consecuencia declarar el derecho del reclamante a ser indemnizado, pues concurren en el supuesto todos los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

#### **SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

En aplicación del principio de reparación integral del daño que rige el instituto de la responsabilidad patrimonial, la obligación del responsable se extiende a indemnizar tanto los daños producidos (daño emergente) como los beneficios dejados de percibir (lucro cesante).

La pretensión económica del interesado se desglosa en los siguientes conceptos:

I. Pretensión principal: retribuciones dejadas de percibir por el contrato de referencia.

La concesión del lucro cesante requiere una prueba seria y rigurosa de su existencia, debiendo rechazarse, de acuerdo con la jurisprudencia, las ganancias dudosas y contingentes, las meras conjeturas o especulaciones y también las simples expectativas (SSTS, Sala 3ª, de 11 de junio de 2002 y 2 de octubre de 1999, entre otras). Así, para conceder indemnización por este concepto *“es preciso representarse que la ganancia se obtendría conforme al curso normal de los acontecimientos de no mediar el factor desencadenante del daño, con arreglo al también normal desenvolvimiento de la actividad que generaría el lucro esperado”* (STSJ Madrid, de 18 de marzo de 2003).

Para el interesado, de no ser por la anormal actuación de la Administración, el contrato se habría formalizado y habría desempeñado su trabajo durante los nueve meses de duración máxima del contrato. Por lo que su pretensión se refiere al total de la retribución correspondiente a dicho período.

Sin embargo, ha de tomarse en consideración que la modalidad contractual utilizada es la de obra o servicio determinado, en la que lo esencial en cuanto a la duración del contrato es el

tiempo que se tarde en ejecutar la obra o prestar el servicio, lo que deja en una cierta indefinición el período de efectiva prestación laboral de haberse formalizado el contrato, siendo la fecha de nueve meses un simple tope legal fijado por imperativo de la normativa reguladora de la subvención, pero no predetermina que tal obra o servicio determinado necesitase real y efectivamente de tales nueve meses para ser realizado. Considera el Consejo Jurídico que, comoquiera que los proyectos subvencionables habían de tener una duración comprendida entre los seis y los nueve meses (art. 26.3 letra k, de la Orden de bases), y que el reclamante no se ha visto obligado a llevar a efecto las prestaciones y atender los gastos que el desempeño del puesto de trabajo exige (criterio moderador del importe de la indemnización utilizado por la Audiencia Nacional en sentencia de 21 de febrero de 2007), procede, por razones de equidad, atender a dicha duración mínima y fijar una indemnización en cuantía equivalente a las retribuciones correspondientes a seis meses de duración del contrato.

En cualquier caso, y atendida la condición de demandante de empleo del reclamante cuando acude a la oferta de la Administración, deben detraerse de tal cantidad las cuantías que en concepto de prestación por desempleo hubiera percibido el interesado durante el indicado período de seis meses, que habría de computarse desde la fecha prevista para el inicio del contrato, el 15 de octubre de 2009. De conformidad con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 8 de junio de 2000, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, y los Dictámenes núm. 40/2000 y 158/2004 del Consejo Jurídico, las cantidades que durante estos meses cobró en concepto de desempleo deberán deducirse del sueldo que hubiera podido percibir de haber sido contratado, con la finalidad de evitar un enriquecimiento injusto, que inevitablemente se produciría de no hacerlo así, ya que habría cobrado el sueldo íntegro correspondiente al puesto y la cantidad por desempleo, lo que de acuerdo con los artículos 212 y 213 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, sería imposible. Obviamente, y por las mismas razones, habrían de detraerse las retribuciones salariales que hubiera podido percibir en tal periodo si constara haber desempeñado un trabajo, a cuyo efecto debería requerirse de la Seguridad Social el oportuno informe de vida laboral.

II. Pretensión subsidiaria: ganancias dejadas de percibir por otros contratos que pudiera haber suscrito a virtud de ofertas de empleo posteriores a la de la Consejería en cuestión, y de las que fue excluido por el SEF por haber sido seleccionado por aquélla.

En relación con esta pretensión, cabe señalar, de principio, que, en teoría, sólo cabría indemnizar por este concepto en la diferencia que pudiera existir con la cantidad que se ha reconocido como indemnizable en el apartado anterior. Sin embargo, no ha lugar a tal indemnización, pues nada se ha acreditado al efecto. Así, por un lado, el interesado no acredita

que, tras su selección por la citada Consejería, el SEF recibiera otras ofertas de empleo respecto de las que reuniera los requisitos y méritos necesarios para haber sido preseleccionado por dicho Organismo; e incluso de acreditarse la existencia de tales posteriores ofertas y su posible preselección, la apuntada imposibilidad jurídica de indemnizar simples expectativas remotas de obtener un empleo, implicaría la necesidad de acreditar de un modo razonable que el interesado habría sido seleccionado para el trabajo ofrecido en una de esas posteriores ofertas de empleo (de entre los que hubieran preseleccionados por el SEF) conforme con los criterios empleados al efecto por el eventual organismo público demandante de empleo. Ello requeriría una evaluación de la documentación y actuaciones realizadas por el SEF y por dicho eventual organismo y su contraste con los méritos y la situación del reclamante en esos hipotéticos procesos selectivos, sin que, como se dice, nada se haya acreditado en el caso.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que sí concurren los elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, conforme a lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

**SEGUNDA.-** La cuantía de la indemnización habrá de fijarse en atención a los criterios indicados en la Consideración Sexta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 203-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 10/10/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.

- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada a la afectada x, según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrado por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dió traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que*

*demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que *“efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica de la paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 47 años.*

*Antecedentes personales: No hábitos tóxicos. No factores de riesgo cardiovascular. Patología mamaria previa: papilomatosis proliferativa atípica en mama izquierda, quiste mamario izquierdo, mastitis. Cólico nefrítico en 2006. No alergias.*

*Enfermedad oncológica:*

*Diagnóstico: Adenocarcinoma de pulmón (lóbulo superior derecho) estadio cT3 N3 (adenopatías supraclaviculares y mediastínicas bilaterales) MO.*

*Estadio: IIIB.*

*Fecha del diagnóstico: Febrero-2007.*

*Tratamiento de la neoplasia: Tras valoración en nuestro Servicio, se inició quimioterapia neoadyuvante con cisplatino-vinorelbina (80 mg/m<sup>2</sup>, día 1; 30 mg/m<sup>2</sup>/día, días 1 y 8; cada 21 días), de la que recibió el primer ciclo el 20/2.*

*Toxicidad del primer ciclo: náuseas grado 2, mucositis grado 1, astenia y anorexia grado 2. Se inició radioterapia torácica concurrente con quimioterapia, por lo que el segundo ciclo se administró con la misma dosis de cisplatino, pero con dosis reducidas de vinorelbina (15 mg/m<sup>2</sup>) el día 14/3/07.*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de cisplatino:*

*Situación en el momento de la administración del tratamiento: Buen estado general, sin toxicidad relevante del tratamiento previo.*

*Fecha de administración: 14/3/08.*

*Dosis total de cisplatino prescrita: 160 mg iv.*

*Toxicidad aguda (máxima):*

*Digestivo: náuseas grado 2.*

*Mielotoxicidad: anemia grado 2 (Hb 10.2).*

*Ototoxicidad: (audiometría no realizada).*

*Nefrotoxicidad: grado 1 (Creatinina máxima: 1.38 mg/dL), resuelta ambulatoriamente.*

*Neurotoxicidad: no.*

*Otras toxicidades: no.*

*Ingreso hospitalario: no.*

*Evolución posterior y situación actual:*

*Evolución de la neoplasia: Se continuó tratamiento con quimiorradioterapia concurrente a las mismas dosis de QT (dosis total de RT: 60 Gy sobre volumen mediastínico, masa tumoral y fosa supraclavicular), con epitelitis grado 3, neutropenia grado 2, insuficiencia renal grado 1 y disfagia grado 1 como principales toxicidades. Tras el tratamiento presentaba también neuropatía periférica grado 2 y ototoxicidad grado 2 (hipoacusia moderada). En la reevaluación posterior, respuesta parcial buena, por lo que se decidió seguimiento. En Marzo-2008, recaída pulmonar nodular múltiple bilateral por lo que se inició quimioterapia de segunda línea con pemetrexed, del que ha recibido hasta la fecha tres ciclos (el último el 13/5/08):*

*Toxicidad crónica o residual:*

*Ototoxicidad: no valorada en las últimas revisiones. Nefrotoxicidad: no (Creatinina: 1.25 mg/dL).*

*Neurotoxicidad: no.*

*Otras toxicidades: no.*

*Situación actual: Buen estado general, sin síntomas de neoplasia, pero con tratamiento activo de quimioterapia. No se ha evaluado la toxicidad residual en la última revisión.*

*Juicio diagnóstico:*

*-Adenocarcinoma de pulmón estadio IIIB tratado con quimiorradioterapia concurrente, con respuesta parcial. Progresión pulmonar metastásica en tratamiento con quimioterapia.*

*-Toxicidad por cisplatino residual: no evaluada".*

En la nota 2 del informe se hace referencia a que la valoración de la Ototoxicidad se ha hecho con los datos disponibles en el Servicio, si bien es posible que existan datos adicionales en el Servicio de Otorrinolaringología.

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cistaplino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal de la paciente por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 16 de marzo de 2010, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, también evacuado en la misma fecha, de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presenta la x con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que en este caso no hay seguridad de que se realizara la sobredosis, si bien la fecha de administración del segundo ciclo (el 14 de marzo de 2007) coincide con el periodo en que se utilizó la doble concentración. También que los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de esta paciente presentó como toxicidad aguda:

- Náuseas grado 2.
- Mielotoxicidad: anemia grado 1.
- Nefrotoxicidad: grado 1 resuelta ambulatoriamente.

También expone que presentó como toxicidad residual Ototoxicidad grado 2, Neurotoxicidad grado 1, en forma de neuropatía periférica, e insuficiencia renal.

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros Aon Gil y Carvajal, que emitió dictamen en el que valoró el daño causado en la cuantía de 7.118 euros.

Dicho importe se desglosa valorando un periodo de incapacidad temporal que asciende a 705,01 euros por 7 días improductivos (a 50,35 euros diarios), y 13 días no improductivos (27,12 euros diarios), y la incapacidad permanente que asciende a 10.245,48 euros por las secuelas de pérdida de agudeza auditiva (4 puntos), parestesias miembros superiores (3 puntos), parestesias miembros inferiores (2 puntos) e insuficiencia renal grado I (5 puntos), a razón de 731,82 euros por punto, sin que se aplique ningún factor de corrección al no tenerse constancia de que pudiera aplicarse. El importe así obtenido se aminora en un 35%, es decir, en la cuantía de 3.832,67 euros, por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo "Cisplatino".

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta

obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cisplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta que la paciente formulara alegaciones, pese a que compareció en las dependencias del órgano instructor para la retirada de la documentación correspondiente (folio 200).

**DUODÉCIMO.-** Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**DECIMOTERCERO.-** La propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (4.745 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (2.373 euros), más los intereses legales correspondientes.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 9 de mayo de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que la paciente recibió ciclo de quimioterapia con Cisplatino en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesada en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma

equivocada el pedido de viales (Cistaplino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

#### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 16 de marzo de 2010).

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un error de medicación, al suministrar a pacientes afectados de procesos oncológicos una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino.

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso "registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos".

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase

coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra

enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación, etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el precitado informe de 16 de marzo de 2010 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a pruebas de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

**QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

I. Relación de causalidad.

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño,*

*quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”.*

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”.* También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección *“en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%”* (informe de 16 de marzo de 2010). De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un

pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, si no imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen

núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro, que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento.

Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

### **SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 7.118 euros a la afectada, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Por parte del afectado no se han presentado alegaciones, ni se ha cuestionado la cuantía indemnizatoria propuesta.

Encontrándose justificada la cuantía indemnizatoria fijada por el órgano instructor, salvo la aplicación de un coeficiente reductor del 35% por la toxicidad intrínseca del Cisplatino, frente al

fijado en otros expedientes que versan sobre la misma actuación, por lo que debe ser motivado, este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente al afectado, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA.-** No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad (Consideración Quinta).

**TERCERA.-** La cuantía indemnizatoria se considera justificada, salvo la cuestión suscitada en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 204-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	10/10/2011

**Extracto de doctrina**

En supuestos de daños producidos durante la clase de educación física, es constante y reiterada la doctrina de los consejos consultivos que excluye la responsabilidad de la Administración cuando el ejercicio se desarrolla dentro del riesgo que en sí misma entraña la práctica deportiva.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 13 de abril de 2011, x interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo, solicitando una indemnización de 185 euros, precio de las gafas que la reclamante hubo de reponer al resultar rotas las de su hija, x, por un balón lanzado por una compañera accidentalmente, cuando jugaban al fútbol en clase de educación física correspondiente a tercero de la ESO en el IES Mediterráneo, de Cartagena. El accidente escolar fue comunicado por el Director del Instituto el mismo 13 de abril, en iguales términos a los reflejados en la reclamación.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora por Resolución de la Secretaría General de 3 de mayo de 2011, (no consta la notificación), fue solicitado informe al centro, que lo emitió el 13 de mayo siguiente a través de su Directora, indicando que en un lance del juego la alumna recibió un balonazo fortuito. El desarrollo del juego se realizó bajo la vigilancia del profesor de educación física.

**TERCERO.-** Conferida audiencia a la reclamante, no consta que presentara alegaciones; el 2 de junio de 2011 se formuló propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación. Razona que la doctrina del Consejo Jurídico propugna la ausencia de relación de causalidad cuando el daño se produce de forma fortuita, dentro del riesgo que supone la práctica deportiva escolar, y no por la falta de vigilancia exigida al profesorado. Considera probado que el impacto del balón se produce fortuitamente, lo que no permite apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad de la Administración autonómica.

Y en tal estado, cumplimentado el expediente con el reglamentario índice de documentos y con el extracto de secretaría, fue formulada la consulta, que tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 8 de junio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Procedimiento.**

La reclamación ha sido formulada por persona legitimada y dentro del plazo de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo competente la Consejería consultante para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Centro en el que ocurrieron los hechos.

#### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

El Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. Particularmente en supuestos de daños producidos durante la clase de educación física, es constante y reiterada la doctrina de los consejos consultivos que excluye la responsabilidad de la Administración cuando el ejercicio se desarrolla dentro del riesgo que en sí misma entraña la práctica deportiva.

En el caso de la consulta, es cierto que el efecto dañoso existe y que se produce en el seno del servicio público entendido como “giro o tráfico administrativo”, al ser el colegio de titularidad pública y su gestión una competencia de la Administración regional, mas no existen, al menos probadas, otras circunstancias que permitan imputar a la Consejería tales efectos dañosos. De los hechos recogidos en el informe del centro puede calificarse el accidente como un suceso desafortunado, propio del riesgo que en sí misma entraña la práctica deportiva, pero en ningún caso atribuible directa ni indirectamente al funcionamiento del servicio público ni a la actuación de algún profesor. Puede afirmarse que el grado de diligencia exigible al centro no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas. Se percibe que el daño se debe al infortunio, y es de resaltar que la reclamante no achaca al centro ni a su personal conducta alguna que pudiera haber influido en el suceso, circunstancias todas que no permiten apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**-Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, dada la ausencia de relación de causalidad y de antijuridicidad en el daño alegado, por las razones expuestas en las precedentes Consideraciones.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 205-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, sobre demora de resolución de concurso de méritos.

**Consultante** Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas (2008)

**Fecha** 10/10/2011

**Extracto de doctrina**

El retraso que es susceptible de generar un daño resarcible por la Administración es el que, en tanto que irrazonable en atención a las circunstancias concretas de cada supuesto, se identifica con el concepto de dilación indebida, instituto jurídico construido por la doctrina constitucional y jurisprudencial al amparo del artículo 24 de la Constitución Española.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En el Boletín Oficial de la Región de Murcia (BORM) de 9 de julio de 2008, se publica la Orden de 30 de junio anterior, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se convoca concurso de méritos general y turno de resultas para la provisión de puestos de trabajo correspondientes al Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Administración Pública de la Región de Murcia.

En dicho concurso participa x.

El BORM de 8 de octubre de 2010 publica la Orden de 1 de octubre de ese mismo año, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la que se resuelve el concurso de méritos. La x resulta adjudicataria, con efectos 1 de noviembre de 2010, del puesto Auxiliar Especialista, código --, de nivel 17 y con el factor de especial dedicación.

**SEGUNDO.-** Por Orden de 26 de noviembre de 2008 de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas (BORM de 2 de diciembre), se convoca otro concurso de méritos, éste específico, y turno de resultas para la provisión de puestos de trabajo también del Cuerpo de Auxiliares Administrativos, presentando también instancia de participación la interesada.

**TERCERO.-** Mediante anuncio de 30 de septiembre de 2009, el Director General de Empleo Público comunica a los participantes de las distintas convocatorias que comoquiera que puede

haber concursantes que hayan solicitado ser adjudicatarios de puestos de trabajo en ambos procedimientos, primero se procederá a resolver el concurso específico y, después, el general. La resolución del concurso específico es de 30 de septiembre de 2010. La del concurso general es de un día después, 1 de octubre.

La interesada no resulta adjudicataria de puesto alguno en el concurso específico dado que, con anterioridad a su resolución, presenta renuncia a su participación en el mismo, que es aceptada.

**CUARTO.-** Mediante escrito fechado el 20 de enero de 2011, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial, argumentando básicamente el perjuicio ocasionado por la demora en la resolución del concurso, cuando las bases de la convocatoria establecen un plazo máximo de resolución de seis meses a contar desde la finalización del plazo de presentación de instancias, plazo éste que finalizó el 28 de julio de 2008. Considera la reclamante que el retraso de 21 meses padecido entre el momento en que debió finalizar el proceso selectivo (28 de enero de 2009) y aquél en que se efectuaron los nombramientos (1 de noviembre de 2010), le genera un perjuicio que identifica con la percepción de unas retribuciones menores y la imposibilidad de acumular antigüedad en el puesto que le correspondía como adjudicataria, si bien sólo reclama por la diferencia de retribuciones existente entre las correspondientes al puesto adjudicado y las del puesto efectivamente desempeñado durante el período en el que se demoró el nombramiento.

**QUINTO.-** Requerida la interesada para que especifique la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, en fecha 11 de febrero de 2011, cuantifica el daño ocasionado en 3.788,85 euros, cantidad a la que asciende la diferencia entre el complemento específico percibido en el puesto de trabajo efectivamente desempeñado (jornada ordinaria) y el puesto adjudicado (especial dedicación). Precisa que, de los 21 meses de retraso en poder tomar posesión del puesto de trabajo, durante 6 meses estuvo desempeñando un puesto de Auxiliar de Secretaría de Secretario General, por lo que las diferencias retributivas reclamadas corresponden a los 15 meses restantes.

**SEXTO.-** Recabado el preceptivo informe del Servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño (Servicio de Provisión de Puestos de Trabajo de la Dirección General de Empleo Público), se emite el 22 de febrero de 2011.

Justifica el retraso de la resolución del concurso de méritos general en la conveniencia de esperar a la del concurso específico para evitar duplicar adjudicaciones en ambos procedimientos

de provisión de puestos de trabajo, dado el elevado número de participantes en las dos convocatorias (719).

Se afirma, asimismo, que las retribuciones del puesto adjudicado (Auxiliar Especialista, código --) y el desempeñado por la interesada (Auxiliar Especialista, código --) son idénticas salvo en el complemento específico, dada la realización de jornada especial que conlleva el puesto --, que lleva aparejada la realización de una jornada de cuarenta horas semanales, con libre disposición en razón de las necesidades del servicio, con jornada partida, con un mínimo de dos horas por la tarde, durante al menos dos tardes a la semana, conforme al Decreto 27/1990, de 3 de mayo, por el que se regula la jornada y horario de trabajo del personal al servicio de la Administración regional.

La diferencia en dicho concepto y en cómputo anual asciende a 3.015,74 euros.

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia a la interesada, formula escrito de alegaciones el 9 de marzo, poniendo de manifiesto que el anuncio de la Dirección General de Empleo Público de 30 de septiembre de 2009, por el que se decide priorizar la resolución del concurso específico frente al general, no fue objeto de notificación a los interesados ni de publicación en el BORM, lo que dificultaba que cualquier aspirante pudiera recurrir o reclamar frente a dicha decisión. Por lo demás, considera que el informe del Servicio de Provisión de Puestos de Trabajo confirma la existencia del perjuicio económico por el que se reclama, por lo que se ratifica en su pretensión indemnizatoria.

**OCTAVO.-** Con fecha 17 de marzo de 2011, el Servicio de Régimen Jurídico de la Dirección General de Empleo Público emite informe-propuesta desestimatorio de la reclamación, al considerar que no existe un verdadero daño indemnizable y que, en cualquier caso, aquél no sería antijurídico.

En cuanto a lo primero, considera que no existe un verdadero derecho a ser adjudicataria de un determinado puesto de trabajo, pues hasta que no se toma posesión del mismo lo que existe es una mera expectativa que no es indemnizable.

Considera la propuesta, asimismo, que no existe certeza de que la interesada, de haberse resuelto el concurso en plazo, hubiera tomado posesión del puesto de trabajo adjudicado, atendidas las posibilidades de ocupar otros puestos de trabajo con carácter provisional, como efectivamente hizo la x, quien entre el 28 de enero de 2009 y el 1 de octubre de 2010 ocupó tres puestos diferentes.

Respecto de la antijuridicidad del daño, es negada en el informe-propuesta sobre la base de que la decisión de la Dirección General de Empleo Público de priorizar la resolución del concurso específico sobre el general se vio motivada por la necesidad de garantizar el mejor cumplimiento de la finalidad que justifica la convocatoria de los concursos, como es conseguir la provisión definitiva del mayor número de puestos de trabajo, evitando disfunciones como la adjudicación duplicada de puestos de trabajo a un mismo funcionario participante en ambos concursos, o dejar puestos sin cubrir por la renuncia de algún participante en uno de los concursos. Considera el informe que la decisión ha sido ponderada y plenamente justificada, sin que haya llegado a ser recurrida por ningún participante.

Finalmente apunta que una eventual estimación de la reclamación conllevaría un enriquecimiento injusto de la interesada, quien percibiría unas retribuciones ligadas a la realización de una jornada especial de trabajo sin haber llegado a realizarla.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 18 de abril de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo al versar sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida frente a la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. La reclamación ha sido presentada por persona legitimada para ello, toda vez que es quien sufre el perjuicio económico cuyo resarcimiento se pide, lo que le confiere la condición de interesada (art. 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional en tanto que titular del servicio a cuyo defectuoso funcionamiento (retraso en la resolución de un procedimiento de provisión de puestos de trabajo) se imputa el daño.

2. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 LPAC. En efecto, no es hasta la efectiva toma de posesión del puesto de trabajo adjudicado en el concurso cuando la interesada puede llegar a conocer el total alcance del detrimento patrimonial padecido como consecuencia de no haber podido ocupar el referido puesto, perjuicio que continúa produciéndose hasta ese preciso momento. Comoquiera que dicha toma de posesión tiene lugar el 1 de noviembre de 2010, la reclamación interpuesta el 21 de enero de 2011 es claramente temporánea.

3. En líneas generales la tramitación de la reclamación se ha ajustado a los trámites esenciales que para este tipo de procedimientos establece su normativa reguladora, constando la emisión del informe preceptivo del Servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño (art. 10.1 del Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, RRP) y el trámite de audiencia a la interesada.

### **TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial.**

El artículo 106.2 CE reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En similares términos se expresa el artículo 139 LPAC, configurando una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada.

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, sentencia de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público no implica que aquélla se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse, con

independencia del actuar administrativo, ya que, de lo contrario, el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

En suma, de acuerdo con lo establecido por los artículos 139 y 141 LPAC, son requisitos para que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, los siguientes:

a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.

c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

#### **CUARTA.- El daño.**

Para la interesada, el perjuicio económico derivado del retraso en la resolución del concurso de méritos consiste en no haber percibido el complemento específico correspondiente al puesto adjudicado, cuya cuantía es superior al puesto efectivamente desempeñado por ella durante los 15 meses a que refiere la reclamación.

Comoquiera que la diferencia retributiva existente entre los dos puestos de trabajo ha quedado acreditada en el expediente mediante el informe del Servicio de Provisión de Puestos, cabría entender que sí existe un daño individualizado y evaluable económicamente.

Menos evidente es la efectividad del daño, a lo que parece querer aludir la propuesta de resolución cuando considera que la interesada carecería de un verdadero derecho a ser adjudicataria de un determinado puesto de trabajo, pues hasta que no se toma posesión del mismo lo que existe es una mera expectativa que no es indemnizable. Para alcanzar esta conclusión acude a la doctrina jurisprudencial extractada de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que analiza un supuesto de retraso en la convocatoria de un concurso de méritos y atiende a la incertidumbre del resultado de dicho procedimiento, que ni siquiera se había llegado a convocar, para denegar la pretensión indemnizatoria.

Considera la propuesta, asimismo, que no existe certeza de que la interesada, de haberse resuelto el concurso en plazo, hubiera tomado posesión del puesto de trabajo adjudicado,

atendidas las posibilidades de ocupar otros puestos de trabajo con carácter provisional, como efectivamente hizo la --, quien entre el 28 de enero de 2009 y el 1 de octubre de 2010 ocupó tres puestos diferentes.

No comparte el Consejo Jurídico esta apreciación del informe-propuesta que se somete a consulta. Y es que en el presente supuesto, existe certeza acerca del puesto que ha sido adjudicado. No se trata de una mera hipótesis de futuro, como la que analiza la sentencia aludida en el informe-propuesta, en la que la plaza en cuestión ni siquiera ha sido convocada, ni de otros supuestos típicos como la frustración de eventuales llamamientos de una lista de espera para prestar servicios en la Administración, en los que el Consejo de Estado considera que la inclusión en la lista de aspirantes no determina la existencia de un derecho consolidado a la obtención de un concreto puesto de trabajo, sino una simple expectativa de obtenerlo, cuya frustración no puede considerarse indemnizable a los efectos de una declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración (entre otros, Dictámenes números 2.486 y 2.495, ambos del año 2003). Según este criterio, en tales supuestos las reclamaciones se basan en meras hipótesis carentes de la efectividad necesaria para poder indemnizar, pues se reclaman unos ingresos por servicios no efectivamente prestados por los interesados y respecto de los cuales no es posible determinar si hubiesen ocupado las plazas que, según su interpretación de los hechos, debían haberseles ofertado.

A diferencia de tales supuestos, en el sometido a consulta la reclamante ha resultado adjudicataria del puesto de trabajo, por lo que la mera hipótesis se ha tornado en certeza. Por el contrario, sí es una mera hipótesis el planteamiento de la propuesta de resolución, cuando afirma que la adjudicataria del puesto, aun en la eventualidad de que se hubiera resuelto el concurso en plazo, podría no haber desempeñado efectivamente el puesto, porque podría haber ocupado otros de forma provisional.

De hecho, de los datos que ofrece el expediente, cabe entender como muy verosímil que la interesada hubiera pasado a ocupar el puesto de trabajo solicitado en el concurso desde el momento en que le resultara adjudicado. Y ello porque, una vez adjudicado, toma efectiva posesión del mismo, y porque de entre los 30 puestos de trabajo que solicitó, el finalmente adjudicado lo fue en primer lugar. Además, el puesto de trabajo que desempeñaba a la fecha en que debió finalizar el concurso de haberse cumplido los plazos establecidos (enero de 2009), era un puesto con menores retribuciones que el adjudicado, como también lo fueron los desempeñados provisionalmente (salvo el de Auxiliar de Secretaría) hasta la fecha en que toma posesión del puesto adjudicado. Todo ello lleva a este Consejo Jurídico a la convicción de que la interesada, de haber resultado adjudicataria en plazo del puesto de trabajo finalmente adjudicado, habría tomado posesión del mismo en aquel

momento y lo habría desempeñado. De esta convicción, a la que se llega mediante la aplicación de una presunción razonable y probable, deriva la consideración del daño no como meramente hipotético, sino cierto.

Por otra parte, el derecho de la interesada que resulta dañado con la no terminación del procedimiento concurrencial en plazo no es un eventual derecho al cargo, sino el derecho a la finalización del procedimiento en plazo, como pone de relieve el TSJ de Canarias en sentencia 98/2006, de 19 de septiembre: *“es cierto que los participantes en un concurso no tienen sino una expectativa de obtener el cargo al que aspiran. Pero no por ello debe negarse a los mismos la titularidad de cualesquiera derechos en esta situación que puedan resultar lesionados por la tardanza en resolver. Pues si la Administración tiene la obligación de resolver dentro de un determinado plazo, los que hayan sido admitidos al proceso selectivo tendrán correlativamente un derecho a que se resuelva la convocatoria dentro del plazo legal. Y es éste el derecho que lesiona la Administración cuando resuelve tardíamente el proceso selectivo, lesión que se puede traducir en un daño efectivo para los concursantes que aprueban finalmente el proceso selectivo si tal demora se traduce en un retraso en los nombramientos. Respecto a éstos no puede negarse la existencia de un daño efectivo, pues han visto retrasados sus nombramientos a consecuencia del retraso injustificado en el proceso selectivo y en el de los nombramientos”*.

Resta por analizar la cuestión, apuntada por la propuesta de resolución, relativa a la existencia de un eventual enriquecimiento injusto de la interesada, que surgiría de estimarse su pretensión indemnizatoria. Y ello porque las diferencias retributivas existentes entre el puesto adjudicado y el desempeñado por la actora se contraen a las correspondientes al factor de especial dedicación del complemento específico, que se liga a la realización de una jornada de trabajo de mayor duración, con la obligación de prestar servicios dos tardes a la semana, durante al menos dos horas (Decreto 47/1990). Jornada especial que la interesada no realizó.

Considera el Consejo Jurídico, por el contrario, que no existe tal enriquecimiento injusto, sino la imposibilidad de prestar esa jornada especial por la tardanza de la Administración en resolver, sin que pueda trasladarse a la funcionaria el efecto perjudicial derivado exclusivamente del anormal funcionamiento del servicio público de provisión de puestos de trabajo. En cualquier caso, debe recordarse que ya en anteriores Dictámenes de este Consejo Jurídico se han estimado reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que se pretendía el abono de retribuciones correspondientes a puestos de trabajo no efectivamente desempeñados por la indebida exclusión de los interesados de listas de espera o de relaciones de aprobados en pruebas selectivas (por todos, Dictámenes 158/2004 y 84/2007).

**QUINTA.- Nexo causal y antijuridicidad del daño: existencia.**

En consonancia con la Base 43ª de la Orden de 14 de febrero de 2008, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se aprueban las bases generales que han de regir las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo de la Administración Regional por el sistema de concurso de méritos, y con el artículo 15 del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo, aprobado por Orden de 7 de noviembre de 2007, de la Consejería de Hacienda y Administración pública, dispone la base 19ª de la orden de convocatoria del concurso que el plazo máximo para su resolución será de seis meses a contar desde el día siguiente a la finalización del plazo de presentación de solicitudes, plazo éste que, de conformidad con la base 7ª.2 de la misma convocatoria, finalizó una vez transcurridos quince días hábiles contados a partir del siguiente a la publicación de aquélla, lo que se llevó a cabo en el BORM de 9 de julio de 2008. En consecuencia, el *dies a quo* del plazo de resolución del concurso ha de fijarse el 27 de julio de 2008, día siguiente al de finalización del plazo de presentación de instancias, lo que determinaba que la resolución del concurso debía publicarse antes del 28 de enero de 2009.

Sin embargo, la publicación de dicha resolución se demora hasta el 8 de octubre de 2010 y los nombramientos de ella derivados no se producen hasta el 1 de noviembre de 2010.

Resulta evidente la infracción del plazo establecido en la convocatoria, verdadera “ley del procedimiento competitivo”, pues frente a los seis meses allí previstos, la resolución se demoró casi dos años, retraso que cabe concretar en 20 meses y 10 días, desde la fecha en que finalizó el plazo previsto en la convocatoria para la finalización del concurso.

Para la interesada, el título de imputación del daño se identifica con el retraso en la resolución del concurso, lo que le impidió tomar con anterioridad posesión del puesto adjudicado y percibir así las mayores retribuciones que a éste le corresponden. El Consejo de Estado ha afirmado en doctrina ya reiterada (por todos, Dictamen 696/2004), que de la mera comprobación de que en un expediente se han superado los plazos fijados para su resolución no se desprende, de forma mecánica, el derecho del interesado a ser indemnizado. Si, ciertamente, el cumplimiento de los plazos es, no sólo deseable, sino jurídicamente obligatorio, ello no puede llevar a vincular a la Administración todos los daños y perjuicios derivados de un retraso, aun leve y justificado, pues ello supondría la extensión del instituto resarcitorio más allá de sus límites naturales. El solo desajuste entre el plazo legalmente establecido y el de la duración de un procedimiento no es, pues, motivo suficiente para imputar los daños producidos a la Administración. Para ello es preciso, además, que se exceda un período de tiempo razonable, a la vista de las circunstancias del caso, lo que dará lugar a una dilación indebida.

Así pues, el retraso que es susceptible de generar un daño resarcible por la Administración es el que, en tanto que irrazonable en atención a las circunstancias concretas de cada supuesto, se identifica con el concepto de dilación indebida, instituto jurídico construido por la doctrina constitucional y jurisprudencial al amparo del artículo 24 de la Constitución Española. Como señala el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 14 de junio de 1993, no consiste en el mero incumplimiento de los plazos procesales, pues el citado precepto no ha constitucionalizado el derecho a los plazos establecidos para la ordenación del proceso, sino un derecho fundamental de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable (STC 5/1985). La citada expresión del artículo 24.2 CE comporta un concepto indeterminado o abierto, que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico. Entre dichos criterios, que han de ser apreciados desde la realidad de la materia litigiosa en cada caso (STC 5/1985), conviene destacar la complejidad del litigio, la duración normal de procesos similares, la actuación del órgano judicial en el supuesto concreto y la conducta del recurrente, al que es exigible una actitud diligente, así como la invocación en el proceso ordinario de las supuestas dilaciones (SSTC 152/1987, 233/1988, 128/1989, 85/1990, 37/1991, 215/1992 y 69/1993, entre otras).

Esta construcción sobre las dilaciones en los procesos judiciales ha sido pacíficamente trasladada y aplicada en supuestos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por retrasos injustificados en el procedimiento administrativo. Así, la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco, en Dictamen 16/2005, citado por la STSJ, País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 158/2010, de 26 marzo, en relación a un retraso habido en un procedimiento de concurrencia competitiva, señala que *“es preciso que éste (el retraso) exceda de un período de tiempo razonable que debe valorarse con arreglo a determinados criterios, entre los cuales cabe mencionar, sin ánimo de ser exhaustivos, la complejidad del asunto, la duración normal de procedimientos similares, la actuación de los órganos instructores, la conducta del interesado y la invocación en el procedimiento de las dilaciones habidas. De este modo, sólo cuando, tras la valoración de dichas circunstancias, se deduzca que la dilación del procedimiento puede calificarse como irregular o anormal, habrá que concluir que los daños derivados de la misma son imputables a la Administración. En caso contrario, si el retraso es adecuado a las circunstancias y la razón del mismo se encuentra plenamente justificada, no existe lesión en el sentido técnico jurídico, debiendo el interesado soportar los daños causados por la paralización del procedimiento”*.

También el Consejo Jurídico se ha hecho eco de esta construcción trasladada al ámbito de los procedimientos administrativos, en nuestro Dictamen 99/2011.

A la luz de esta doctrina, ha de determinarse si el retraso de más de 20 meses sobre el plazo previsto puede ser considerado justificado o razonable, atendiendo las explicaciones que ofrece el Servicio de Provisión de Puestos de Trabajo, en relación con el desarrollo simultáneo de otros procedimientos provisorios, cuya resolución se estimaba oportuno que precediera a la del concurso en el que participaba la hoy reclamante. Considera el Consejo Jurídico que la Dirección General de Empleo Público debió valorar y anticipar las consecuencias que podía tener la convocatoria sucesiva y consecuente tramitación simultánea de concursos generales y específicos que tuvieran por destinatarios a los mismos Cuerpos funcionariales, con las disfunciones expresadas en el informe del Servicio de Provisión, y evitar convocar el concurso general antes que el específico si estimaba que éste debía quedar resuelto antes que el primero. En el mismo sentido, la STSJ de Castilla y León, Sede Valladolid, de 21 de diciembre de 2010, establece que *“dado que la Administración incumplió injustificadamente los plazos, desde el momento en que no hay razón de ser que explique que no cumpliera lo que ella misma se autoimpuso, y que ello supuso un claro retraso en el acceso de los funcionarios a sus mejores puestos, a lo que tenían derecho y así acabó reconociéndoselo el nombramiento posterior que se les hizo, no cabe duda de que se produjo la base de la responsabilidad patrimonial (...) A ello no puede realmente oponerse la existencia de otros procedimientos de selección del personal, pues debe retenerse al efecto que fue la propia Administración quien se autoimpuso un límite temporal y que debía ser consciente, por la propia realidad de las cosas y su cotidianeidad, desde el momento en que los procesos de selección son algo habitual en la Administración, sobre la incidencia que unos pudieran tener sobre los otros, de manera que debió autoorganizarse mejor (...) Lo que no es admisible es que la Administración se organice deficitariamente y que ello perjudique impunemente a terceros que confían en la Administración”*.

El mismo órgano jurisdiccional, en un supuesto similar al ahora sometido a consulta (demora excesiva en la resolución de un concurso de méritos), estima la pretensión indemnizatoria al considerar que *“la tardanza de la Administración en la resolución del recurso (catorce meses) se ha prolongado más allá de lo razonable, criterio que se aplica al caso concreto a tenor de la duración que se establece en el texto normativo, que es de un mes. En segundo lugar, es de advertir que la Administración no ha alegado ni probado la concurrencia de particulares circunstancias que, en su caso, hubieran justificado una demora en la resolución del concurso, o que, por ejemplo, la misma fuese debida a alguna incidencia del propio procedimiento del concurso, o que, en fin, el retraso no le fuera imputable”* (STSJ, Castilla y León, 1266/2001, de 31 de julio). En sentido similar, la STSJ Canarias, 380/2004, de 7 de mayo. Y todo ello sin olvidar que *“Si la complejidad del proceso selectivo hacía previsible que no podía cumplirse con el plazo, la Administración podía haber acudido a la ampliación del plazo, justificando debidamente las razones por las que era necesaria la misma, pero sólo después de haber adoptado todas las medidas*

*posibles para cumplir con el plazo establecido para resolver (artículo 42.6 LPAC)” (STSJ Canarias, 98/2006, de 19 de septiembre).*

El Consejo Jurídico es consciente de la complejidad propia de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, máxime cuando el número de funcionarios participantes es elevado (en el supuesto sometido a consulta, más de 700), cada uno de ellos puede solicitar multitud de puestos de trabajo y los méritos a valorar son asimismo diversos y numerosos. Tales circunstancias podrían justificar un exceso en el plazo de resolución de los mismos, lo cual se produce de forma ordinaria en el ámbito de la Administración regional, no generando en tal caso responsabilidad patrimonial. Sin embargo, no puede estimarse razonable que la demora en resolver el concurso casi cuadruple el plazo máximo reglamentariamente establecido para su tramitación y que la razón fundamental alegada para dicha dilación no sean circunstancias propias del concurso convocado, sino otras ajenas a él, como las interferencias que otros procedimientos de provisión convocados por la misma Administración podrían producir en aquél. Como se ha dicho, la Administración pudo y debió prever la incidencia mutua de los diversos concursos y programar de forma diferente sus respectivas convocatorias, en lugar de, una vez iniciados los procedimientos de provisión, decidir conscientemente infringir el plazo máximo de resolución de uno de ellos para evitar unos efectos (adjudicación de dos puestos a un mismo funcionario y puestos que quedaran sin adjudicar), que no dejaban de ser hipotéticos y cuyo alcance se habría visto limitado por el juego de la base general 37<sup>a</sup>.4, de las que rigen los procedimientos de provisión en la Administración regional, según la cual, cuando *“el funcionario concursante obtuviese destino definitivo, a través de procedimientos de concurso o de libre designación convocados en ésta o en otras Administraciones, con anterioridad a la resolución de concursos de méritos en que asimismo participase, se producirá su exclusión en los mismos, salvo renuncia expresa del destino obtenido”*.

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que el daño alegado por la interesada fue real y efectivo, deriva del anormal funcionamiento del servicio público de provisión de puestos de trabajo y que la reclamante no tenía el deber jurídico de soportarlo, atendido el carácter irrazonable e injustificado de la dilación advertida en la tramitación del procedimiento.

Es importante destacar que la demora a la que se imputa el daño, a diferencia de otros supuestos típicos en los que son las propias características del concurso las determinantes de la tardanza en resolver, no deriva aquí de las circunstancias internas del devenir del concurso convocado. De hecho, el análisis particular del procedimiento de provisión a que se refiere la reclamación, aun cuando la resolución provisional de adjudicatarios se dicta casi seis meses después de la expiración del plazo reglamentario de resolución, no arrojaría como resultado la apreciación de una dilación indebida en el sentido antes expuesto, pues factores como la especial

complejidad del procedimiento, la habitual duración *ultra limine* de este tipo de procesos selectivos y la no acreditación en el expediente de paralizaciones injustificadas en la actuación de la Comisión de Valoración lo impedirían. Sin embargo, en el supuesto sometido a consulta, la demora se produce por un factor externo al propio concurso, como es la decisión de la Administración convocante de, atendiendo peticiones realizadas por otros aspirantes, anteponer la prevención de los hipotéticos e imprevistos efectos indeseados que la convocatoria simultánea de varios concursos generaba, sobre su obligación de resolverlos en plazo, vulnerando así el derecho fundamental de la hoy reclamante a obtener una resolución del procedimiento en un plazo razonable.

**SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

Por la interesada se pretende una indemnización equivalente al montante de las diferencias retributivas entre el puesto adjudicado y el efectivamente desempeñado por ella, durante 15 meses.

Considera el Consejo Jurídico que tales diferencias retributivas (tomando como referencia las señaladas en el informe del Servicio de Provisión de Puestos de Trabajo) deben integrarse en el montante de la indemnización, en el período comprendido entre las siguientes fechas:

a) Aquella en que debió haber tomado posesión la interesada del puesto adjudicado de haberse cumplido con el plazo reglamentariamente establecido, es decir, tres días después de la publicación de la resolución definitiva del concurso en el Boletín Oficial de la Región (art. 16.1 del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo), publicación ésta que, como se razona al inicio de la Consideración Cuarta de este Dictamen, debió de realizarse antes del 28 de enero de 2009.

b) El día inmediatamente anterior a aquel en que efectivamente tomó posesión del puesto adjudicado, el 1 de noviembre de 2010.

A la cuantía resultante habrá de restársele la correspondiente a los 6 meses en que la interesada desempeñó (y fue retribuida por ello) el puesto de Auxiliar de Secretaría de Secretario General, entre el 1 de abril y el 1 de octubre de 2009 (páginas 68 y 69 del expediente) y que la propia interesada excluye del período en que se habría generado su derecho a indemnización (folio 13 del expediente).

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al apreciar el Consejo Jurídico que concurren en el supuesto sometido a consulta los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración, singularmente el nexo causal y la antijuridicidad del daño, siendo procedente declarar el derecho de la interesada a ser indemnizada.

**SEGUNDA.**- La cuantía de la indemnización habrá de fijarse tomando como bases para su cálculo las indicadas en la Consideración Sexta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 206-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2011)
<b>Fecha</b>	10/10/2011

**Extracto de doctrina**

El riesgo que finalmente se materializó cabe considerarlo inherente a la práctica deportiva escolar y, en consecuencia, aun cuando dentro de la prestación del servicio educativo, se encuadraría dentro de los riesgos normales o generales de la vida escolar, que no resultan imputables (por su propia naturaleza) a la actuación de la Administración educativa.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 19 de mayo de 2011 tuvo entrada en el Registro de la Consejería de Educación, Formación y Empleo el escrito de comunicación de accidente escolar ocurrido el 1 de marzo anterior, suscrito por el Director del Instituto de Educación Secundaria (IES) “San Juan de la Cruz” del municipio de Caravaca de la Cruz, en el cual se expone lo ocurrido ese mismo día con el alumno x, de 1º de la ESO, en la clase de Educación Física:

*“A falta de diez minutos para finalizar la sesión, x coge el balón y marcha sólo hacia la portería en un partido de balonmano, con la mala fortuna de tropezar con un compañero-rival en el momento de saltar para tirar a puerta, desequilibrándose y cayendo al suelo con la boca”.*

**SEGUNDO.-** Al anterior escrito de comunicación de accidente escolar, se acompaña escrito de reclamación presentado por x, en impreso normalizado, por los daños y perjuicios sufridos por su hijo (pérdida de dos dientes), cuya condición acredita con la copia compulsada del libro de familia.

Solicita la cantidad de 800 euros, acompañando el informe de una clínica dental que describe el tratamiento, y los conceptos que cubre el programa de salud dental de la Comunidad Autónoma, que excluye las coronas de cerámicas de recubrimiento, que son los conceptos reclamados, conforme al presupuesto que acompaña.

**TERCERO.-** Con fecha 1 de junio de 2011, el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente, siendo notificado dicho trámite el 15 de junio siguiente.

**CUARTO.-** El 1 de junio de 2011, el órgano instructor solicita informe al Director del Centro sobre los hechos ocurridos, que lo emite aclarando lo siguiente:

- Que fue una acción defensiva normal y sin otra intención que defender la portería propia. La velocidad a la que se realizaba la acción y la mala suerte fueron la causa del accidente.
- La actividad se encontraba programada dentro de la clase de Educación Física.
- El accidente puede ocurrir en cualquier momento durante la práctica de actividades físicas y con más motivo en deportes en equipo, en los que el contacto físico está presente, como es el caso del balonmano.

**QUINTO.-** Requerida la reclamante para que aporte la factura de la cuantía reclamada, la presenta el 22 de junio de 2011, tras lo cual se le otorga un trámite de audiencia, sin que conste que haya formulado alegaciones.

**SEXTO.-** La propuesta de resolución, de 30 de agosto de 2011, desestima la reclamación presentada, por no existir nexo causal entre el funcionamiento del IES “San Juan de la Cruz” y los daños alegados.

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre la propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales.

La reclamación fue presentada dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), establece para la prescripción del derecho a reclamar.

En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe señalar que la reclamación fue formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal del menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Consejería de Educación, Formación y Empleo es competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación, en el que se integra el centro docente donde ocurrió el accidente.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

1. De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse la conformidad de este Órgano Consultivo con la propuesta de resolución que las concluye. Tal como razona, no se advierte que concurran en los hechos examinados todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada a causa de los mismos.

En efecto, según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente (por todos, Dictamen 121/2009), ha de destacar que si bien es

cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente, por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996).

Hay que señalar que no existe en el expediente ningún elemento que permita establecer el pretendido nexo causal con el funcionamiento del servicio público. En primer lugar, nada indica que el grado de diligencia que correspondía al profesor de educación física del centro exigiera mayores medidas de precaución tendentes a evitar el daño, produciéndose el alegado en desarrollo de una actividad física que no puede considerarse inadecuada para la edad de los alumnos participantes (13 años), que se imparte dentro de la programación. Del mismo modo, no consta que el accidente se produjera por deficiencias en las instalaciones, como aclara el director del IES en su informe de 16 de junio de 2011, ni como consecuencia de instrucciones erróneas del profesor, o de la falta de adopción de medidas de seguridad inherentes a la impartición ordinaria de una clase de educación física, ni tampoco que el ejercicio se apartase de las reglas ordinarias de su práctica.

Tampoco la reclamante, tras otorgarle un trámite de audiencia para la presentación de alegaciones, ha cuestionado la versión del centro escolar, ni ha puesto en duda ninguna de las anteriores manifestaciones.

En este orden de cosas, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con daños producidos en el desarrollo de clases de educación física, propugnando la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone este tipo de actividades, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado o por mal estado de las instalaciones (Dictamen 3760/2000), tesis mantenida también por este

Órgano Consultivo en numerosos Dictámenes (por todos 44/2003), y en la memoria correspondiente al año 2003, de la que sintetizamos el siguiente párrafo:

*“Los daños físicos constituyen un riesgo inherente a la práctica deportiva debiendo ser soportados por quienes los sufren, siempre que la actividad no se apartase de las reglas ordinarias de su práctica, o se tratara de ejercicios inapropiados a la edad de los alumnos, o concurren circunstancias determinantes de riesgo, peligro, o mal estado de las instalaciones que hubieran podido causar efectivamente lesiones derivadas de la práctica de ejercicio, y siempre que el profesorado adopte las medidas de precaución habituales, ajustadas a la pauta de diligencia exigible a un padre de familia”.*

En el supuesto sometido a consulta, el riesgo que finalmente se materializó cabe considerarlo inherente a la práctica deportiva escolar y, en consecuencia, aun cuando dentro de la prestación del servicio educativo, se encuadraría dentro de los riesgos normales o generales de la vida escolar, que no resultan imputables (por su propia naturaleza) a la actuación de la Administración educativa.

Así pues, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño existe y se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo, impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

2. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de lo manifestado por este Consejo Jurídico en reiterados Dictámenes y en la Memoria correspondiente al año 2006 (páginas 42 a 44), sobre la conveniencia de que la Administración arbitre medidas de aseguramiento y protección social que puedan cubrir tales riesgos, que no pueden imputársele, como se dice, a título de la responsabilidad patrimonial regulada en los artículos 139 y siguientes LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por el menor y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 207-2011**

**Asunto** Revisión de oficio para declarar nulo contrato formalizado con la mercantil --.  
**Consultante** Ayuntamiento de Totana  
**Fecha** 17/10/2011

**Extracto doctrina**

En el seno de la resolución del recurso de reposición se pueden abordar las infracciones jurídicas invocadas, resultando innecesario para tal fin el procedimiento revisorio iniciado, si bien su instrucción ha permitido, no obstante, que el nuevo adjudicatario pudiera presentar alegaciones frente a la eventual admisión del recurso interpuesto por el anterior contratista, evitando así su indefensión (artículo 112 LPAC).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El expediente sometido a consulta tiene como antecedentes más significativos, reflejados en nuestro Dictamen núm. 49/2011:

1. Con fecha 3 de diciembre de 2009 se suscribe por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Totana y por x, en representación de la empresa -- (-- en lo sucesivo) el contrato de adjudicación de la obra “ampliación del puente sobre la Rambla de La Santa con la N-304”, conforme al proyecto redactado por x, con sujeción al Pliego de Cláusulas Jurídicas, Económico-Administrativas y Técnicas (PCAP) y a la oferta del propio adjudicatario.

El importe de la adjudicación de la obra asciende a la cantidad de 495.453,40 euros, IVA incluido, con sujeción a un plazo de ejecución de 2,25 meses, computados a partir del acta de replanteo de las obras.

2. Tras las vicisitudes que acontecieron durante la ejecución del contrato que se relatan en los Antecedentes del referido Dictamen, con fecha 7 de octubre de 2010 la Junta de Gobierno Local acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato, por el incumplimiento de la contratista de sus obligaciones contractuales esenciales de adoptar las medidas de seguridad determinadas en el informe del director de la obra de 7 de octubre de 2010, y dar audiencia a la adjudicataria por el plazo de diez días; ésta se opuso a la resolución del contrato negando el referido incumplimiento, y sosteniendo su ejecución conforme al proyecto aprobado y al Plan de Seguridad y Salud. Además se alegaba que se había solicitado la suspensión del contrato por el impago de tres certificaciones

expedidas hasta la fecha, por lo que el contrato continuaba suspendido a causa de la demora en el pago.

3. Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de diciembre de 2010, se acuerda desestimar las alegaciones presentadas por la contratista, sobre la base de los informes evacuados por el director de las obras y por la Secretaría de la Corporación, y recabar el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico.

4. Este Consejo dictaminó la propuesta de resolución contractual en sentido desfavorable, al no quedar acreditada que concurriera la causa invocada, sin perjuicio de señalar que ello no prejuzgaba que a la fecha de la emisión del Dictamen núm. 49/2011 concurrieran otras causas de resolución a instancia de la contratista o de la propia Administración.

**SEGUNDO.-** Tras la recepción del referido Dictamen (el 16 de marzo de 2011), la Junta de Gobierno Local, en su sesión de 31 de marzo siguiente, acordó revocar el acuerdo anterior de 7 de octubre de 2010 por el que se iniciaba el procedimiento de resolución contractual, procediendo a la continuación de las obras, lo que fue notificado a la contratista --, cuyo representante presenta escrito de alegaciones el 11 de abril de 2011, en el que expresa, entre otras cuestiones, que han transcurrido más de diez meses desde la expedición de tres certificaciones de obra por un montante de 290.015,91 euros, sin que se haya procedido a su pago por el Ayuntamiento, por lo que concurre la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 200.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP, en lo sucesivo), solicitando que se le abonen las certificaciones pendientes, más los intereses de demora, los daños causados por el Ayuntamiento que relacionan en su escrito, así como que se acuerde la resolución del contrato con la devolución del aval.

**TERCERO.-** Con fecha 14 de abril de 2011, la Junta de Gobierno Local, tras la emisión de los correspondientes informes por el técnico director de las obras y por la Secretaría de la Corporación (que se transcriben en la certificación), acuerda, a instancia de la adjudicataria, resolver inicialmente (sic) el contrato suscrito entre la mercantil -- y el Ayuntamiento de Totana para la ampliación del puente existente, por incumplimiento de las obligaciones de pago por un plazo superior a 8 meses. También se acuerda comunicar a la mercantil adjudicataria que se persone el día 29 de abril, a las 11 horas, para proceder a la medición correspondiente.

**CUARTO.-** El 20 de abril siguiente, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Totana aprueba el proyecto técnico redactado por el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos -, para la terminación de las obras de ampliación del puente existente sobre la Rambla de La Santa, que se

encuentran a medio ejecutar, por un montante de 199.722,31 euros, más 35.950,02 correspondiente al IVA. En el mismo acuerdo se aprueba el PCAP que figura como Anexo I, y que ha de regir la licitación y adjudicación del contrato referido, al igual que se autoriza el gasto, solicitando ofertas, al menos, de tres empresas capacitadas para la realización de su objeto, mediante la tramitación del procedimiento negociado sin publicidad para las referidas obras.

**QUINTO.-** El 16 de mayo de 2011, la Junta de Gobierno Local, a propuesta de la mesa de contratación, selecciona la única proposición presentada por la mercantil --, requiriéndole para que presente los siguientes documentos: certificado de estar al corriente con la Seguridad Social y con la Agencia Tributaria, certificado o documentación de riesgos laborales, garantía definitiva y Plan de Seguridad y Salud. También se comunica que el órgano de contratación deberá adjudicar el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación, conforme al artículo 15 del Pliego que ha de regir el procedimiento negociado sin publicidad.

**SEXTO.-** El 19 de mayo de 2011, el órgano de contratación adjudica la ejecución de las obras para la terminación del puente a la mercantil --, con el siguiente condicionado:

- Disponer el gasto por el montante de 235.500 euros, IVA incluido.
- Notificar el precitado acuerdo a los interesados.
- Comunicar que la formalización del contrato en documento administrativo se realizará dentro de los quince días hábiles siguientes, a contar desde la fecha de la notificación de la adjudicación.
- Publicar la adjudicación en el perfil del contratante (página web del Ayuntamiento) y en el Boletín Oficial de la Región de Murcia (BORM).

Formalizado el contrato al día siguiente (folios 27 y ss.), fue objeto de publicación la fecha de adjudicación y la formalización del contrato en el BORM de 2 de junio de 2011.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 6 de junio de 2011 (registro de entrada), x, en representación de la mercantil --, presenta un escrito en el que expone que ha tenido conocimiento, a través de la publicación en el BORM, de la adjudicación y de la formalización del contrato a la mercantil --, impugnando dichos acuerdos por no considerarlos ajustados a derecho por los siguientes motivos:

1º) Nulidad del acuerdo de adjudicación de la obra al contratista por infracción del artículo 222.5 LCSP, puesto que para que las obras hayan de ser continuadas por otro empresario, el órgano de contratación habrá de proceder a la liquidación de la obra ejecutada por el anterior contratista y a notificarle dicha liquidación.

También sostiene la posible concurrencia de otra causa de nulidad de pleno derecho (artículo 32.c LCSP) por contratar con carencia o insuficiencia de crédito en las normas presupuestarias del Ayuntamiento.

2º) Comisión de un presunto delito de prevaricación.

Se ha dictado una resolución a sabiendas de su injusticia, sin que se haya notificado a su representado que se personara en la obra a los efectos de proceder a su liquidación, considerando que la conducta de la Junta de Gobierno Local puede constituir la comisión de un presunto delito de prevaricación tipificado en el artículo 404 del Código Penal.

3º) Comisión de un presunto delito de estafa.

El modo de proceder del Ayuntamiento evidencia de manera clara el ánimo de éste de conseguir la realización de una obra pública sin coste alguno para el Ayuntamiento, pretendiendo que sea financiada en un primer momento por -- y actualmente por la nueva adjudicataria del contrato.

Finalmente, solicita que se declare la nulidad de la adjudicación del contrato referido a la mercantil -- y se proceda a la notificación de la liquidación de las obras ejecutadas por --, con carácter previo a la adjudicación del nuevo contrato, y todo ello, con expresa reserva del ejercicio de las acciones penales que asistieren a su mandante.

**OCTAVO.-** La Secretaria de la Corporación Municipal emite un informe el 4 de julio de 2011 sobre el escrito impugnatorio presentado por la mercantil --, en el que describe las siguientes actuaciones en relación con la liquidación del contrato anterior:

- Se comunica a la mercantil -- que se persone el día 29 de abril, a las 11 horas, para proceder a la medición correspondiente y llevar a cabo la liquidación, compareciendo un representante de la misma y los técnicos intervinientes. Se afirma que en el expediente hay correos que reflejan las actuaciones realizadas tanto por el Director de las obras, como por el representante de la mercantil, tendente a facilitarse mutuamente la información para llevar a cabo la liquidación de las obras. No constan dichos correos en la documentación remitida.
- Posteriormente, el 8 de junio de 2011 se elabora el acta de liquidación de las obras, en la que se pone de manifiesto que las ejecutadas ascienden a la cantidad de 299.826,11

euros, de los cuales se encuentran certificadas 290.015,91 euros, quedando un saldo de liquidación de 9.810 euros, correspondiente a la última certificación y final en el proyecto de certificación, que no está firmada por ningún representante de la mercantil --.

Seguidamente, reconoce que se ha producido una infracción del ordenamiento jurídico, concretamente del artículo 222.5 LCSP en cuanto el órgano de contratación no notificó a la mercantil -- la liquidación de las obras ejecutadas, antes de acordar la continuación de las mismas, adjudicándolas a un nuevo contratista.

Tras valorar si se trata de un supuesto de nulidad de pleno o anulabilidad, alcanza la conclusión de que la nueva adjudicación ha incurrido en un vicio de nulidad radical (artículo 32 LCSP) por haberse prescindido de un trámite esencial (equiparable a la omisión del procedimiento), como es la preceptiva liquidación previa antes de iniciar y adjudicar un nuevo contrato que permita la continuación de las obras, así como determinar las que quedan por realizar y su valoración.

**NOVENO.-** El 6 de julio de 2011, la Junta de Gobierno Local acuerda aprobar el proyecto de liquidación, cuya copia digital se ha remitido a este Consejo Jurídico, indicando que la mercantil -- puede impugnar dicha valoración ante el órgano de contratación, que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días (no consta en el expediente la notificación de dicha liquidación a la citada mercantil).

También propone estimar las alegaciones presentadas por x, en representación de la mercantil --, referente a la necesidad de declarar nulo el acuerdo de adjudicación de la terminación de las obras y posterior contrato formalizado con la mercantil --, e iniciar el procedimiento de revisión de oficio para su declaración.

Finalmente se acuerda solicitar el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico.

**DÉCIMO.-** Recabado éste, se adoptó el Acuerdo núm. 16/2011, de 13 de julio, en el que se requería al Ayuntamiento consultante que completara las actuaciones con la propuesta que se sometía a Dictamen, los trámites de audiencia a los interesados y copia del expediente de contratación sobre el que versa la nulidad de pleno derecho pretendida.

**UNDÉCIMO.-** El 14 de septiembre de 2009 se ha remitido a este Consejo Jurídico la documentación precitada, acompañada del nuevo escrito de alegaciones presentado por la mercantil --, en el que reitera las argumentaciones anteriormente expresadas en el escrito de 6 de

junio de 2011, y la propuesta de resolución adoptada por la Junta de Gobierno Local, en su sesión de 12 de septiembre de 2012.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se ha recabado con carácter preceptivo por el Ayuntamiento de Totana, al proponer el órgano de contratación la declaración de nulidad de pleno derecho, mediante el procedimiento de revisión de oficio, de la adjudicación y posterior formalización del contrato con la mercantil --, al amparo de lo dispuesto en el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con lo previsto en el artículo 102 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

#### **SEGUNDA.- Naturaleza del escrito de petición de nulidad formulado por la mercantil --.**

A partir de la invocación de un supuesto de nulidad de pleno derecho contenido en el escrito presentado por la mercantil -- el 6 de junio de 2011, que atañe a la adjudicación y al contrato formalizado con la mercantil --, para la terminación de las obras de la construcción de un puente sobre la Rambla de la Santa, el informe de la Secretaria de la Corporación Municipal viene a considerar que el cauce adecuado para la declaración de nulidad de dicha adjudicación es un procedimiento de revisión de oficio previsto en el artículo 102 LPAC, tras considerar que se ha incurrido en una infracción del ordenamiento, al no haberse notificado previamente la liquidación de la obras ejecutadas al anterior contratista, antes de la nueva adjudicación del contrato para la terminación de dichas obras (artículo 222.5 LCSP).

Sin embargo, existen razones jurídicas para recalificar o encauzar dicha petición de nulidad como un recurso potestativo de reposición, ya que la mercantil -- interpone en tiempo y forma un escrito impugnatorio contra los actos municipales recurridos, que son susceptibles del citado recurso como más adelante se expondrá. Quiere ello decir que el acto no es firme en vía administrativa, incumpléndose pues el requisito principal del artículo 102.1 LPAC para que pueda utilizarse la vía de la revisión de oficio.

Además de ello, sobre si la resolución expresa de un recurso de reposición es el cauce adecuado para la estimación de la petición de nulidad de pleno derecho, este Consejo Jurídico ha dado la respuesta afirmativa en los Dictámenes núms. 148/2010 y 27/2005, señalando en este último:

*“el artículo 107.1 LPAC dispone con claridad que los recursos administrativos ordinarios (alzada y reposición) pueden fundarse en “cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63” de la misma. Además, su artículo 113.3 especifica que el recurso decidirá “cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados”, si bien la resolución “será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial”. Se trata, por tanto (el del correspondiente recurso ordinario) de un procedimiento administrativo de “plena jurisdicción”, si utilizamos un símil procesal, para decidir sobre cualquier vicio jurídico, incluyendo la posible nulidad radical que pueda advertirse en el acto recurrido.*

*Por su parte, aun cuando el artículo 102.1 establezca “in genere” la posibilidad de que se incoe un procedimiento revisorio para declarar la nulidad de actos que hayan puesto fin a la vía administrativa (caso de la Orden de adjudicación que nos ocupa) “o” de actos que no hayan sido recurridos en plazo, si existe un recurso ordinario interpuesto en plazo en el que la Administración, como vemos, tiene plena competencia para resolver las cuestiones que se plantean, incluida la nulidad radical del acto recurrido, no procede que, de oficio, la Administración inicie un procedimiento revisorio.”*

Quiere decirse, pues, que en el seno de la resolución del recurso de reposición se pueden abordar las infracciones jurídicas invocadas, resultando innecesario para tal fin el procedimiento revisorio iniciado, si bien su instrucción ha permitido, no obstante, que el nuevo adjudicatario pudiera presentar alegaciones frente a la eventual admisión del recurso interpuesto por el anterior contratista, evitando así su indefensión (artículo 112 LPAC).

**TERCERA.- La normativa de contratación aplicable al expediente y los recursos administrativos procedentes.**

La normativa aplicable a los actos cuya nulidad se postula, es la LCSP, así como el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP), en lo que no se oponga a aquella recogiendo dicha sujeción en el PCAP que rige esta contratación.

De otra parte, la Disposición final octava de la LCSP establece que los procedimientos regulados en la misma se registrarán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la LPAC y normas complementarias.

En cuanto a los recursos que proceden frente al acto de adjudicación, la LCSP (modificada por la Ley 34/2010, de 6 de agosto) contiene una diferenciación, según se trate de procedimientos sujetos a regulación armonizada (negocios que por razón de la entidad contratante, de su tipo y de su cuantía se encuentran sometidos a las directrices europeas) y los que no lo están, pues en el primer caso ha previsto un recurso especial en materia de contratación, frente a determinados actos, regulado en los artículos 310 y ss., respecto a los que ya no proceden los recursos administrativos ordinarios. Sin embargo, para los contratos que no estén sujetos a dicha regulación armonizada, como ocurre en el presente caso (los contratos de obras cuyo valor estimado sea inferior a 5.150.000 euros), la LCSP establece que los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación podrán ser objeto de recurso, de conformidad con lo dispuesto en la LPAC (artículo 310.5, segundo párrafo).

Pues bien, entre los recursos ordinarios previstos en la LPAC se encuentra el potestativo de reposición (artículo 116), que se interpone frente a los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa, y que podrán ser recurridos ante el mismo órgano que los hubiera dictado, o por el contrario ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo.

En el presente caso concurren los requisitos para entender que el escrito de petición de nulidad presentado por la mercantil -- puede ser recalificado como un recurso potestativo de reposición por las siguientes razones:

#### 1. Legitimación.

La mercantil --, adjudicataria del contrato primigenio del que trae causa este segundo contrato para la terminación de las obras, solicitó la resolución de aquél por la demora de más de 8 meses en el pago de las certificaciones de obras aprobadas, habiendo reconocido el Ayuntamiento que concurre la causa de resolución invocada, cuyo incumplimiento no sería, en ningún caso, imputable a dicha mercantil (artículos 206, apartado e, en relación con el 200.6, ambos LCSP).

Por tanto, resulta evidente su condición de parte interesada, al poder verse afectados sus derechos (artículo 31.1,b LPAC), como reconoce implícitamente el informe de la Secretaria de la Corporación de 4 de julio de 2011, en tanto se adjudica el nuevo contrato con disposición del gasto, cuando aún no se había notificado a la anterior contratista la liquidación de su contrato, que lleva

aparejada toda resolución contractual, requisito exigido por el artículo 222.5 LCSP para la continuación de las obras.

## 2. Actos impugnados susceptibles de recurso.

La mercantil reclamante sostiene la nulidad tanto del acuerdo de adjudicación, como del contrato formalizado.

El acuerdo de adjudicación del nuevo contrato para la terminación de las obras a la mercantil --, adoptado por la Junta de Gobierno de 19 de mayo de 2011 conforme al procedimiento previsto en el Pliego y en el artículo 135 LCSP, es susceptible de impugnación a través del recurso potestativo de reposición, y la eventual estimación de la nulidad de la adjudicación, a través del recurso pertinente, conllevará en todo caso la del mismo contrato, conforme a lo previsto en el artículo 35.1 LCSP.

## 3. Requisitos de tiempo y forma.

Según el artículo 117 LPAC, el plazo para la interposición del recurso potestativo de reposición será de un mes si el acto fuera expreso, por lo que el escrito impugnatorio presentado por el representante de la mercantil -- el 6 de junio se ajusta al plazo indicado, teniendo en cuenta tanto la fecha de adopción de la adjudicación, como la de su publicación en el BORM (el 2 de junio).

En cuanto a los requisitos formales, la falta de identificación del medio impugnatorio no es un obstáculo insalvable, a la vista de lo señalado por el artículo 110.2 LPAC, "el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter". Por tanto, los recursos tienen la naturaleza que corresponda a su contenido, aunque exista ausencia en su calificación, como recoge la doctrina del Tribunal Supremo (por todas, STS, Sala 3ª, de 30 de junio de 1981).

En definitiva, la Administración tiene la potestad de recalificar el escrito como recurso frente a actos susceptibles de impugnación en vía administrativa, en caso de error o ausencia de indicación, siempre y cuando se deduzca de su contenido el verdadero carácter, como ocurre en el presente caso.

A mayor abundamiento, el artículo 102.1 LPAC excluye el procedimiento de revisión de oficio para aquellos actos que hayan sido recurridos en plazo.

4. Actuaciones previas tendentes a la resolución del escrito impugnatorio.

Los acuerdos hasta ahora adoptados por el órgano de contratación, en relación con la declaración de nulidad, no dejan de ser actos trámites y propuestas tendentes a la adopción de ésta postulada por el recurrente, por lo que cabe entender que aún no se ha resuelto expresamente el recurso de reposición interpuesto por la mercantil -- en lo que a la declaración de nulidad se refiere y, en coherencia con las anteriores consideraciones, procedería su resolución expresa entrando en el fondo de los vicios alegados por el recurrente referidos a los actos de adjudicación y formalización del contrato, así como proceder al archivo del procedimiento de revisión de oficio iniciado.

**CUARTA.- Las infracciones invocadas.**

A tenor de lo establecido en el artículo 222.1 LCSP, la resolución del contrato de obras dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, y siendo necesaria la citación de éste, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición. En el apartado 5 del mismo artículo se establece que *“cuando las obras hayan de ser continuadas por otro empresario o por la propia Administración, con carácter de urgencia, por motivos de seguridad o para evitar la ruina de lo construido, el órgano de contratación, una vez que haya notificado al contratista la liquidación de las ejecutadas, podrá acordar su continuación, sin perjuicio de que el contratista pueda impugnar la valoración efectuada ante el propio órgano. El órgano de contratación resolverá lo que proceda en el plazo de quince días”*. También el artículo 208.3 de la misma Ley establece que cuando el incumplimiento sea atribuible a la Administración, ésta habrá de indemnizar los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen a la contratista.

La regulación de los efectos de la resolución contractual es completada por el artículo 172 RCAP, que establece la obligación de la Administración, una vez iniciado el oportuno expediente de resolución de un contrato cuyas obras hayan de ser continuadas por otro empresario o por la propia Administración, de proceder seguidamente a formular la liquidación de las obras ya efectuadas. Dicho precepto reglamentario establece en su segundo párrafo, que *“la liquidación comprenderá la constatación y medición de las obras ya realizadas, especificando las que sean de recibo y fijando los saldos pertinentes en favor o en contra del contratista”*; añadiendo, en el último párrafo, que *“la liquidación se notificará al contratista al mismo tiempo que el acuerdo de resolución”*.

Sobre la obligación del órgano de contratación de notificar la liquidación de las obras ejecutadas, antes de acordar su continuación por otro contratista, la STS, Sala 3ª, de 16 de junio de 1994, señala:

*“Pues bien, según el precepto reglamentario es necesario que la Administración notifique al contratista, al mismo tiempo que notifica el acuerdo de resolución del contrato de obras, la liquidación practicada por aquélla, en la cual se habrá de comprender la constatación y medición de las obras ya realizadas, especificando las que sean de recibo y fijando los saldos pertinentes (...) Pues sólo así, este último podrá tener conocimiento expreso de todo ello y, podrá impugnar la valoración efectuada si conviniere a su derecho; con la consecuencia de que sólo así se evitará la indefensión del contratista, que la Constitución y el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (artículo 63 de la actual LPAC) tratan de evitar. Pues, notificar una liquidación supone tanto como comunicarla formalmente al notificado en su integridad, sin que dicho acto formal pueda ser suplido por el hecho de que, antes de la determinación concreta de la liquidación, se hubiera puesto de manifiesto al contratista, en trámite de audiencia, el proyecto de la misma (...). Con fundamento en el referido artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (hoy artículo 63 LPAC relativo a los vicios de anulabilidad) se procedió a anular las actuaciones por la referida Sentencia.*

Así pues, ante la petición de la contratista de resolución contractual por la demora en el pago de las certificaciones aprobadas, la Junta de Gobierno Local acordó resolver inicialmente (lo que cabe interpretar que inició el procedimiento para la resolución del contrato, a petición de la contratista), en su sesión de 14 de abril de 2011, citando a la adjudicataria para el día 29 de abril con la finalidad de proceder a la medición correspondiente. En este concreto aspecto de la citación, la actuación sí se ajustó a lo dispuesto en el artículo 222.1 LCSP.

Con posterioridad, no existe constancia en el expediente de las comunicaciones a las que hace referencia la Secretaria de la Corporación entre el técnico director de las obras y la contratista a los efectos de la medición de obras y de la indicada liquidación. Ciertamente, se constata que no se notificó a la mercantil -- dicha liquidación, junto con la resolución del contrato - la adopción del primer acuerdo como resolución inicial, parece exigir la posterior adopción de un acuerdo resolutorio conjuntamente con la aprobación de la liquidación-, antes de la adjudicación del nuevo contrato para la terminación de las obras, incumpléndose con ello lo previsto en los artículos 222.5 LCSP y 172 RCAP. Con posterioridad, en fecha 6 de julio de 2011 se ha procedido a la aprobación de la liquidación por la Junta de Gobierno, y a su notificación a la mercantil -- según dicho acuerdo (no consta la notificación a esta última en el expediente remitido), si bien en aquel acuerdo se omite cualquier referencia a otras partidas solicitadas por la contratista (escrito de 11 de abril de 2011),

como la devolución del aval, los intereses de demora o la indemnización de los daños y perjuicios, que exigirían igualmente un pronunciamiento por parte municipal.

Cabría discutir si se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho, por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento previsto, conforme a la causa señalada en el artículo 62.1,e) LPAC, en relación con el 32,a) LCSP, o de anulabilidad, predicable de las restantes infracciones del ordenamiento general y, en particular, de las reglas contenidas en la normativa de contratos (artículo 33 LCSP), en tanto la notificación de la liquidación fue efectuada posteriormente, lo que podría suscitar la convalidación posterior de dicho defecto (artículo 67 LPAC).

Sin embargo, no cabe duda que la infracción detectada tiene una gran relevancia en el presente caso, equiparable a la omisión de un trámite esencial, como expresa el informe de la Secretaria de la Corporación Municipal, por las siguientes razones:

1ª) Los términos en que se adoptó el acuerdo de la Junta de Gobierno de 14 de abril de 2011, haciendo referencia a la resolución inicial del contrato anterior, salvo que se adoptara otro posterior por el órgano de contratación que no consta en el expediente, parecen mostrar un procedimiento de resolución contractual inconcluso, por lo que cabría sostener incluso que el contrato anterior no se ha extinguido (artículo 204 LCSP), a lo que se añade la obligada notificación de la liquidación y el pronunciamiento sobre las restantes partidas reclamadas (entre ellas, la devolución del aval), antes de la continuación de las obras por otro adjudicatario (artículo 222.5 LCSP). A tales efectos, presupuesto para la continuación de las obras por otro contratista, es la medición de las ya realizadas fijando los saldos resultantes.

2ª) La omisión de tales trámites en aquel momento del procedimiento tiene una gran relevancia para el interesado, teniendo en cuenta que la causa que motiva la resolución del contrato anterior no es otra que la demora en el pago por parte de la Administración, y que la prosecución de las obras con otro contratista podría imposibilitar el cobro de las partidas pendientes, e incluso propiciar que el nuevo contrato pudiera estar incurso en una causa de nulidad de pleno derecho, como es la carencia o insuficiencia de crédito (artículo 32,c) LCSP), lo que también suscita la mercantil reclamante, motivo que igualmente debe ser también valorado y contestado por el órgano de contratación en la resolución del recurso.

En cualquier caso, la estimación del recurso de reposición puede fundarse tanto en los motivos de nulidad o anulabilidad, conforme a lo expresado en el artículo 107.1 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Procede que el órgano de contratación recalifique el escrito impugnatorio presentado por la mercantil -- como recurso potestativo de reposición, frente a los actos cuya nulidad se postula.

**SEGUNDA.-** En consecuencia, en atención a las infracciones detectadas (Consideración Cuarta) habrá de ser resuelto expresamente el citado recurso potestativo de reposición sobre los motivos de nulidad esgrimidos, procediendo al archivo del procedimiento de revisión.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 208-2011**

**Asunto** Resolución del contrato de obras de centro ocupacional diurno para disminuídos psíquicos en Llano del Barco de Archena

**Consultante** Ayuntamiento de Archena

**Fecha** 17/10/2011

**Extracto doctrina**

El contratista ha incumplido culpablemente la obligación esencial de todo contrato, que es ejecutar lo pactado, lo que le hace incurrir en la causa de resolución prevista en el artículo 206, d) y f) LCSP.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 16 de agosto de 2010, previa la oportuna tramitación, se formalizó entre el Ayuntamiento de Archena e -- (-- ) un contrato administrativo para la ejecución de las obras de construcción del Centro Ocupacional Diurno para Disminuídos Psíquicos en Llano del Barco, de Archena, por un precio total de 487.429.46 euros y un plazo de ejecución de nueve meses a contar desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo. Según se desprende del acuerdo de adjudicación provisional de 18 de mayo de 2010, el adjudicatario se obligaba a emplear en la obra a 105 personas, 84 de ellas de nueva contratación, y a realizar obras de mejora por importe de 199.661,47 euros, según estime el Director Técnico de las mismas.

**SEGUNDO.-** Previa la suscripción de un acta de replanteo negativa el 10 de septiembre de 2010, las obras se inician el 4 de noviembre de ese año, según se expresa en el informe de la Dirección Técnica (D.T.) de la obra de 27 de junio de 2011 y en uno de los escritos de la contratista

**TERCERO.-** A solicitud de ésta, y fundado en los obstáculos surgidos en su momento para dar inicio a las obras de referencia, el 23 de noviembre de 2010 la Junta de Gobierno del Ayuntamiento aprueba una ampliación del plazo de ejecución de seis meses.

**CUARTO.-** Obran en el expediente certificaciones de obra, por diversos importes, correspondientes a los meses de noviembre de 2010 a abril de 2011.

**QUINTO.-** El 17 de mayo de 2011 la empresa presenta escrito expresando, en síntesis, que existen una serie de unidades de obra del proyecto cuya ejecución se traduciría en elementos constructivos con serios defectos y el incumplimiento de normas técnicas de edificación, deficiencias que desglosa seguidamente; además, pone de manifiesto aumentos de medición detectados respecto al proyecto. Por ello, solicita que se le dé orden expresa de continuación de las obras, con exención de responsabilidad por su parte, o se introduzcan las modificaciones pertinentes en el proyecto. En la misma fecha presenta escrito en el que, en lo que atañe a la obra de que aquí se trata, expresa que no se había aprobado todavía la certificación del mes de abril (emitida el 30 de este mes, y firmada por la contratista, según se advierte en el expediente), solicitando la suspensión de la obra y la aprobación de la certificación y abono de los trabajos ejecutados. En dicha certificación se hace constar que, del total del precio, resta por ejecutar obra por 229.963,03 euros.

**SEXTO.-** Aprobada el 25 de mayo de 2011 la certificación de abril, el 30 de mayo siguiente la empresa presenta escrito en el que alega que en la misma falta por incluir alguna partida ejecutada.

**SÉPTIMO.-** El 14 de junio de 2011, los Directores Técnicos de la obra emiten informe en el que, en síntesis, expresan que desde el inicio de las obras se detectaron diferencias entre el estudio geotécnico realizado y las condiciones reales de la parcela, lo que ha sido determinante para la modificación de algunas partidas del proyecto que deben valorarse, siendo criterio de la DT que se ejecute sólo lo estrictamente necesario para terminar el edificio y sus accesos, expresando en documento adjunto las nuevas partidas o sus variaciones. En cuanto a lo alegado en los escritos de la empresa, rebaten técnicamente varias de ellas y ponen de manifiesto que desde marzo de 2011 la contratista ha remitido varios modificados sobre los que poco tiempo después variaba su presupuesto notablemente. Asimismo, señalan varios incumplimientos en la ejecución de algunas partidas (premarcos de carpintería) o de órdenes expresas (aviso a la DT en el momento del hormigonado de la estructura, lo que no se produjo). En conclusión, en su escrito ordenan a la empresa que inmediatamente prosiga con las obras, según las modificaciones adjuntas a dicho escrito.

**OCTAVO.-** Obran en el expediente las certificaciones correspondientes a mayo y junio de 2011, por importe ambas de 0 euros.

**NOVENO.-** El 16 de junio de 2011 los Directores Técnicos emiten informe en el que, con reportaje fotográfico, exponen la evolución de las obras desde su comienzo. En síntesis, expresan

que hasta enero de 2011 había unos 10 operarios en la obra, que iban hasta entonces a muy buen ritmo. Añaden que a partir de marzo el número de operarios se reduce a dos, lo que influye notablemente en el ritmo de la obra, y el 10 de abril de 2011 sólo se encuentra en las obras el jefe de las mismas, sin que hayan operarios en las visitas realizadas el 21 de ese mes, el 3 de mayo, y el 16 de junio, fecha del informe.

**DÉCIMO.-** El 27 de junio de 2011 los Directores Técnicos informan que las obras comenzaron el 4 de noviembre de 2010, se paralizan por abandono del contratista en abril de 2011 y a la fecha del informe siguen paralizadas. El mismo día, el Secretario del Ayuntamiento informa que procede iniciar expediente de resolución del contrato por demora de la contratista de al menos dos meses en la ejecución del contrato, sin causa que lo justifique, pues el Ayuntamiento está al corriente en el pago de todas las certificaciones, y es presumible que no vaya a cumplirse el plazo final de las obras.

**UNDÉCIMO.-** El 29 de junio de 2011 la Junta de Gobierno del Ayuntamiento acuerda incoar procedimiento para declarar la resolución del contrato por causa de la paralización unilateral de las obras por la contratista, con incautación, en su caso, de la garantía prestada, dando un plazo de diez días a contratista y avalista para audiencia y vista del expediente.

**DUODÉCIMO.-** El 21 de julio de 2011 la contratista presenta escrito oponiéndose a la resolución por su culpa, alegando que existen trabajos ejecutados que no se incluyeron en la certificación del mes de abril, y que no han recibido las certificaciones de los meses de mayo y junio, en donde deberían haberse recogido aquéllos. Además, alega que en mayo pasado la DT les comunicó que estaban procediendo a redactar un proyecto modificado, lo que paralizó la ejecución de las unidades de obra afectadas por la posibles modificaciones, sin que se les hubiera dado orden de continuación provisional de las obras; añade que el pasado 14 de junio recibieron la propuesta de dicho proyecto modificado para su consideración. Finaliza manifestando su predisposición a resolver el contrato de mutuo acuerdo con el Ayuntamiento, recuperando la garantía prestada.

**DECIMOTERCERO.-** El 29 de julio de 2011 los Directores Técnicos de la obra emiten informe en el que contestan a las alegaciones precedentes, expresando, en síntesis, lo ya indicado en su escrito de 14 de junio de 2011, añadiendo que el 28 de marzo emitieron un informe ordenando a la empresa seguir la ejecución de la obra conforme con el proyecto adjudicado. Respecto a los trabajos no certificados, señalan que se realizaron antes de mayo 2011, que son de escasa relevancia y que no están ejecutados al 100%, según el documento que adjuntan (en total, por un importe de 12.655,79 euros). Asimismo, señalan que no se ha comunicado nunca un

proyecto modificado, sino que se han resuelto ciertas soluciones constructivas aportando documentación gráfica en obra, relacionadas siempre con la no correspondencia entre el estudio geotécnico y el terreno. Reiteran que la obra lleva paralizada tres meses y que por eso los meses de mayo y junio se certificaron a cero.

**DECIMOCUARTO.-** El 17 de agosto de 2011 el Secretario del Ayuntamiento informa sobre las actuaciones a seguir y que por la DT se certifique el estado de la obra al día de la fecha para su liquidación. El 9 de septiembre de 2011 los Directores Técnicos informan que la obra sigue desprovista de operarios y jefe de obra desde el pasado mes de abril, y adjuntan propuesta de liquidación.

**DECIMOQUINTO.-** El 13 de septiembre de 2011 la Junta de Gobierno acuerda solicitar Dictamen preceptivo al Consejo Jurídico de la Región de Murcia y suspender el plazo máximo de tres meses para resolver y notificar la resolución del presente procedimiento. Asimismo, acuerdan notificar la propuesta de liquidación al contratista para que alegue lo procedente en el plazo de 10 días.

**DECIMOSEXTO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, remitiendo las actuaciones realizadas, conforme con lo expresado en los previos Antecedentes, adjuntando asimismo diversa documentación del expediente de contratación de las obras.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, por versar sobre una propuesta de resolución de un contrato administrativo a la que ha formulado su oposición el contratista, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 195.3, a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y 12.7 de la Ley regional 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.- Cuestiones formales y de procedimiento.**

I. Se advierte que el órgano consultante no ha foliado el expediente remitido, ni ha adjuntado el preceptivo extracto del mismo, requerido en caso de consulta a este Consejo Jurídico por el artículo 46 de su reglamento, aprobado por Decreto regional 15/1998, de 2 de abril.

II. El examen de las actuaciones remitidas permite afirmar que se han seguido los trámites sustanciales establecidos en la LCSP y normativa de desarrollo para este tipo de procedimientos de resolución de contratos administrativos.

Sin perjuicio de lo anterior, la propuesta de liquidación del contrato que asimismo obra en las actuaciones resulta prematura, pues, del artículo 222 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, (LCSP) se desprende que el procedimiento de liquidación del contrato de obras es posterior al de su resolución, debiendo luego de ésta el órgano de contratación proceder de acuerdo con lo establecido en dicho precepto, por lo que no procede incluir pronunciamiento alguno sobre este aspecto en el presente procedimiento resolutorio.

III. Conforme con lo establecido en reiterados Dictámenes de este Consejo (nº 90 y 213/2009, entre otros), el presente procedimiento está sujeto a un plazo de caducidad de tres meses, que fue suspendido a virtud del acuerdo reseñado en el Antecedente Decimoquinto, fundado en la solicitud del preceptivo y determinante Dictamen de este Consejo Jurídico (ex art. 42.5, c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, vid. Dictamen de este Consejo nº 40/2010, entre otros). Por ello, iniciado el procedimiento el 29 de junio de 2011 (Antecedente Séptimo), vencería, en principio el 29 de septiembre de 2011 (plazo contado de fecha a fecha, incluidos, pues, los días naturales), pero, al quedar suspendido el 13 de septiembre de 2011, una vez recibido el presente y reanudado el plazo, restarán 16 días naturales para dictar y notificar su resolución, so pena de quedar incurso en la indicada caducidad y, en tal caso, tener que proceder a su declaración, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar uno nuevo con el mismo objeto.

**TERCERA.- Procedencia de resolver el contrato por incumplimiento imputable al contratista de su obligación esencial de ejecutar las obras: el abandono de la obra.**

De los antecedentes reseñados se desprende que en el mes de mayo de 2011 el contratista deja de realizar obra alguna de las previstas en el proyecto adjudicado. Prescindiendo, por no obrar en el expediente, del informe de 28 de marzo de 2011, citado en el Antecedente Decimotercero, en el que los Directores Técnicos dicen que ordenaban a la empresa seguir la ejecución de la obra conforme con el proyecto adjudicado, lo cierto es que, por un lado, la propia empresa reconoce que hasta el 14 de junio no recibió un documento en el que se incluyeran partidas modificadas, por lo que no tenía justificación alguna la paralización de la obra hasta ese momento; pero, además,

resulta que, frente a lo alegado por la empresa, no consta que cuando se le remitió el documento con las modificaciones proyectadas (que, al contener nuevas unidades de obra no previstas en proyecto, según se desprende del mismo, debió haberse instrumentado como una formal modificación, ex art. 217.3 “*in fine*” LCSP) recibiera orden alguna de paralización de las obras y, desde luego, aun presumiendo que pudiera existir una tácita orden de suspensión en las nuevas unidades de obra recogidas en el referido documento (a fin de negociar los precios conforme al artículo 217 LCSP, pues no pueden ser impuestas unilateralmente por la Administración), ello no le autorizaba a dejar de ejecutar el resto de unidades no afectadas, abandonando las obras completamente. Y no sólo no ha demostrado que la entidad de las nuevas partidas imposibilitaba técnicamente toda ejecución de obra, sino que la escasa cuantía relativa de las modificaciones (51.747.02 euros en obras, y 4.602.09 euros en las instalaciones de caldera y aire, en el caso de que no se hubiera incluido nada sobre éstas en el proyecto adjudicado), permiten concluir que la indicada paralización total de obras no se encontraba en modo alguno justificada.

Ello se ratifica, a los efectos del procedimiento resolutorio que nos ocupa, con el hecho de que, una vez recibida en junio la propuesta de modificación de las indicadas partidas, la contratista no se ha pronunciado al respecto, persistiendo en su abandono de las obras, limitándose a oponerse a la resolución contractual a los únicos efectos prácticos de recuperar la garantía, proponiendo la resolución por mutuo acuerdo, dato concluyente sobre su voluntad de no proseguir las obras, ni siquiera rechazando las nuevas unidades de obra, para que pudieran ser contratadas separadamente por la Administración, conforme con el indicado precepto, y para continuar con el resto de las obras.

De todo ello se concluye que el contratista ha incumplido culpablemente la obligación esencial de todo contrato, que es ejecutar lo pactado, lo que le hace incurrir en la causa de resolución prevista en el artículo 206, d) y f) LCSP.

En cuanto a los efectos de la resolución contractual, de conformidad con lo establecido en el artículo 90.1, interpretado “*a sensu contrario*”, y el 208.4 LCSP, procede acordar la incautación y pérdida de la garantía prestada.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Procede declarar la resolución del contrato de referencia, por incumplimiento culpable de la contratista de su obligación esencial de ejecutar el contrato, con incautación y pérdida de la garantía prestada, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En los indicados extremos, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se dictamina favorablemente, sin perjuicio de lo indicado en la Consideración Segunda, II, sobre la propuesta de liquidación del contrato.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 209-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 17/10/2011

**Extracto de doctrina**

Debe coincidirse con la propuesta de resolución en la falta de acreditación de que la causa de los daños por los que se reclama sea el socavón que se advierte en las fotografías aportadas por el interesado, pues no existe informe policial o declaración de testigos sobre la existencia del accidente en el lugar al que aquél se refiere.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 30 de octubre de 2007 se presentó en el Ayuntamiento de Cartagena un escrito de x, en el que solicita a dicho Ayuntamiento una indemnización de 184 euros, por daños sufridos en su vehículo el 19 de octubre de 2007 cuando circulaba por la carretera que va desde el Polígono Industrial Cabezo Beaza a Torreciega, en Cartagena, impactando el vehículo con un socavón existente en dicha carretera, que estaba oculto por un charco de agua debido a la lluvia. Añade que por tal suceso se reventó la rueda delantera y trasera del lado izquierdo del vehículo, tal y como consta en la factura emitida por el taller que reparó el vehículo, que aporta, ascendiendo dichos daños a la citada cantidad de 184 €.

**SEGUNDO.-** En resolución de 24 de enero de 2008, el Concejal Delegado de Seguridad Ciudadana de dicho Ayuntamiento acordó inadmitir la reclamación, al no tratarse la vía en cuestión de una carretera municipal, sino autonómica, según el informe emitido al efecto. Además, acordó remitir el expediente a la Comunidad Autónoma, *“por ser la competente para su trámite”*.

**TERCERO.-** Mediante oficio de 15 de septiembre de 2008, la Jefa de Sección de Responsabilidad Patrimonial de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes comunica al reclamante que ha tenido entrada en la misma el expediente remitido por el citado Ayuntamiento, procediendo a tramitar un procedimiento de responsabilidad patrimonial, a cuyo efecto le requiere para que aporte determinada documentación.

**CUARTO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, fue emitido el 1 de octubre de 2008, en el que, tras indicar que la carretera a que se refiere el reclamante es competencia de la Comunidad Autónoma, expresa lo siguiente:

*A) No se tiene conocimiento del evento lesivo hasta la presente reclamación, por lo que no se puede confirmar la realidad y certeza del evento lesivo. Tampoco consta aviso de la Guardia Civil de Tráfico por este motivo ni en fechas próximas al supuesto accidente.*

*B) Dado que la carretera estaba señalizada, parece una actuación inadecuada del perjudicado.*

*C) En fechas próximas al siniestro no existía constancia de otros accidentes similares en el mismo lugar.*

*D) No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*

*E) No se puede determinar la imputabilidad de la responsabilidad a esta Administración o a otras administraciones, contratistas o agentes.*

*F) El día 3 de mayo de 2007 se realizó un bacheo en este tramo de carretera por aviso de la Guardia Civil de Tráfico, y el Excmo. Ayuntamiento de Cartagena colocó señales verticales advirtiendo del mal estado de la carretera. Desde esta fecha se ha bacheado continuamente este tramo de carretera, conservando la señalización colocada.*

*G) El tramo de carretera, con buena visibilidad. Se adjunta fotografía de la señalización colocada en este tramo de carretera:*

- Limitación de velocidad a 30 km./h.*
- Señal triangular de "otros peligros".*
- Cartel con texto: "Firme en mal estado".*

*H) No se pueden valorar los daños causados.*

*I) No existen aspectos técnicos para determinar la producción del daño.*

J) *El tramo de carretera en el que se ha producido el siniestro se corresponde con un resto de la carretera F-39.*”

**QUINTO.-** Mediante oficio de 27 de octubre de 2008 se otorga al reclamante trámite de audiencia y vista del expediente. El 18 de noviembre de 2008 el interesado presenta escrito adjuntando la documentación requerida en su día, no formulando alegaciones propiamente dichas.

**SEXTO.-** El 24 de febrero de 2011 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar no acreditados los hechos por los que se reclama, pues no hay informe policial ni testigos que ratifiquen lo alegado por el reclamante; además, se añade que del informe de la Dirección General de Carreteras se desprende que la Administración cumplió adecuadamente con su deber de señalización del mal estado de la calzada, al que debía haberse adecuado la conducción del interesado.

**SÉPTIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al interesado, por ser quien sufre los daños por los que reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria, en los términos que seguidamente se expondrán, similares a las que se expresaron en el Dictamen nº 44/2011, sobre

un caso análogo al presente.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ha de considerarse formulada contra la Administración regional fuera de dicho plazo, por las razones que siguen.

A la vista del expediente remitido, se advierte, en primer lugar, que el oficio de 15 de septiembre de 2008 reseñado en el Antecedente Tercero, por el que se acordó tramitar el presente procedimiento, incurrió en el error de considerar que, mediante la remisión del expediente realizada por el Ayuntamiento de Cartagena (previa su inadmisión de la reclamación, fundada en su falta de competencia sobre la carretera en la que ocurrió el accidente), la reclamación de referencia había de considerarse reformulada contra la Administración regional; ello no es así, pues tal mera remisión de documentación no tiene virtualidad jurídica para alterar la voluntad del reclamante, que fue reclamar frente al Ayuntamiento de Cartagena. El que éste no fuera competente sobre la conservación de la carretera en cuestión determina la desestimación de tal reclamación, por falta de la necesaria relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento de los servicios públicos municipales, ajenos al daño presuntamente producido; no procedía, por tanto, un pronunciamiento municipal de inadmisión de la reclamación, pronunciamiento que no tiene habilitación normativa para casos como el que nos ocupa.

A partir de lo anterior, se advierte que del escrito de la Jefa de Sección antes reseñado no se desprende voluntad alguna de iniciar de oficio esta clase de procedimientos (el mismo señala que el plazo máximo de resolución del procedimiento es de seis meses a contar desde que la reclamación del interesado al Ayuntamiento tuvo entrada en la Consejería, y no a contar desde tal escrito, como sería lo propio si se tratara de una iniciación de oficio), sino requerir determinada documentación al interesado (respecto de una reclamación que no se dirigía a la Administración regional). Considerando lo anterior, sólo cabe considerar formulada reclamación contra la Administración regional, de forma tácita o implícita, cuando el interesado cumplimenta el requerimiento de documentación realizado a virtud del referido oficio de septiembre de 2008, pues de tal cumplimentación se desprende su voluntad de reclamar indemnización a la Administración autonómica, lo que acaeció el 18 de noviembre de 2008 (Antecedente Quinto), resultando entonces que en tal fecha ya había transcurrido más un año desde la alegada fecha de producción del accidente (el 19 de octubre de 2007).

De lo anterior ha de extraerse, además, una consideración general, en el sentido de que cuando otra Administración remita documentación relativa a una reclamación de responsabilidad

patrimonial no dirigida a la Administración regional (aun habiendo resuelto la Administración remitente inadmitir la reclamación contra ella dirigida), el órgano encargado de la instrucción de esta clase de procedimientos puede, siempre que la acción resarcitoria no se considere prescrita frente a la Administración regional, bien proponer al órgano competente la iniciación de oficio del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial (art. 4.2 *“in fine”* y 5.2 RRP), bien devolver la documentación a la Administración remitente del expediente, fundado en el hecho de que del mismo no se desprende ninguna reclamación dirigida contra la Administración regional.

III. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo en lo que se refiere al plazo máximo para resolver, de seis meses.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Que el daño no se derive de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. Aplicado lo anterior a supuestos como el que nos ocupa, según la normativa vigente en materia de carreteras, a los poderes públicos competentes corresponde mantenerlas en las debidas condiciones de uso y seguridad, recayendo sobre la Administración titular de dichas vías la responsabilidad que corresponda en el supuesto de que, por omitir dichos deberes de mantenimiento y conservación, se produjeran daños a los usuarios.

En el caso concreto planteado, debe coincidir con la propuesta de resolución en la falta de acreditación de que la causa de los daños por los que se reclama sea el socavón que se advierte en las fotografías aportadas por el interesado, pues no existe informe policial o declaración de testigos sobre la existencia del accidente en el lugar al que aquél se refiere. Ante tal carencia probatoria, no puede afirmarse con la seguridad necesaria a estos efectos resarcitorios que exista una relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños en cuestión, por lo que procede desestimar la reclamación de referencia.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Administración regional, por ser extemporánea y por no acreditarse la existencia de la adecuada relación de causalidad, entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama, que es jurídicamente necesaria para determinar dicha responsabilidad, por las razones expresadas en las Consideraciones Segunda y Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente, sin perjuicio de que deba ser completada en lo relativo a la extemporaneidad de la reclamación, en los términos expresados en la Consideración Segunda, II, del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 210-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 17/10/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.

- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades en el tratamiento dado a 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada a x, según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrado por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dió traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que*

*demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que *“efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

“Paciente de 62 años.

Antecedentes personales: No alergias. Ex-fumador. Enolismo moderado-importante. HTA en tratamiento. Diabetes mellitus II en tratamiento con antidiabéticos orales. Cardiopatía isquémica, con IAM anteroseptal en Marzo-06, con hipocinesia apical y septal residual y con ergometría negativa posterior. Cirugía de osteocondroma en espina ilíaca anteroinferior derecha. Hemorroidectomía. Nódulo testicular derecho estudiado en Urología.

Enfermedad oncológica:

Diagnóstico: Carcinoma de hipofaringe T4N0M0 irresecable

Estadio: IV (T4 por invasión esofágica, NO MO)

Fecha del diagnóstico: Enero-07

Tratamiento de la neoplasia: Quimioterapia neoadyuvante con cisplatino-docetaxel, de la que se administraron 3 ciclos entre el 14/2/07 y el 28/3/07; tras el segundo ciclo, respuesta parcial, por lo que se iba a iniciar radioterapia concurrente a mediados de Abril-07.

Datos relativos a la administración de sobredosis de cisplatino:

Situación en el momento de la administración del tratamiento: Buen estado general, con respuesta parcial y mejoría de los síntomas de la neoplasia.

Fecha de administración: 28/3/07.

Dosis total prescrita: 150 mg iv.

Toxicidad aguda (máxima):

Digestivo: náuseas y vómitos grado 2.

Mielotoxicidad: neutropenia grado 2 (nadir: 400 neutrófilos); trombopenia grado 1 (nadir: 78000 plaquetas).

Ototoxicidad: hipoacusia grado 1 (audiometría: normal hasta 1000 Hz, con pérdida auditiva progresiva para frecuencias agudas).

Nefrotoxicidad: grado 2 (Creatinina máxima: 2.02), que precisó ingreso para hidratación y tratamiento, con recuperación completa.

Neurotoxicidad: no.

Otras toxicidades: Astenia grado 2; anorexia grado 3; hiperglucemia (abandono de hipoglucemiantes orales).

Ingreso hospitalario: sí

- Fechas: 4-11/4/2007.

- Diagnósticos: insuficiencia renal secundaria a cisplatino.

Emesis tardía grado 2 por quimioterapia. Ototoxicidad grado 1 por quimioterapia.

- Complicaciones sobreañadidas: no

- Evolución posterior y situación actual:

Evolución de la neoplasia: Tras la recuperación de la toxicidad, en la reevaluación de la enfermedad se objetivó respuesta parcial menor. Entre el 16/4 y el 7/6/07 se administró radioterapia (IOSE; 70 Gy) con cetuximab concomitante; toxicidad: mucositis grado 1, cutánea grado 1. Tras la radioterapia la neoplasia estaba en respuesta completa. En Noviembre-07, se demuestra recaída de la neoplasia en localización retrocricoidea con extensión al esófago superior, sin enfermedad a otro nivel, por lo que se planteó valoración quirúrgica al S<sup>o</sup> de Cirugía Esofágica del HUVA.

Estando pendiente de cirugía radical, el 7-Febrero-08 el paciente consulta en el S.<sup>o</sup> de Urgencias del HGU-Reina Sofía por disfagia severa, por lo que es derivado al S.<sup>o</sup> de Cirugía del HUVA. No disponemos en la historia clínica de más datos, pero figura como fallecido el día 13/3/2008, probablemente en relación con su neoplasia.

Toxicidad crónica o residual:

- Ototoxicidad: no.
- Nefrotoxicidad: no.
- Neurotoxicidad: no.
- Otras toxicidades: no.

Situación actual: Fallecido el 13/3/08

Juicio diagnóstico:

- Carcinoma epidermoide de hipofaringe T4N0 M0 irresecable, tratado con quimioterapia neoadyuvante y radioterapia concurrente con cetuximab
- Exitus laetalis”.

En la nota 2 del informe se hace referencia a que la valoración de la ototoxicidad se ha hecho con los datos disponibles en el Servicio, si bien es posible que existan datos adicionales en el Servicio de Otorrinolaringología.

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cistaplino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si

bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal del paciente por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 10 de noviembre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, de 3 de noviembre de 2009, de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presentó el paciente con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que en este caso no hay seguridad de que se realizara la sobredosis, si bien la fecha de administración del tercer ciclo (el 29 de marzo de 2007) coincide con el periodo en que se utilizó la doble concentración. También que los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su

conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de este paciente presentó como toxicidad aguda:

- Náuseas y vómitos grado 2.
- Mielotoxicidad: se recuperó de forma completa.
- Ototoxicidad: Hipoacusia grado 1.
- Nefrotoxicidad: que precisó hidratación parenteral e ingreso del 4 al 11 de abril de 2007 con recuperación completa posterior.
- Otras toxicidades: astenia grado 2, anorexia grado 3.

También expone, en cuanto a la toxicidad residual, que posteriormente se recuperó de la toxicidad y falleció el 13 de marzo de 2008 a consecuencia de su neoplasia.

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que valoró el daño causado en la cuantía de 916 euros.

Dicho importe se desglosa valorando un periodo de incapacidad temporal, que asciende a 1.526,21 euros por 8 días de ingreso hospitalario (a 61,97 euros diarios), 7 impeditivos (a 50,35 euros por día), y 25 no impeditivos (a 27,12 euros por día). El importe así obtenido se aminora en un 40%, es decir, en la cuantía de 610,48 euros por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino, resultando la cantidad de 915,73 euros a indemnizar a los herederos del afectado.

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cisplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta que los herederos del paciente formularan alegaciones, pese a que un representante compareció en las dependencias del órgano instructor para la retirada de la documentación correspondiente (folio 347), e incluso se presentó un escrito por x, y otros herederos del finado, incluida la cónyuge del fallecido, para que se les tuviera como partes interesadas en el presente procedimiento, solicitando posteriormente una ampliación del plazo para formular alegaciones y aportar pruebas contradictorias (folios 363 y ss.).

**DUODÉCIMO.-** Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**DECIMOTERCERO.-** La propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología

Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (611 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (305 euros), más los intereses legales correspondientes.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 9 de mayo de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que el paciente recibió ciclo de quimioterapia con Cisplatino en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor,*

*siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.*

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cistaplino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada

del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 10 de noviembre de 2009).

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

#### **CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un posible error de medicación en el suministro de medicación a 25 pacientes afectados de procesos oncológicos (una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino).

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica, en su informe de 24 de noviembre de 2009:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso “registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos”.

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis

del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación, etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el

del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el precitado informe de 10 de noviembre de 2009 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a pruebas de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

#### **QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

##### **I. Relación de causalidad.**

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”*.

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”* (informe de 10 de noviembre 2009). También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del

medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección “*en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%*” (informe de 3 de noviembre de 2009). De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador

por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, si no imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro, que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas

adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento. Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

**SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 916 euros al afectado, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Por parte de los herederos del afectado no se han presentado alegaciones, ni se ha cuestionado la cuantía indemnizatoria propuesta.

Encontrándose justificada la cuantía indemnizatoria fijada por el órgano instructor, salvo la aplicación de un coeficiente reductor del 40% por la toxicidad intrínseca del Cisplatino, frente al fijado en otros expedientes que versan sobre la misma actuación, lo que debe ser aclarado, este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente al afectado, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA**.- No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad (Consideración Quinta).

**TERCERA**.- La cuantía indemnizatoria se considera justificada, salvo la cuestión suscitada en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 211-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 17/10/2011

**Extracto de doctrina**

Frente a la mera presentación por la reclamante de cinco escritos de personas que expresaron ser testigos de los hechos y que ratifican lo afirmado por la interesada en su reclamación, la instrucción debió haber requerido la comparecencia de tales personas para cumplir así con los principios de inmediación y contradicción exigibles en esta prueba, lo que, en el presente caso requería, entre otros aspectos, ser interrogados por el instructor para que dieran razón de su presencia en el lugar de los hechos, así como para poder contestar a otras cuestiones que el instructor debiera haber realizado para llegar a la mayor convicción sobre la realidad de lo ocurrido. Limitarse a dar por suficientes unas declaraciones testificales aportadas por el mismo interesado (que, además, ratifican un indeterminado escrito que no es rubricado por el declarante), supone una irregular práctica de la prueba testifical, lo que redundará, en este caso, en perjuicio de la Administración, ya que, por el tiempo transcurrido (cuatro años desde tales declaraciones), no parece lógico citar ahora a tales testigos, de forma que la Administración ha de tener ya por cierto lo alegado por la reclamante a virtud de las indicadas declaraciones (art. 80.2 LPAC).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 09/03/2007 se presentó un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial formulado por x, dirigida a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, solicitando indemnización por los daños ocasionados al vehículo matrícula --, cuando el 25 de febrero de 2007 circulaba por el km. 2 de la carretera MU-530, dirección de Archena a Mula, y la rueda derecha impactó con un socavón existente en la misma, quedando aquélla completamente inservible. Solicita indemnización por los daños materiales y por la pérdida de un día de trabajo.

Adjunta fotografías del lugar de los hechos, de su DNI y documentación del vehículo.

**SEGUNDO.-** Mediante oficio de 20 de abril de 2007 se admite a trámite la reclamación, requiriendo a la interesada la subsanación y mejora de ciertos aspectos. Dicho requerimiento fue cumplimentado mediante escrito presentado el 4 de junio de 2007, al que adjunta diversa documentación, entre la que destacan dos facturas de sendos talleres de vehículos, por importe de 95,57 y 49,89 euros, y cinco escritos, de 4 de junio de 2007, de personas que dicen ser testigos de

los hechos, en los que vienen a ratificar lo expresado *“en la declaración de x adjunta, con referencia al accidente sufrido el pasado 25 de febrero del presente año”*.

En el escrito de la reclamante, solicita el abono del importe de las dos facturas reseñadas más 78 euros por desplazamientos en taxi y 75 euros por jornada laboral perdida, ascendiendo todo ello a 298,46 euros.

**TERCERO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, fue emitido el 26 de abril de 2010, en el que expresa lo siguiente:

*“La carretera MU-530, hoy con nueva denominación RM-530, donde según la reclamante ocurrió el accidente, pertenece a la red de carreteras administrada por esta Comunidad Autónoma.*

*En la fecha indicada cuando se indica tuvo lugar el accidente, no desempeñaba puesto alguno de responsabilidad en la conservación de esta carretera.*

*Recabada información sobre la situación en la que se encontraba el firme en cuanto a los motivos del accidente, no ha sido posible encontrar la información necesaria para poder informar correctamente.*

*Las fotografías aportadas por la reclamante no expresan con la claridad suficiente para poder informar si la posible causa del accidente tuvo el motivo en el deterioro del pavimento que se observa en las mismas.*

*Este tramo de la carretera ha sido objeto de obras de mejora.”*

**CUARTO.-** Solicitado informe al Parque de Maquinaria de la citada Dirección General, fue emitido el 16 de septiembre de 2010, en el que, en síntesis, se manifiesta que el importe declarado en las facturas de reparación del vehículo es correcto.

**QUINTO.-** Con fecha 19 de noviembre de 2010 se acuerda un trámite de audiencia y vista del expediente, sin que conste la comparecencia ni presentación de alegaciones por la reclamante.

**SEXTO.-** El 3 de enero de 2011 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que las declaraciones testificales aportadas prueban la producción del daño y la causa de éste en la existencia del socavón y la Administración no ha aportado prueba en contra frente a la presentada por la reclamante, ni la existencia de señalización

de limitación de velocidad, ni la pronta intervención del Servicio de Conservación, ni la imposibilidad técnica de que el socavón pudiera producir el daño alegado.

**SÉPTIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, según la póliza del seguro obligatorio del vehículo, la reclamante es propietaria del mismo (en el permiso de circulación figura otra persona y la expresión “y otro”), no constando ninguna reclamación interpuesta por el titular que aparece identificado en el permiso de circulación que pudiera dar lugar a una eventual duplicidad indemnizatoria.

La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria y ser de su titularidad la vía en la que ocurrieron los hechos que fundan la reclamación.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ha de considerarse formulada dentro de dicho plazo, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación.

III. Por lo que se refiere al procedimiento, cabe señalar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo en lo que se refiere al plazo máximo para resolver, de seis meses, y a la defectuosa práctica de la prueba testifical, si bien dado el tiempo transcurrido no se considera procedente su subsanación.

En efecto, frente a la mera presentación por la reclamante de cinco escritos de personas que expresaron ser testigos de los hechos y que ratifican lo afirmado por la interesada en su reclamación, la instrucción debió haber requerido la comparecencia de tales personas para cumplir así con los principios de inmediación y contradicción exigibles en esta prueba, lo que, en el presente caso requería, entre otros aspectos, ser interrogados por el instructor para que dieran razón de su presencia en el lugar de los hechos, así como para poder contestar a otras cuestiones que el instructor debiera haber realizado para llegar a la mayor convicción sobre la realidad de lo ocurrido. Limitarse a dar por suficientes unas declaraciones testificales aportadas por el mismo interesado (que, además, ratifican un indeterminado escrito que no es rubricado por el declarante), supone una irregular práctica de la prueba testifical, lo que redundará, en este caso, en perjuicio de la Administración, ya que, por el tiempo transcurrido (cuatro años desde tales declaraciones), no parece lógico citar ahora a tales testigos, de forma que la Administración ha de tener ya por cierto lo alegado por la reclamante a virtud de las indicadas declaraciones (art. 80.2 LPAC).

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Que el daño no se derive de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. Aplicado lo anterior a supuestos como el que nos ocupa, según la normativa vigente en materia de carreteras, a los poderes públicos competentes corresponde mantenerlas en las debidas condiciones de uso y seguridad, recayendo sobre la Administración titular de dichas vías la responsabilidad que corresponda en el supuesto de que, por omitir dichos deberes de mantenimiento y conservación, se produjeran daños a los usuarios.

En el caso concreto planteado, acreditada, según lo dicho en la Consideración anterior, la realidad y causa del accidente, debe concluirse en la existencia de una falta del deber de conservación o señalización de carreteras regionales, por lo que sólo resta determinar los daños que pueden considerarse acreditados.

Así, y frente a la propuesta de resolución, que admite todos los conceptos alegados por la reclamante, sólo procede tener por probados los daños sufridos por el vehículo, según las facturas aportadas y ratificadas por el Parque de Maquinaria, no así los gastos por desplazamiento de taxi y por jornada laboral perdida, por ser conceptos faltos de toda prueba. En consecuencia, procede indemnizar en la cantidad de 145.46 euros (95.57 más 49.89), actualizada conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Existe la adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de conservación y señalización de carreteras de su titularidad y determinados daños por los que se reclama indemnización, conforme con lo expresado en la Consideración Tercera del presente Dictamen, debiendo reconocerse la indemnización señalada en dicha Consideración, con estimación parcial de la reclamación en este punto.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es estimatoria total de la reclamación, se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 212-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

**Fecha** 24/10/2011

**Extracto de doctrina**

El Consejo Jurídico considera un funcionamiento anómalo del servicio público docente el hecho de que un alumno pueda jugar con piedras o las maneje durante el recreo escolar (Dictamen núm. 113/2004, entre otros muchos).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Obra en el expediente un informe de 13 de octubre de 2010, del Director del Centro de Educación Infantil y Primaria “*Joaquín Tintero*”, de Águilas, sobre el accidente escolar acaecido en dicho centro el 5 de octubre anterior, en el que manifiesta que *"Durante el recreo cayó un balón a un árbol, junto al vallado del colegio, una alumna cogió piedras para intentar bajar el balón y al estar muy cerca del vallado salieron al exterior causando daños al vehículo descrito"*, refiriéndose al turismo marca Volkswagen Passat matrícula --.

**SEGUNDO.-** Mediante escrito de 27 de octubre de 2010, x formuló reclamación de responsabilidad patrimonial por tales hechos, solicitando una indemnización de 577,91 euros. En concreto, manifiesta que *"Mi coche sufrió abolladuras como consecuencia del lanzamiento de piedras desde el patio del colegio"*.

A la citada reclamación, el interesado acompaña diversa documentación, entre la que destaca un parte de accidente formulado por la Policía Local de Águilas en el que hace constar, mediante reportaje fotográfico adjunto, los daños sufridos el 5 de octubre de 2010 por el citado vehículo, consignando como *"personas implicadas"*, además de al reclamante, al Director del citado centro escolar, y a un testigo, sin mayor concreción de los hechos.

**TERCERO.-** Con fecha de 16 de noviembre de 2010, el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo dicta resolución admitiendo a trámite la reclamación de

responsabilidad patrimonial, designando instructora del procedimiento y requiriendo diversa documentación al interesado, siéndole notificada dicha resolución.

**CUARTO.-** Solicitado informe al Director del Colegio sobre los hechos, fue emitido con fecha 25 de noviembre de 2010, expresando lo siguiente:

*“El colegio está rodeado de un patio muy grande e irregular, separado por una pequeña valla delimitando la zona del patio destinada a los alumnos de infantil, y un pequeño muro de una altura de 1 metro aproximadamente que lo separa de la calle, se adjunta plano descriptivo de la situación del patio; este patio está cubierto en su mayoría por piedras de pequeño tamaño tipo chinarro. El centro cuenta en la actualidad con 558 alumnos. (...)*

*El día 5 de octubre de 2010, aproximadamente sobre las 11.50 horas de la mañana, unos niños de infantil jugaban con una pelota en el patio del centro destinado a ellos, en el transcurso del juego la pelota salió fuera del recinto de infantil y se enganchó en una rama de uno de los árboles situado en el patio destinado a mayores, árbol que era colindante con el muro que separa el patio de la calle. Los niños de infantil llamaron a los mayores para que les devolvieran la pelota y una niña se dirigió al árbol para bajar el balón y al ver que no podía bajarlo se agachó cogiendo unas cuantas piedras del chinarro del suelo y las lanzó hacia la pelota para que al golpearla cayera al suelo, con tan mala fortuna que algunas de las piedras cayeron a la calle golpeando supuestamente a un coche que había aparcado junto al muro que separa el patio de la calle”. (...)*

*Este incidente es un hecho aislado, imposible de evitar por ser producto del acto reflejo de la alumna. Las piedras no iban dirigidas a la calle, sino al árbol.”*

**QUINTO.-** Mediante escrito presentado el 1 de diciembre de 2010, el interesado aportó la documentación requerida, entre ella el permiso de circulación del vehículo, a nombre de x.

**SEXTO.-** Por oficio de 16 de diciembre de 2010 se requirió al reclamante para que completase la documentación aportada y acreditación de su representación de la titular del vehículo, lo que fue cumplimentado por éste mediante escrito presentado el 28 de diciembre de 2010, destacando, además del documento acreditativo de tal representación, factura de reparación del vehículo, de 27 de diciembre de 2010, por importe de 577,91 euros.

**SÉPTIMO.-** Solicitado informe al Parque Móvil Regional para que se pronunciara sobre si los precios indicados en la factura aportada por el interesado correspondiente a la reparación del

vehículo se ajustaban a valores de mercado, el 11 de enero de 2011 emitió informe en sentido favorable.

**OCTAVO.-** Mediante oficio de 21 de enero de 2011 se acordó un trámite de audiencia y vista del expediente para el interesado, presentando éste un escrito el 13 de febrero de 2011 en el que manifiesta haber aportado ya todos los documentos necesarios para la resolución de la reclamación.

**NOVENO.-** El 24 de febrero de 2011 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar existente la necesaria relación de causalidad entre el daño producido, que el interesado no tiene el deber jurídico de soportar, y el funcionamiento de los servicios educativos regionales.

**DÉCIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al interesado, en representación de la titular del vehículo, por ser quien sufre los daños por los que reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ha de considerarse formulada contra la Administración regional dentro de dicho plazo, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación.

III. En cuanto al procedimiento, se han seguido, en lo esencial, los trámites aplicables a esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

El presente supuesto versa sobre una reclamación de daños por parte de un tercero ajeno al servicio público educativo, atribuyéndolos a la acción de unos alumnos de un centro público escolar que arrojaron unas piedras desde el interior del recinto, produciendo un impacto sobre el techo de su vehículo. El supuesto es sustancialmente análogo al abordado en nuestro Dictamen nº 235/2010, de 24 de noviembre, por lo que hemos de reiterar lo allí expresado.

Así, como señalábamos en dicho Dictamen, hemos de partir de la consideración de que la Administración tiene el deber de responder de los daños que se produzcan a terceros derivados de acciones que tienen lugar en los centros de su titularidad, especialmente cuando el perjudicado se encuentra en una situación ajena a lo que es la actividad propia educativa del centro (Dictamen del Consejo Estado núm. 1.470/99, de 27 de mayo, y del Consejo Jurídico núms. 106/01 y 28/02, entre otros).

Presupuesto para ello es determinar la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 LPAC: *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*. Además, el apartado 2 de dicho artículo establece que el daño habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Acreditada la realidad del daño material producido al vehículo, procede verificar si es imputable al funcionamiento, sea normal o anormal, del servicio público educativo, atendiendo a los siguientes aspectos: la procedencia del objeto causante del daño; si el hecho se produjo durante la

realización de actividades escolares organizadas por el Centro; su previsibilidad en relación con las medidas de seguridad exigibles en sus instalaciones y, por último, la falta o no de vigilancia y control por parte de profesores. En cuanto a la carga de la prueba corresponde al reclamante acreditar la relación de causalidad (art. 217 LEC), aunque esta afirmación debe ser modulada en función de la mayor disponibilidad y facilidad de medios probatorios (Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 1999) con los que cuenta el centro escolar del que procedían las piedras y los presuntos causantes del lanzamiento.

1. En cuanto a la procedencia de las piedras, del informe del Director del centro y del parte de accidente de la Policía Local de Águilas se desprende que las piedras que impactaron con el vehículo propiedad del reclamante provenían del patio del centro escolar.

2. También se ha probado que se produjo durante el desarrollo de actividades escolares que se realizan en el centro y así lo señala su Director cuando afirma que fue durante el recreo.

3. En relación con las medidas de seguridad exigibles en las instalaciones escolares, el Consejo Jurídico considera un funcionamiento anómalo del servicio público docente el hecho de que un alumno pueda jugar con piedras o las maneje durante el recreo escolar (Dictamen núm. 113/2004, entre otros muchos), so pena de que exista una vigilancia del profesorado tan intensa que impida que se produzcan hechos como el acaecido, lo que resulta extremadamente difícil. A esta circunstancia cabe adicionar que en los hechos del caso se evidencia que la vigilancia desplegada por el personal encargado de los alumnos no pudo evitar la conducta de la causante del daño presumiblemente por el gran tamaño de la parcela y la longitud del vallado, según se desprende del informe del Director del centro escolar.

Acreditados los aspectos señalados, de los que se infiere la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público educativo y el daño material alegado, cabe considerar, además, que el reclamante no tiene el deber jurídico de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), por lo que se cumplen los presupuestos exigidos legalmente para estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

4. Por último, ha de aceptarse la valoración del daño, por cuanto el Jefe de Taller del Parque Móvil afirma que los desperfectos por los que se reclama y el coste de su reparación son ajustados a valores de mercado, aceptándose, pues, el importe reclamado, más la actualización que corresponda conforme con lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, estimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial, al ser adecuadamente imputables al funcionamiento del servicio público docente los daños producidos, que el reclamante no tiene el deber jurídico de soportar.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 213-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	24/10/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.

- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada al afectado x, según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrado por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dió traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino , a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que*

*demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que *“efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 60 años.*

*Antecedentes Personales: No alergias. Hipertensión arterial. Gota úrica. Exfumador.*

*Enfermedad Oncológica:*

*Diagnóstico: Adenocarcinoma de esófago distal, irresecable.*

*Estadio: T4 Nx M1 (hepáticas) (IV).*

*Fecha del diagnóstico: Diciembre-2006*

*Tratamiento de la neoplasia: El paciente fue intervenido quirúrgicamente el 11/12/2006 mediante gastrectomía, extirpación de la lesión tumoral y esofagoyeunostomía, quedando enfermedad residual irresecable en el hiato esofágico. Fue remitido a nuestro Servicio para tratamiento. En la ampliación del estudio de extensión se objetivaron lesiones hepáticas múltiples compatibles con metástasis, si bien la punción solamente concluyó alta sospecha (no diagnóstico definitivo) de las mismas. El día 14/2/07 se administró primer ciclo de quimioterapia con esquema CDDP-5FU (cisplatino: 75 mg/m<sup>2</sup> iv, día 1; 5FU: 1000 mg/m<sup>2</sup>/día x 5 días, cada 21 días). Se continuó QT con el mismo esquema por dos ciclos más, el 7/3/08 y el 28/3/08. Toxicidad de los dos primeros ciclos: emesis grado 2, diarrea grado 1, no toxicidad hematológica relevante.*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de cisplatino:*

*Situación en el momento de la administración del tratamiento: Buen estado general. ECOG*

*1.*

*Fecha de administración: 28/3/2007*

*Dosis total de cisplatino prescrita: 139 mg iv.*

*Toxicidad aguda (máxima):*

*- Digestivo: náuseas grado 2, estreñimiento grado 2*

*- Mielotoxicidad: neutropenia grado 4 (nadir: 400 S), sin fiebre asociada; trombopenia grado 3 (nadir: 27000), que no precisó transfusión de plaquetas; anemia grado 2, que requirió transfusión de hematíes.*

*- Ototoxicidad: grado 2 (audiometría: hipoacusia perceptiva bilateral; 30 dB de pérdida en frecuencias graves y medias; 60 dB de pérdida en frecuencias agudas).*

*- Nefrotoxicidad: insuficiencia renal grado 2 (Creatinina máxima: 3.04 mg/dL), que requirió ingreso hospitalario, con recuperación completa al alta.*

*- Neurotoxicidad: no.*

*- Otras toxicidades: astenia y anorexia grado 2*

*Ingreso hospitalario: sí.*

*- Fechas: 4-13/4/2007*

*Diagnósticos: Insuficiencia renal. Ototoxicidad. Neutropenia grado 4. Plaquetopenia.*

*Complicaciones sobreañadidas: no.*

*Evolución posterior y situación actual:*

*Evolución de la neoplasia: Tras el ingreso se reanudó el tratamiento con QT, si bien dado el episodio de insuficiencia renal, se sustituyó el cisplatino por carboplatino. Tras dos ciclos más de CBPA-5FU, en Julio-07 se inició tratamiento con paclitaxel semanal, que se mantuvo hasta Abril-08 (toxicidad: neuropatía grado 1). El paciente ha mantenido buen estado general y en las*

reevaluaciones sucesivas se ha demostrado repuesto casi completo de la neoplasia, con persistencia de lesiones hepáticas milimétricas de etiología dudosa, y con PET-TC que no muestra captaciones tumorales. En Mayo-08, tras nueva reevaluación, ante la buena respuesta al tratamiento y el riesgo de progresión locorregional alto, se ha decidido la administración de radioterapia locorregional, de la que está pendiente.

*Toxicidad crónica o residual:*

- *Ototoxicidad: no.*
- *Nefrotoxicidad: no.*
- *Neurotoxicidad: no.*
- *Otras toxicidades: no.*

*Situación actual: Buen estado general, con ECOG 1, y con enfermedad neoplásica en respuesta. Está pendiente de iniciar radioterapia.*

*Juicio Diagnóstico:*

- *Adenocarcinoma de esófago distal, cT4 Nx Mx (dudosas hepáticas) en respuesta completa tras tratamiento con quimioterapia.*

- *Toxicidad por cisplatino residual: no".*

En la nota 2 del informe se hace referencia a que la valoración de la ototoxicidad se ha hecho con los datos disponibles en el Servicio, si bien es posible que existan datos adicionales en el Servicio de Otorrinolaringología.

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cistaplino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal del paciente por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre hechos recogidos en el procedimiento, el informe de 29 de marzo de 2010 se centra en los efectos adversos que presentó el paciente con ocasión de la dispensación del medicamento; refiere que en este caso el tercer ciclo suministrado el 28 de marzo de 2007 coincide con el periodo en que se utilizó la doble concentración. También que los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de este paciente presentó como toxicidad aguda:

*“-Digestiva: náuseas grado 2, estreñimiento grado 2.*

*- Mielotoxicidad: neutropenia grado 4, trombopenia grado 3, anemia grado 2, que se resolvió.*

*- Ototoxicidad: audiometría 9/4/07: hipoacusia perceptiva bilateral; 30 dB de pérdida en frecuencias graves y medias; 60 dB de pérdida de frecuencias agudas.*

*- Nefrotoxicidad: que requirió ingreso hospitalario entre el 4/4/07 y el 13/4/2007 con recuperación completa al alta”.*

Finalmente, señala que el paciente no presentó toxicidad residual por Cisplatino.

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que valoró el daño causado en la cuantía de 1.037 euros.

Dicho importe se desglosa valorando un periodo de incapacidad temporal, que asciende a 1.595,91 euros por 10 días de ingreso hospitalario (a 61,97 euros diarios), 7 improductivos (a 50,35 euros por día), y 23 no improductivos (a 27,12 euros por día). El importe así obtenido se aminorar en un 35%, es decir, en la cuantía de 558,57 euros por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino.

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cisplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación

adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta que el paciente formulara alegaciones.

**DUODÉCIMO.-** Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**DECIMOTERCERO.-** La propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (691,33 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (345,66 euros), más los intereses legales correspondientes.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 9 de mayo de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que el paciente recibió ciclo de quimioterapia con Cisplatino en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cistaplino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

#### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de sistemas de utilización a prueba de errores.

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un error de medicación, al suministrar a determinados pacientes afectados de procesos oncológicos una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino.

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica en otros informes obrantes en expedientes que versan sobre los mismos hechos:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso "registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos".

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación, etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según

el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así se reconoce por la Inspección que destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de

medicamentos a pruebas de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

#### **QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

##### I. Relación de causalidad.

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”*.

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”* (informe de 17 de diciembre de 2009 obrante en otros expedientes de contenido similar). También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección *“en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%”*. De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, si no imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro, que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento. Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el

Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

### **SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 1.037 euros al afectado, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Por parte del afectado no se han presentado alegaciones, ni se ha cuestionado la cuantía indemnizatoria propuesta.

Encontrándose justificada la cuantía indemnizatoria fijada por el órgano instructor, salvo la aplicación de un coeficiente reductor del 35% por la toxicidad intrínseca del Cisplatino, frente al fijado en otros expedientes que versan sobre la misma actuación (21%), que debe ser motivado, este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente al afectado, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición

ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA.-** No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad (Consideración Quinta).

**TERCERA.-** La cuantía indemnizatoria se considera justificada, salvo la cuestión suscitada en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 214-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por su no contratación como Ingeniero Técnico en Informática de Gestión por la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos
<b>Consultante</b>	Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas (2008)
<b>Fecha</b>	24/10/2011

**Extracto de doctrina**

Existe un concierto de voluntades en llevar a buen término la contratación laboral, que sólo como consecuencia exclusiva del proceder administrativo y pese a reunir todos los requisitos y haber acreditado su capacidad, superando el proceso selectivo y ajustando su conducta a los actos de la Administración, el hoy reclamante se ve privado de todo derecho, por una acción - mejor inacción- de la Administración regional, que no se ajusta a las exigencias derivadas del principio de la protección de la confianza legítima.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 1 de diciembre de 2010, x presenta escrito ante la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas en el que, en síntesis, manifiesta que el 22 de septiembre anterior fue seleccionado para su contratación como Ingeniero Técnico en Informática de Gestión para prestar servicios en el Servicio de Atención al Ciudadano de la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos de la citada Consejería, al amparo de una subvención del Programa de Fomento del Empleo Público Local, Institucional y de Entidades sin ánimo de lucro, convocada por Resolución del Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación (SEF), de 28 de diciembre de 2009.

Según el interesado, el período de contratación abarcaba desde el 1 de octubre de 2010 al 30 de junio de 2011. Sin embargo, a la fecha del escrito, el 1 de diciembre de 2010, aún no ha sido llamado para la firma del contrato, a pesar de haber rechazado ofertas de trabajo durante dicho período y haber cambiado de residencia para poder desempeñar su labor.

Solicita, en consecuencia, que se proceda de inmediato a la formalización del contrato y, de no ser así, que se le indemnice por el grave quebranto económico y laboral sufrido, desde el 1 de octubre de 2010 al 30 de junio de 2011.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, se designa instructora, quien procede a requerir al interesado para que mejore la solicitud concretando el importe de las indemnizaciones reclamadas y señalando los medios de prueba que propone.

Dichas actuaciones son notificadas al interesado el 20 de enero de 2011.

**TERCERO.-** Recabado el preceptivo informe del Servicio de Régimen Interior de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, como unidad a la que se imputa el daño, se informa que la Secretaría General de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, a propuesta de la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos, solicita una subvención para financiar el coste salarial derivado de la contratación de un Ingeniero Técnico en Informática de Gestión para el Servicio de Atención al Ciudadano de la indicada Dirección General, al amparo de la Orden de 11 de diciembre de 2009, del Presidente del SEF, por la que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones correspondientes a los programas de Iniciativas de Desarrollo Rural y de Empleo Local e Institucional y entidades sin ánimo de lucro.

Concedida la subvención por Resolución del Director General del SEF de 26 de mayo de 2010, se procede a la selección del candidato, conforme a lo establecido en los artículos 25 y 26 de la indicada Orden de bases generales. En su virtud, el SEF realiza una preselección entre demandantes de empleo, quienes son valorados por una Comisión de Selección designada por la Administración regional. Este órgano selecciona a dos candidatos, ocupando el hoy reclamante el primer lugar de los dos seleccionados.

De forma simultánea a la selección, se desarrolla el expediente de la contratación y con fecha 29 de septiembre de 2010, la Intervención Delegada de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, formula reparos al contrato propuesto, alegando básicamente lo siguiente:

- El incumplimiento de las normas de selección de personal laboral establecidas en la normativa vigente de función pública.
- La indeterminación de la obra o servicio propuesto.
- La ausencia de delegación de la Consejera de Economía y Hacienda en la Directora General de Presupuestos.

- El error en el prorrateo de las retribuciones semestrales de los futuros contratados.
  
- La inadecuación del crédito propuesto.

Planteada discrepancia por la Secretaría General de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, es estimada el 1 de diciembre de 2010 por la Intervención General, que, no obstante, informa desfavorablemente la contratación al formular nuevos reparos (haberse superado la fecha prevista de inicio de la actividad, insuficiente justificación de la calificación del contrato laboral como de obra o servicio, omisión de motivación del acto de selección, y no acreditar la existencia de crédito adecuado y suficiente para hacer frente a las obligaciones derivadas de la suscripción del contrato).

**CUARTO.-** Con fecha 27 de enero de 2011, emite informe la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos, según la cual *“este centro directivo ha llevado a cabo las actuaciones oportunas, en tiempo y forma, tendentes a la contratación del hoy reclamante, sin que se haya podido formalizar por circunstancias acontecidas en la tramitación, que han impedido la formalización del contrato y, por tanto, que este se encuentre vigente y despliegue sus efectos (STS 17 de noviembre de 1997), siendo por tanto hasta ese momento una mera expectativa de trabajo, que no ha llegado a realizarse”*.

**QUINTO.-** El 15 de marzo, presenta el interesado escrito de alegaciones en el que señala que las retribuciones que habría percibido de haberse podido formalizar el contrato habrían ascendido a 15.868,74 euros, que reclama en concepto de lucro cesante, cantidad a la que habría de sumarse el coste del alquiler de una vivienda en Murcia (4.800 euros). Asimismo, afirma que rechazó una oferta laboral efectuada por una empresa que le hubiera supuesto una retribución de 12.000 euros, cantidad que reclama de forma subsidiaria a la principal de 15.868,74 euros.

Adjunta a sus alegaciones copia de la siguiente documentación: a) propuesta de contrato laboral firmada por el Secretario General de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas; b) declaración del gerente de una empresa que manifiesta haber ofrecido al hoy reclamante un puesto de trabajo que rechazó debido a su prevista incorporación a la Comunidad Autónoma; y c) contrato de arrendamiento de vivienda.

**SEXTO.-** Conferido trámite de audiencia al interesado, presenta nuevo escrito de alegaciones para ratificar las formuladas con anterioridad y su pretensión indemnizatoria. Asimismo considera que no era portador de una mera expectativa de trabajo, pues hubo de superar un proceso selectivo, cambiar de domicilio, perdió otro trabajo y estuvo al menos dos meses

esperando ser contratado por indicación de la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos, que debía haberse cerciorado de la existencia de crédito presupuestario con el que sufragar el contrato.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 3 de mayo de 2011, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no consta la producción de un daño efectivo al interesado, quien tan sólo tenía una mera expectativa de contratación, no un derecho a ser contratado por la Administración regional.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 20 de mayo de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al reclamante, en cuanto reclama indemnización por daños que alega haber sufrido por causa de no haber sido contratado por la Administración regional.

La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse a su actuación los daños por los que se reclama indemnización.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no hay objeciones que oponer, considerando que el hecho que el interesado estima lesivo de sus derechos (el tácito desistimiento por parte de la Administración regional del procedimiento administrativo tendente a la contratación laboral de referencia), se produce a partir del 1 de diciembre de 2010.

III. En cuanto al procedimiento, cabe señalar que, en lo esencial, se han seguido los trámites legales y reglamentarios aplicables.

### **TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial.**

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. El reclamante imputa la producción de los daños por los que reclama indemnización al hecho de no llegar a ser contratado por la Administración regional, a pesar de haber sido previamente seleccionado y propuesto a tal efecto por la misma. Dichos daños los cifra en el salario que hubiera percibido de llegarse a realizar tal contratación, que asciende a 15.868,74 euros, más el importe de las rentas del arrendamiento de una vivienda en Murcia, por importe de 4.800 euros.

Sin perjuicio de lo anterior, y con carácter subsidiario, el reclamante también hace referencia a los perjuicios económicos derivados del rechazo de una oferta para trabajar en una empresa, que cuantifica en 12.000 euros.

**CUARTA.- La causa de la contratación laboral y sus efectos en materia de responsabilidad patrimonial.**

Antes de entrar en el análisis de los concretos elementos de la responsabilidad patrimonial, las peculiaridades del supuesto sometido a consulta exigen una consideración detenida acerca del contrato laboral a cuya no formalización se imputa el daño, pues su estrecha relación con la actividad administrativa de fomento del empleo incide sustancialmente en la determinación del alcance del daño y modula las consecuencias de la frustración de las expectativas laborales generadas en el interesado.

I. El fomento del empleo como causa primordial del contrato de trabajo.

En efecto, en la base de la contratación de constante referencia se encuentra la participación de la Administración regional en un programa de fomento del empleo que subvenciona los costes laborales de la contratación de desempleados por parte de entidades y organismos públicos. Y esta participación condiciona aspectos tan sustanciales del contrato como la prestación de trabajo que constituye su objeto e, incluso, la selección de los futuros trabajadores.

En cuanto a las actividades que han de constituir la prestación de trabajo, además de las características que han de reunir conforme al artículo 21 de la Orden de bases generales, han de comenzar siempre en el año de convocatoria de la subvención, en un plazo no superior a 45 días desde la concesión de aquélla y siempre antes del 1 de diciembre de ese mismo año (art. 9 de la Orden de bases). La duración de los contratos no podrá ser superior a nueve meses ni inferior a seis.

Por lo que respecta a la selección, el artículo 25 de la indicada Orden establece que los trabajadores a contratar habrán de ser desempleados inscritos en las Oficinas de Empleo del SEF. Una vez aprobado el proyecto de obras o servicios a realizar para el que se concede la subvención, la entidad beneficiaria debe elaborar una oferta de empleo de carácter genérico que presenta a la Oficina de Empleo y le solicita la preselección de candidatos.

De conformidad con el artículo 26.2 de la Orden de bases, una vez preseleccionados los candidatos por la Oficina de Empleo, la entidad beneficiaria procederá a la selección final de los mismos, estableciendo los procedimientos a utilizar para ello, que deberán estar informados por los principios de publicidad, objetividad e imparcialidad.

Las entidades beneficiarias *“contratarán a los trabajadores que finalmente hayan seleccionado”* utilizando la modalidad de contrato de duración determinada de interés social, que deberá formalizarse por escrito (art. 26.3 Orden de bases). Los modelos específicos para instrumentar los contratos se facilitarán por la Oficina de Empleo y *“necesariamente incluirán la identificación del proyecto que figure en la resolución de concesión de la subvención”*.

Así pues, cuando la Administración regional propone la contratación del hoy reclamante lo hace con sometimiento a una acción de fomento del empleo, lo que implicaba que, para que la Consejería pudiese obtener la subvención para la contratación del interesado (sin la cual no parece dudoso que la contratación no hubiese tenido lugar), tenía que realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamentaba la concesión de la subvención.

Ese condicionamiento conlleva, además, aceptar ciertas limitaciones en cuanto al tipo y objeto del contrato y someterse a un procedimiento *“ad hoc”* de selección de la persona a contratar, cuya justificación reside en que no se trata de seleccionar a un trabajador para el desempeño de un puesto de la estructura organizativa permanente del ente beneficiario de la subvención, sino uno creado también *“ad hoc”* en atención a los fines que con esa acción coyuntural de fomento se trataban de alcanzar, entre los que se encontraba el de suministrar colocación a determinados desempleados, fin éste que se convierte así en causa primordial de la contratación.

Y es precisamente esta estrechísima vinculación entre subvención y contrato la que permite efectuar una selección de personal laboral temporal de la Administración al margen de los procedimientos ordinarios establecidos al efecto por Orden de 27 de julio de 2001, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se regula la selección de personal interino y laboral temporal de la Administración Pública Regional, norma a la que de modo necesario debería haber acudido la Consejería de Presidencia para contratar a un empleado público, de no ser por la excepción que la medida de fomento del empleo conllevaba. Adviértase, entonces, que de no venir la contratación pretendida por la Administración absolutamente mediatizada y condicionada por las bases de la subvención, el hoy reclamante no habría sido seleccionado ni propuesto para el puesto, toda vez que no consta que participara en ninguna de las pruebas selectivas reguladas por la indicada norma.

II. Derecho a ser contratado y expectativa laboral: la determinación del daño efectivo y su antijuridicidad.

Del expediente se desprende que, tras ser preseleccionado por la Oficina de Empleo, el hoy reclamante se presentó ante la Comisión de Selección constituida al efecto por la Consejería ofertante del empleo, que tras valorar a los distintos candidatos concluye que el más idóneo para el contrato de trabajo a suscribir es x. Así consta en el Acta de la sesión celebrada por el indicado órgano selectivo, que propone su contratación al Secretario General de la indicada Consejería, quien a su vez firma una propuesta de contrato con fecha 12 de noviembre de 2010.

El problema surge cuando la Intervención Delegada formula diversos reparos en el seno del expediente de contratación, cuya resolución por la Intervención General, previa presentación de la oportuna discrepancia por la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, no se produce hasta el 1 de diciembre de 2010, fecha en la que como máximo, debía iniciarse la actividad subvencionada que constituye el objeto del contrato, por exigencia del artículo 9.2 de la Orden de bases. Comoquiera que la resolución de la Intervención General, aunque estima la discrepancia, formula nuevos reparos, ello hace que se supere el límite temporal máximo de inicio de la actividad, determinando el incumplimiento del condicionado de la subvención y la imposibilidad de contar con su importe para financiar el contrato de trabajo, dada la obligación de reintegro de la ayuda concedida, impuesta por el artículo 32 de la Orden de Bases, ante el incumplimiento de las obligaciones de la entidad beneficiaria.

En consecuencia, a partir del 1 de diciembre de 2010, el contrato de trabajo queda sin dotación presupuestaria. La observancia del principio de legalidad presupuestaria (art. 27 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, TRLH, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre), que impone la necesidad de que las obligaciones de los entes públicos estén previstas presupuestariamente (tanto su existencia como su importe) y cuyo incumplimiento tiene anudada como consecuencia legal la nulidad de pleno derecho (art. 36 TRLH), impide mantener el contrato sin dotación, lo que obliga a la Administración a desistir del mismo.

Del supuesto así planteado surgen las siguientes consecuencias jurídicas:

a) Nos encontramos ante un procedimiento especial de selección de personal laboral temporal, en el que la Administración no sólo efectúa una oferta de empleo ante el servicio público de empleo, sino que incluso recibe a los candidatos preseleccionados por el SEF y los evalúa para seleccionar a uno de ellos al cual propone para su contratación. Existen, por tanto, actos propios de la Administración regional que, al contrario de lo expresado por la propuesta de resolución, la

vinculan y generan en el interesado unas expectativas de contratación, que aquélla no puede desconocer sin más, pues se lo impide el principio de confianza legítima.

La reforma de 1999 de la LPAC introdujo en su artículo 3.1, junto al principio de buena fe, el de confianza legítima, como derivaciones del de seguridad jurídica. Como recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala 3ª, de 12 junio de 2006, *“Son numerosas las Sentencias de esta Sala que han explicado el alcance del principio de protección de la confianza legítima, contándose entre las más recientes, las de 6 de octubre (casación 31/2003), 27 de abril (casación 7362/2002) y 15 de abril (casación 2900/2002), todas de 2005. Y, también, las de 16 de mayo de 2000 (casación 7217/1995) y 17 de febrero de 1999 (casación 3440/1993). En todas ellas se hace explícita la idea de que ese principio, que combina elementos de la doctrina de los actos propios, de la buena fe y de la misma seguridad jurídica, se alza contra actuaciones de la Administración incoherentes con las que ha mantenido con anterioridad en relación con un particular -que ha obrado conforme a Derecho y a lo resuelto por aquélla- y determinantes de un perjuicio para éste que no debe soportar. Principio que puede comportar, entre sus efectos, la invalidez de esos actos, la conservación de otros que, de no mediar la confianza legítima, deberían desaparecer o la responsabilidad patrimonial de la Administración”*.

No debemos olvidar que existe un concierto de voluntades en llevar a buen término la contratación laboral, que sólo como consecuencia exclusiva del proceder administrativo y pese a reunir todos los requisitos y haber acreditado su capacidad, superando el proceso selectivo y ajustando su conducta a los actos de la Administración, el hoy reclamante se ve privado de todo derecho por una acción -mejor inacción- de la Administración regional, que no se ajusta a las exigencias derivadas del principio de la protección de la confianza legítima.

Así pues, en el momento en que se frustra la contratación, no cabe considerar que el interesado sólo es titular de una mera expectativa indigna de cualquier protección jurídica. Y es que, a diferencia del supuesto esgrimido por la propuesta de resolución y decidido en la STSJ Madrid 996/2004, de 15 de junio, en que la Administración rechaza *ab initio* al candidato preseleccionado por el Servicio Público de Empleo, en el ahora sometido a consulta la Administración oferente de trabajo no sólo admite su idoneidad inicial, sino que lo evalúa, selecciona y propone para su contratación, viéndose frustrada ésta únicamente por actuaciones imputables a la Administración regional.

La STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de septiembre de 2006 señala que *“con independencia de que el contrato hubiera sólo sido firmado por una de las partes, una cosa es la perfección de la relación jurídica laboral y otra la posible existencia de*

*responsabilidad patrimonial de la Administración pública si concurren los presupuestos legalmente establecidos*”, estimando el derecho a una cierta indemnización debido a que el órgano administrativo correspondiente seleccionó al reclamante para el trabajo de que allí se trataba y así se lo comunicó.

Ha de precisarse que no se trata aquí de declarar el derecho del interesado a percibir las retribuciones correspondientes al contrato, toda vez que éste no llegó a perfeccionarse, por lo que no resultan exigibles las obligaciones recíprocas derivadas del mismo (prestación de trabajo y retribución, respectivamente) y, en consecuencia, carecería del derecho consolidado a su percepción. Pero ello no impide que la no formalización del contrato genere un daño efectivo al particular, como lucro cesante, equivalente a las ganancias dejadas de percibir, las cuales, dado el momento en que se frustró la contratación y las circunstancias concurrentes ya expuestas, no cabe considerar como dudosas o meramente contingentes, sino antes bien dotadas de certidumbre, pues de haberse desenvuelto el procedimiento de contratación con regularidad cabe considerar como segura la formalización del contrato.

b) Si de lo hasta aquí expuesto se deduce la existencia de un daño efectivo y de la necesaria causalidad entre aquél y el funcionamiento del servicio público de contratación laboral, resta por analizar la antijuridicidad del daño, entendida como la ausencia de obligación del perjudicado de soportarlo.

Ya señalamos anteriormente que el contrato de trabajo en cuestión venía plenamente condicionado por la medida de fomento del empleo que constituía su causa primordial, de modo que sin la correspondiente subvención, el contrato no habría llegado a existir. De hecho, el tácito desistimiento de la Administración está motivado en la pérdida de la subvención, lo que deja sin dotación presupuestaria al contrato ofrecido a partir de la fecha en que se supera el límite temporal de inicio de la actividad subvencionada.

A partir de este momento, ya no puede la Administración formalizar el contrato, que ha quedado privado de su causa primordial y cuyo perfeccionamiento sería contrario al principio de legalidad presupuestaria. Ahora bien, la pérdida de la subvención sólo es imputable a la Administración, por lo que el interesado no tenía el deber jurídico de soportar las consecuencias negativas que para él se derivaban de tal situación.

Procede en consecuencia declarar el derecho del reclamante a ser indemnizado, pues concurren en el supuesto todos los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

**QUINTA.- Cuantía de la indemnización.**

En aplicación del principio de reparación integral del daño que rige el instituto de la responsabilidad patrimonial, la obligación del responsable se extiende a indemnizar tanto los daños producidos (daño emergente) como los beneficios dejados de percibir (lucro cesante).

La pretensión económica del interesado se desglosa en los siguientes conceptos:

I. Pretensión principal. Lucro cesante: retribuciones dejadas de percibir.

La concesión del lucro cesante requiere una prueba seria y rigurosa de su existencia, debiendo rechazarse, de acuerdo con la jurisprudencia, las ganancias dudosas y contingentes, las meras conjeturas o especulaciones y también las simples expectativas (SSTS, Sala 3ª, de 11 de junio de 2002 y 2 de octubre de 1999, entre otras). Así, para conceder indemnización por este concepto *“es preciso representarse que la ganancia se obtendría conforme al curso normal de los acontecimientos de no mediar el factor desencadenante del daño, con arreglo al también normal desenvolvimiento de la actividad que generaría el lucro esperado”* (STSJ Madrid, de 18 de marzo de 2003).

Para el interesado, de no ser por la anormal actuación de la Administración, el contrato se habría formalizado y habría desempeñado su trabajo durante los nueve meses de duración máxima del contrato. Por lo que su pretensión se refiere al total de la retribución correspondiente a dicho período.

Sin embargo, ha de tomarse en consideración que la modalidad contractual utilizada es la de obra o servicio determinado, en la que lo esencial en cuanto a la duración del contrato es el tiempo que se tarde en ejecutar la obra o prestar el servicio, lo que deja en una cierta indefinición el período de efectiva prestación laboral de haberse formalizado el contrato, siendo los nueve meses un simple tope legal fijado por imperativo de la normativa reguladora de la subvención, pero no predetermina que tal obra o servicio determinado necesitase real y efectivamente de tales nueve meses para ser realizado. Considera el Consejo Jurídico que, comoquiera que los proyectos subvencionables habían de tener una duración comprendida entre los seis y los nueve meses (art. 21.1, letra d, de la Orden de bases), y que el reclamante no se ha visto obligado a llevar a efecto las prestaciones y atender los gastos que el desempeño del puesto de trabajo exige (criterio moderador del importe de la indemnización utilizado por la Audiencia Nacional en sentencia de 21 de febrero de 2007), procede, por razones de equidad, atender a dicha duración mínima y fijar una

indemnización en cuantía equivalente a las retribuciones correspondientes a seis meses de duración del contrato.

En cualquier caso, y atendida la condición de demandante de empleo del reclamante cuando acude a la oferta de la Administración, deben detraerse las cuantías que en concepto de prestación por desempleo haya percibido el interesado durante el indicado período de seis meses, que habría de computarse desde la fecha prevista para el inicio del contrato, el 1 de octubre de 2010. De conformidad con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 8 de junio de 2000, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, y los Dictámenes núm. 40/2000 y 158/2004 del Consejo Jurídico, las cantidades que durante estos meses cobró en concepto de desempleo deberán deducirse del sueldo que hubiera podido percibir de haber sido contratado, con la finalidad de evitar un enriquecimiento injusto, que inevitablemente se produciría de no hacerlo así, ya que habría cobrado el sueldo íntegro correspondiente al puesto y la cantidad por desempleo, lo que de acuerdo con los artículos 212 y 213 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, sería imposible. Obviamente, y por las mismas razones, habrían de detraerse las retribuciones salariales que hubiera podido percibir en tal periodo si constara haber desempeñado un trabajo, a cuyo efecto debería requerirse de la Seguridad Social el oportuno informe de vida laboral.

## II. El alquiler de la vivienda.

Reclama el interesado una indemnización de 4.800 euros en concepto de alquiler de una vivienda en Murcia para poder desempeñar su trabajo, aportando al expediente copia de un contrato de arrendamiento.

No puede considerarse que este concepto sea imputable a la Administración y, en consecuencia, indemnizable. Y ello porque el arrendamiento comienza con anterioridad a la selección del interesado por la Administración regional, como se advierte en el documento obrante al folio 126 del expediente. Y es que en el “documento de presentación” que dirige el SEF al interesado para que se presente como candidato preseleccionado, ante la Consejería oferente del empleo, a efectos de su valoración por ella, ya figura como dirección del interesado la de la vivienda arrendada. Adviértase que, en este momento, 13 de septiembre de 2010, el candidato aún no ha sido propuesto para su contratación por la Administración regional, por lo que todavía no podía tener la certeza de que fuera a ser contratado. En tal situación, su decisión de alquilar la vivienda no puede vincularse causalmente al contrato de trabajo.

Por otra parte, la renta mensual es de 400 euros, por lo que aun en la hipótesis de considerar indemnizable este gasto, tampoco lo sería por todo un año.

III. La oferta de trabajo rechazada.

Afirma el reclamante que, como consecuencia de haber superado el proceso selectivo para su contratación por la Administración regional, rechazó la oferta laboral efectuada por una empresa, aportando declaración del gerente de la misma.

El rechazo de una oferta de trabajo en firme puede ser un concepto indemnizable (STSJ Madrid, de 18 de marzo de 2003) a título de responsabilidad patrimonial, pero en el supuesto sometido a consulta, nada consta en el expediente acerca del tipo de contrato de trabajo ofrecido al interesado, su duración ni su retribución, extremos cuya prueba corresponde al actor, por lo que no puede valorarse económicamente la oferta rechazada.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que sí concurren los elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, conforme a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

**SEGUNDA.**- La cuantía de la indemnización habrá de fijarse en atención a los criterios indicados en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 215-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	24/10/2011

**Extracto de doctrina**

La regla sobre el onus probandi ha sido modulada primero por la jurisprudencia y luego por la misma LEC (art. 217.6), en atención al criterio de la “disponibilidad o facilidad probatoria”, en cuya virtud la carga de la prueba puede desplazarse hacia aquella parte a la que resulte menos difícil o gravoso probar la realidad de los hechos discutidos. Y a ello se ha dirigido la actuación instructora que, al solicitar el preceptivo informe del Director del centro, a través del correspondiente interrogatorio, ha intentado desvelar tanto la secuencia de hechos, como las circunstancias que concurrieron a producir el daño.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de diciembre de 2010, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional como consecuencia de los daños padecidos por su hija menor de edad, x, alumna del CEIP “Valentín Buendía” de las Torres de Cotillas.

Según el relato fáctico del reclamante, el 22 de abril de 2010, la niña, de 5 años de edad, se encontraba en el patio del Colegio durante el recreo, donde sufrió fractura de fémur como consecuencia de las lesiones provocadas por otro alumno del centro, que saltó en repetidas ocasiones sobre ella hasta causarle la lesión.

A consecuencia de ello, la alumna hubo de ser ingresada e intervenida quirúrgicamente, recibiendo el alta médica el 30 de junio de 2010. Durante bastante tiempo, que no precisa, no pudo asistir al Colegio y hubo de cerrarse el negocio familiar para estar con la menor.

Se imputa el daño a la actuación negligente de los profesores, quienes no se percataron de lo ocurrido hasta que vieron que la niña faltaba en la fila de regreso a las aulas, momento en que la buscaron y encontraron bajo un tobogán, donde se había escondido.

No se precisa el importe de la indemnización que se solicita.

Se adjunta a la reclamación diversa documentación médica acreditativa de las lesiones sufridas por la niña y de la atención de urgencia recibida, así como copia de una factura acreditativa de la adquisición de una silla de ruedas.

Consta en el expediente informe de accidente escolar, de fecha 23 de abril de 2010, redactado por la Dirección del Centro, en el que se hace constar que la niña se cae en el patio y otro niño que venía detrás le cae encima, produciéndole la fractura de fémur.

**SEGUNDO.-** Al considerar la Secretaría General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo que la representación con la que actúa el reclamante respecto de la menor no está debidamente acreditada, le requiere para su subsanación mediante copia compulsada del Libro de Familia, lo que se cumplimenta por el interesado en el plazo concedido al efecto.

**TERCERO.-** Admitida a trámite la reclamación, se designa instructora que procede a recabar del Centro docente el preceptivo informe de su Dirección, que se emite el 15 de marzo de 2011, en los siguientes términos:

*“Según el relato de los profesores de guardia, el día 22 de abril de 2010, sobre las 11,45 horas (recreo) la maestra x, que estaba de guardia en la zona del patio más cercana a donde ocurren los hechos, al darse la vuelta, ve a la niña x, alumna del C.E.I.P. Valentín Buendía, en el suelo, a escasa distancia de ella. Se acerca inmediatamente y le pregunta qué ha pasado. La niña le dice que ella iba corriendo, se ha caído y un niño que venía detrás, pero que no estaba jugando con ella, ha tropezado y le ha caído encima.*

*La maestra no ve heridas pero observa que no puede mover la pierna, llama desde el sitio a su compañera más cercana (x), después acude la otra compañera (x). El otro maestro no se entera por estar en un punto de vigilancia que se lo impedía (patio en forma de L).*

*x toma a la niña para meterla dentro del colegio y en ese momento la ve su tutora que es la que llama a los padres para que vengan a recogerla.*

*La tutora se queda con la niña sentada en el banco de la entrada hasta que llegan los padres (padre o madre). La niña no pone el pie en el suelo en ningún momento ya que la llevan siempre tomada hasta el banco.*

*La maestra x vuelve al patio a seguir su guardia.*

*Las maestras le preguntan al niño que cae encima cómo se ha caído y su versión coincide con la de la niña. Él va corriendo por el patio, la niña se cae y él cae encima, se levanta y sigue hacia su camino. No hay por tanto intencionalidad alguna.*

*La tutora, x, llama telefónicamente esa misma tarde a la madre para interesarse por la niña y al día siguiente fue a visitarla al hospital, puesto que había sido intervenida quirúrgicamente.*

*Según el testimonio de los profesores, es evidente que el accidente fue totalmente espontáneo. Los niños ni siquiera jugaban juntos. La niña accidentada y el que cayó sobre ella así lo manifestaron cuando los profesores les preguntaron. De lo que se deduce que fue casualidad y por tanto improbable que el niño saltara en repetidas ocasiones sobre ella, (había dos maestras a escasos metros dando vueltas por el patio y eso hubiera requerido de un tiempo que hubiera dado lugar a que alguna lo viera). No existió, por tanto, intencionalidad alguna sino mera casualidad.*

*La vigilancia era correcta, pero es inevitable que cuando un maestro dirige la mirada a una zona del patio o habla a algún niño, no pueda abarcar toda la extensión de la zona, durante unos segundos. Es más, aunque hubieran estado de cara a los niños implicados en el accidente no hubieran podido evitarlo.*

*En el suelo del patio no había ningún desperfecto ni irregularidad.*

*(...)"*

**CUARTO.-** Conferido trámite de audiencia al interesado, comparece mediante Letrado y toma vista del expediente, sin que conste la presentación de alegación alguna.

**QUINTO.-** El 3 de junio de 2011 la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los elementos de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos y el daño alegado.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 10 de junio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. La reclamación ha sido presentada por el padre del menor, persona legitimada para ello al ser quien ostenta su representación legal, en virtud de lo dispuesto por el artículo 162 del Código Civil.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Consejería de Educación, Formación y Empleo es competente para resolver este procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro público docente donde ocurrió el accidente.

II. La solicitud de indemnización ha sido presentada dentro del plazo de un año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. El examen conjunto del expediente permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales. No obstante, ante la omisión en el escrito inicial de la valoración económica del daño que se reclamaba, la instructora debió requerir al interesado para que mejorara la solicitud, con indicación expresa de dicha cuantificación.

### **TERCERA.- Sobre el fondo.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares,

éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de febrero de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que *“deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”*.

También es abundante la doctrina sentada por el mismo órgano consultivo que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, sin que concurren elementos adicionales generadores de riesgo como defectos en las instalaciones o la realización de actividades programadas y ordenadas que, por su propia naturaleza, exijan una mayor vigilancia por parte de los profesores. Así, entre otros muchos, los Dictámenes 2099/2000 y 3240/2001.

A la luz de dicha doctrina, es preciso analizar la divergencia apreciable entre los relatos fácticos realizados, de una parte por la Dirección del Colegio en su comunicación de accidente escolar y en el informe emitido a solicitud de la instructora, y de otra por el reclamante. Según la primera, el accidente ocurre de manera fortuita, al tropezar un alumno con la niña caída y precipitársele encima de la pierna. Según el padre del menor, por el contrario, el suceso ocurre cuando otro niño salta repetidamente sobre la niña hasta producirle la lesión.

La contradicción entre ambos relatos no puede resolverse en beneficio del reclamante, a quien el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, atribuye la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a su pretensión, no siendo suficiente, para considerar probada su versión de los hechos, la mera afirmación de parte que supone el escrito de reclamación.

Es cierto que la regla sobre el *onus probandi* ha sido modulada primero por la jurisprudencia y luego por la misma LEC (art. 217.6), en atención al criterio de la “disponibilidad o facilidad probatoria”, en cuya virtud la carga de la prueba puede desplazarse hacia aquella parte a la que resulte menos difícil o gravoso probar la realidad de los hechos discutidos. Y a ello se ha dirigido la actuación instructora que, al solicitar el preceptivo informe del Director del centro, a través del correspondiente interrogatorio, ha intentado desvelar tanto la secuencia de hechos, como las circunstancias que concurrieron a producir el daño. El resultado de tal indagación no desvirtúa la versión del incidente contenida en la comunicación de accidente escolar, ni sustenta el relato de hechos efectuado por el reclamante, ni apunta, en fin, elementos de riesgo adicionales que permitan imputar a la Administración educativa la causa del daño.

En consecuencia, lo cierto es que, más allá de la mera manifestación del reclamante, no existen indicios en el expediente de que el daño fuera producido de forma intencionada por otro alumno. En este sentido, a preguntas de la instructora, los profesores encargados del cuidado de los menores en el patio manifiestan que no advirtieron que ningún niño saltara de forma reiterada sobre la niña. De hecho, la docente que estaba más cerca del lugar de los hechos, manifiesta que suceden a escasa distancia de ella y que lo único que observa es a la niña en el suelo, quien a preguntas suyas le indica que *“iba corriendo, se ha caído y un niño que venía detrás, pero que no estaba jugando con ella, ha tropezado y le ha caído encima”*. Otra profesora que se encontraba a escasos metros del lugar de la caída tampoco observa los alegados saltos reiterados sobre la niña. Así pues, la única calificación que cabe atribuir a los hechos es la de fortuitos.

El reclamante, por su parte, efectúa una alegación genérica de ausencia del deber de cuidado que incumbía al personal docente del Centro. Al respecto, el Tribunal Supremo, en sentencia, entre otras, de 26 de febrero de 1998, indicó que al profesorado le corresponde, durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias, el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia. La indeterminación de este concepto, en tanto que alude a un estándar de comportamiento, exige acudir a las circunstancias concurrentes en cada caso para intentar concretar si dicha diligencia existió o no. En el supuesto estudiado cabe concluir que no existió negligencia alguna por parte del personal del Centro, dado que no consta que el

número de profesores encargado de la vigilancia de los niños fuera inadecuado, que existieran antecedentes de violencia o agresividad en determinados alumnos que exigieran una mayor vigilancia, ni la instrucción ha logrado descubrir o desvelar la existencia de otros factores específicos de riesgo, por lo que no resultaban exigibles mayores medidas de cuidado, las cuales, además, por el carácter puramente fortuito del accidente, habrían sido inútiles en orden a impedirlo.

En definitiva, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concorra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño existe y se acredita, éste se habría producido con ocasión de la prestación del servicio público educativo pero no como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al no apreciarse la concurrencia de los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 216-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

**Fecha** 26/10/2011

**Extracto de doctrina**

En supuestos de daños producidos durante la clase de educación física, es constante y reiterada la doctrina de los consejos consultivos que excluye la responsabilidad de la Administración cuando el ejercicio se desarrolla dentro del riesgo que en sí misma entraña la práctica deportiva.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 15 de febrero de 2011 x interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo, solicitando una indemnización de 173 euros, precio de las gafas que la reclamante hubo de reponer al resultar rotas las de su hijo x al sufrir un patinazo y golpearse la cara en clase de educación física correspondiente a segundo de primaria, en el CEIP El Mirador, de San Javier. El accidente escolar fue comunicado por el Director del Instituto el mismo 15 de febrero, señalando como fecha en la que ocurrió el 14 anterior, y relatando los hechos de forma coincidente con la reclamación.

**SEGUNDO.-** Admitida ésta a trámite y designado instructor por Resolución de la Secretaría General de 4 de marzo de 2011, notificada el 24 de marzo siguiente, fue solicitado informe al centro, que fue emitido por el profesor de la asignatura y la Directora conjuntamente, el 12 de abril de 2011; indica que la actividad que se realizaba en la hora de educación física está recogida en la programación del centro, se desarrollaba en la pista polideportiva, y el alumno patinó realizando unos desplazamientos sin influencia de circunstancia externa alguna, tal como obstáculo o suelo mojado.

**TERCERO.-** Conferida audiencia a la reclamante, no consta que presentara alegaciones; el 15 de junio de 2011 se formuló propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación. A partir del relato del profesor de educación física considera probado que el impacto contra el suelo se produce fortuitamente, lo que no permite apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad de la Administración autonómica.

Y en tal estado, cumplimentado el expediente con el reglamentario índice de documentos y con el extracto de secretaría, fue formulada la consulta, que tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 22 de junio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Procedimiento.**

La reclamación ha sido formulada por persona legitimada y dentro del plazo de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo competente la Consejería consultante para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Centro en el que ocurrieron los hechos.

#### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

El Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente que, según la jurisprudencia del TS, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial administrativa de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el suceso dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. Particularmente en supuestos de daños producidos durante la clase de educación física, es constante y reiterada la doctrina de los consejos consultivos que excluye la responsabilidad de la Administración cuando el ejercicio se desarrolla dentro del riesgo que en sí misma entraña la práctica deportiva.

En el caso de la consulta, es cierto que el efecto dañoso existe y que se produce en el seno del servicio público entendido como “giro o tráfico administrativo”, al ser el instituto de titularidad pública y su gestión una competencia de la Administración regional, mas no existen, al menos probadas, otras circunstancias que permitan imputar a la Consejería tales efectos dañosos. De los hechos recogidos en el informe del centro puede calificarse el accidente como un suceso desafortunado, pero en ningún caso atribuible directa ni indirectamente al funcionamiento del servicio público ni a la actuación de algún profesor. Puede afirmarse que el grado de diligencia exigible al centro no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas. Se percibe que el daño se debe al infortunio, y es de resaltar que la reclamante no achaca al centro ni a su personal conducta alguna que pudiera haber influido en el suceso, circunstancias todas que no permiten apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**-Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, dada la ausencia de los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 217-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	26/10/2011

**Extracto de doctrina**

El daño, surgido con ocasión de la prestación del servicio público, ha sido producido por la comisión de un hecho delictivo por persona desconocida, actuación y persona sobre las que la Administración carece, obviamente, de deberes tuitivos o de vigilancia, lo que permite apreciar - se reitera- la ruptura del posible nexo causal que pudiera existir entre la actuación u omisión de la Administración y los daños sufridos.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** x presentó el 18 de marzo de 2011 una reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Consejero de Educación, Formación y Empleo manifestando que en el centro Marqués de los Vélez, de El Palmar (Murcia), le fue sustraída a su hija x una bicicleta el día 17 de marzo anterior, por lo que reclama el importe de la misma, 99 euros, que justifica mediante la correspondiente factura. Aporta junto al escrito una copia de la denuncia formulada ante la Jefatura Superior de Policía de Murcia. Señala que la bicicleta estaba con el candado puesto y que los hechos fueron grabados por las cámaras del centro.

En el informe de accidente escolar remitido por el Director el 23 de marzo de 2011 se advierte que el individuo no es del centro y no ha sido identificado.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por resolución del Secretario General de 28 de abril de 2011, que también designó instructora, fue notificada al interesado el 10 de mayo de 2011.

**TERCERO.-** El 4 de mayo de 2011 se solicitó informe al centro, que lo emitió el 16 de iguales mes y año. Explica el Director que la sustracción se produjo pasadas las 9 de la mañana en una de las muchas aperturas de la puerta principal de acceso al centro; entró una persona que se dirigió al aparcamiento de bicicletas saliendo a toda velocidad; un ordenanza corrió detrás pero no pudo alcanzar a dicha persona; los hechos fueron grabados por las cámaras de seguridad. Explica pormenorizadamente el régimen de apertura de la puerta de acceso, y adjunta fotografías y planos

sobre la ubicación de las puertas, del aparcamiento de bicicletas y de las cámaras de seguridad. También adjunta un extracto del Reglamento de Régimen Interior que recoge como función de los Ordenanzas el control de las puertas de acceso al centro.

**CUARTO.-** Constan unidos al expediente sendos escritos de los ordenanzas del centro que exponen, en síntesis, lo siguiente:

- “Veo entrar andando a un hombre que se dirige al aparcamiento por lo que levanta mis sospechas y salgo de conserjería y me dirijo a los aparcamientos y justo en ese momento el hombre salía del recinto a toda velocidad con una bicicleta, corrí de tras de él pero fue imposible, por lo que procedí a comunicarlo a mis superiores” (x).

- x no se apercibió de la situación, sólo vio que su compañero x corría hacia fuera.

- x no se encontraba en la conserjería, por lo que conoce el suceso por referencias de sus compañeros ordenanzas.

**QUINTO.-** Dada audiencia al interesado, no consta que formulara alegaciones; la instructora formuló su propuesta de resolución el 30 de junio de 2011, concluyendo en la procedencia de desestimar lo solicitado, al considerar que no se ha acreditado un título de imputación adecuado para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Tras ello, incorporados el extracto de secretaría y el índice de documentos, se solicitó la emisión del preceptivo dictamen, teniendo entrada la consulta en el registro de este Consejo Jurídico el 11 de julio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que en concepto de responsabilidad patrimonial se formulen ante la Administración Regional, de acuerdo con lo establecido 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

El procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha iniciado a instancia de parte interesada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

La acción, se ha ejercitado dentro del año de producido el hecho causante del daño, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.5 LPAC.

Finalmente, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

Admitido que los hechos ocurrieron en el centro Marqués de los Vélez, de El Palmar (Murcia), la propuesta de resolución estima que la Administración no debe responder por una hipotética omisión en el deber de vigilancia de sus dependencias, compartiendo el Consejo Jurídico dicha conclusión, ya que lo relevante es que el centro no asume la vigilancia absoluta de las pertenencias de los alumnos.

En el apartado de antecedentes se aprecia que es decisiva la intervención de un tercero, de una entidad tal que rompe el necesario nexo causal con el funcionamiento de los servicios públicos; el centro, por su parte, había puesto los medios a su alcance para evitar esa situación mediante el control de los ordenanzas sobre la puerta de acceso. Estas circunstancias impiden que puedan entenderse imputados los daños a la institución, ya que no se aprecia ningún título adecuado para ello, pues los hechos acaecidos con motivo de un robo constituyen un suceso ajeno al funcionamiento del centro escolar, que en ningún caso asume la posición jurídica de un depositario (Consejo de Estado, Dictamen 1.192/2002).

Se puede concluir, por tanto, que los daños y perjuicios cuya reparación pretende el interesado no se produjeron como consecuencia del funcionamiento del servicio educativo de la Administración regional, sino que, con ocasión del desempeño de dicho servicio, fueron ocasionados por un tercero, igual que en los supuestos de hecho contemplados en los Dictámenes de este Consejo Jurídico 199/2002, 205/2009 y 31/2011, entre otros.

Es claro que el daño, surgido con ocasión de la prestación del servicio público, ha sido producido por la comisión de un hecho delictivo por persona desconocida, actuación y persona sobre las que la Administración carece, obviamente, de deberes tuitivos o de vigilancia, lo que permite apreciar -se reitera- la ruptura del posible nexo causal que pudiera existir entre la actuación u omisión de la Administración y los daños sufridos. La conclusión contraria nos llevaría, como ha afirmado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (entre ellas la de su Sala 3ª de 27 de julio de 2002), a convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras de todos los riesgos sociales, dada la amplitud de los servicios que prestan y de las competencias que ostentan, lo que tendría una consecuencia perturbadora *“para una correcta realización y progresiva ampliación de tales servicios públicos, pues el principio de solidaridad de riesgos, que late en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas sociales, puede verse frustrado con interpretaciones extensivas del requisito del nexo causal”*.

Para supuestos similares al que nos ocupa, es decir, sustracción de objetos en dependencias de la Administración, el Consejo Jurídico ha destacado que el instituto de la responsabilidad patrimonial no puede desnaturalizarse de manera que se convierta en un seguro a todo riesgo, convirtiendo a la Administración en un centro de imputación de cualquier lesión, que conduciría a la larga a la paralización de la vida, administrativa o no, ya que la simple coexistencia en el tiempo y en el espacio de acciones no ligadas causalmente, constituirían al titular del servicio en asegurador universal de cualquier contingencia; en tal sentido la STS, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de 4 de mayo de 1998 (Dictámenes 76/1999, 84/2002 y 165/2008). Cabe añadir que mantener sin más que cualquier objeto sustraído o perdido en los locales públicos en general pueda desplegar los efectos indemnizatorios de la responsabilidad patrimonial constituiría una interpretación desmesurada de este instituto jurídico.

También en supuestos similares el Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de que el genérico deber de guarda y custodia que a los profesores incumbe no supone que éstos asuman, sin más, una específica obligación de conservación de las pertenencias de los alumnos (entre otros, Dictamen 2207/2001). Con ello no se niega el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, sino que únicamente se quiere destacar que, al menos en estos casos concretos, la relación de causalidad no puede interpretarse de una manera rígida.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, al no concurrir la imprescindible relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público docente y los daños alegados por el interesado.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 218-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por sustracción de un ordenador portátil en las taquillas de la Biblioteca General de la Universidad de Murcia, en el Campus de Espinardo.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	26/10/2011

**Extracto de doctrina**

Es decisiva la intervención de un tercero, de una entidad tal que rompe el necesario nexo causal con el funcionamiento de los servicios públicos.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** x presentó un escrito dirigido al Rector de la Universidad de Murcia en el que manifiesta que en las taquillas de la Biblioteca General de dicha Universidad en el Campus de Espinardo le fue sustraído un ordenador portátil el día 13 de diciembre de 2010, por lo que reclama el importe del mismo, 255 euros, que justifica mediante la correspondiente factura. Aporta, junto al escrito una copia de la denuncia formulada ante la Jefatura Superior de Policía de Murcia, y de sendos escritos presentados ante la oficina municipal de información al consumidor y de queja ante la propia Universidad de Murcia.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por resolución rectoral de 29 de marzo de 2011, que también designó instructor, fue notificada al interesado el 6 de abril de 2011; y comunicada a la compañía de seguros de la propia Universidad, a través de la correduría, el 5 de abril.

**TERCERO.-** El 6 de abril se solicitó informe a la Jefa de Área de Biblioteca que lo emitió el 14 de abril. Explica que según las normas de uso de las taquillas (cuya copia adjunta), visibles en su zona, el uso de tales taquillas es responsabilidad exclusiva del alumno, especificándose que no se hace responsable la Biblioteca de las pérdidas de objetos producidas en las taquillas, en las salas de lectura y en el resto del edificio; no hay personal destinado a la custodia de las taquillas. En cuanto al caso concreto, informa de que al tener conocimiento del hecho la propia Biblioteca lo comunicó al Servicio de Vigilancia del Campus y a la Policía Nacional, ofreciendo al alumno el uso de un ordenador portátil que no recogió.

El 4 de abril de 2011 el interesado presentó un nuevo escrito aportando copia de la documentación citada en el primero.

**CUARTO.-** El instructor formuló su propuesta de resolución el 5 de mayo de 2011, concluyendo en la procedencia de desestimar lo solicitado, al considerar que no se ha acreditado la efectividad del daño (la existencia del ordenador portátil en la taquilla) y que, en cualquier caso, la relación de causalidad ha quedado interrumpida por la concurrencia de culpas (sic) y la actuación negligente del reclamante. Sometida tal propuesta a informe de la Asesoría Jurídica de la Universidad, fue emitido éste el 2 de junio de 2011, concluye en igual desestimación y por iguales motivos.

Tras ello, incorporados el extracto de secretaría y el índice de documentos, se solicitó la emisión del preceptivo dictamen por conducto del Consejero de Educación, Formación y Empleo, teniendo entrada la consulta en el registro de este Consejo Jurídico el 22 de junio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que en concepto de responsabilidad patrimonial se formulen ante la Administración Regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

El procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha iniciado a instancia de parte interesada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

La acción se ha ejercitado dentro del año de producido el hecho causante del daño, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.5 LPAC.

Finalmente, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, aunque se ha obviado, sin motivación alguna, la audiencia que debiera haberse dado al interesado a virtud de lo establecido en los artículos 84 LPAC y 11 del Reglamento.

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

Tal como dice la propuesta de resolución no ha quedado acreditada la efectividad del daño; en el supuesto de que los hechos ocurrieran en la biblioteca de la Universidad, la propuesta de resolución estima que la Administración no debe responder por la alegada omisión en el deber de vigilancia de sus dependencias, compartiendo el Consejo Jurídico dicha conclusión, ya que las taquillas se ponen a disposición de los alumnos, sin que sea forzoso su uso, pero lo relevante es que el centro no asume la vigilancia absoluta de las pertenencias de tales alumnos.

En el apartado de antecedentes se aprecia que es decisiva la intervención de un tercero, de una entidad tal que rompe el necesario nexo causal con el funcionamiento de los servicios públicos; la Universidad había hecho de público conocimiento que la prestación del servicio no incluía la guarda de las pertenencias depositadas en las taquillas. Estas circunstancias impiden que puedan entenderse imputados los daños a la institución, ya que no se aprecia ningún título adecuado para ello, pues los hechos acaecidos con motivo de un robo constituyen un suceso ajeno al funcionamiento del centro escolar, que en ningún caso asume la posición jurídica de un depositario (Consejo de Estado, Dictamen 1.192/2002).

Se puede concluir, por tanto, que los daños y perjuicios cuya reparación pretende el interesado no se produjeron como consecuencia del funcionamiento del servicio educativo universitario de la Administración regional, sino que, con ocasión del desempeño de dicho servicio, fueron ocasionados por un tercero.

Es claro que el daño, surgido con ocasión de la prestación del servicio público, ha sido producido por la comisión de un hecho delictivo por persona o personas desconocidas, actuación y persona sobre las que la Administración carece, obviamente, de deberes tuitivos o de vigilancia, lo que permite apreciar -se reitera- la ruptura del posible nexo causal que pudiera existir entre la actuación u omisión de la Administración y los daños sufridos. La conclusión contraria nos llevaría, como ha afirmado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (entre ellas la de su Sala 3ª de 27 de julio de 2002), a convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras de todos los riesgos sociales, dada la amplitud de los servicios que prestan y de las competencias que ostentan, lo que

tendría una consecuencia perturbadora *“para una correcta realización y progresiva ampliación de tales servicios públicos, pues el principio de solidaridad de riesgos, que late en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas sociales, puede verse frustrado con interpretaciones extensivas del requisito del nexo causal”*.

Para supuestos similares al que nos ocupa, es decir, sustracción de objetos en dependencias de la Administración, el Consejo Jurídico ha destacado que el instituto de la responsabilidad patrimonial no puede desnaturalizarse de manera que se convierta en un seguro a todo riesgo, convirtiendo a la Administración en un centro de imputación de cualquier lesión, que conduciría a la larga a la paralización de la vida, administrativa o no, ya que la simple coexistencia en el tiempo y en el espacio de acciones no ligadas causalmente, constituirían al titular del servicio en asegurador universal de cualquier contingencia; en tal sentido la STS, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de 4 de mayo de 1998 (Dictámenes 76/1999, 84/2002 y 165/2008). Cabe añadir que mantener sin más que cualquier objeto sustraído o perdido en los locales públicos, en general, pueda desplegar los efectos indemnizatorios de la responsabilidad patrimonial constituiría una interpretación desmesurada de este instituto jurídico.

También en supuestos similares el Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de que el genérico deber de guarda y custodia que a los profesores incumbe no supone que éstos asuman, sin más, una específica obligación de conservación de las pertenencias de los alumnos (entre otros, Dictamen 2207/2001). Con ello no se niega el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, sino que únicamente se quiere destacar que, al menos en estos casos concretos, la relación de causalidad no puede interpretarse de una manera tan rígida.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, al no concurrir la imprescindible relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público docente y los daños alegados por el interesado.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 219-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente escolar  
**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2011)  
**Fecha** 26/10/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Cuando el procedimiento se ha iniciado a instancia de parte y se han cumplido los requisitos establecidos por los artículos 70 LPAC y 6.1 del Reglamento de los Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración (RD 429/1993, de 23 de marzo), a cuantas actuaciones posteriores requieran ser completadas por los interesados les será aplicable lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del artículo 76 de la misma LPAC, significando la omisión del requerimiento sólo la consiguiente pérdida del trámite.

2. Cuando en esta vía de Dictamen se han abordado reclamaciones provenientes de daños causados por gravilla o piedras se ha concluido en la procedencia de que sean estimadas cuando existe prueba suficiente de tales hechos (Dictámenes 28 y 248/2002, 113/2004, 25/2006, 190/2008 y 29/2010), correspondiendo la desestimación en caso contrario (Dictámenes 41/1999 y 114/2007)."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante un escrito registrado de entrada en la Consejería consultante el 22 de marzo de 2011 x solicitó ser indemnizada en la cantidad de 839,94 euros, valor que atribuye a los daños causado en su vehículo por alumnos no identificados de infantil del Centro de Educación Infantil y Primaria San Félix, de Zarandona, que el 4 de marzo de 2011 *"lanzaron grava del patio de recreo impactando ésta sobre mi coche, aparcado en una propiedad privada colindante a dicho patio"*.

**SEGUNDO.-** Una vez admitida a trámite la reclamación por resolución del Secretario General de la Consejería de 31 de marzo, notificada a la interesada el 11 de abril siguiente, se solicitó a dicha interesada que aportara documentación justificativa de la propiedad del vehículo, de la póliza de seguro y de que la compañía no había hecho efectiva cantidad alguna por los mismos hechos, bajo advertencia de entender desestimada la pretensión por así disponer el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Se solicitó nueva subsanación documental mediante escrito de 25 de abril de 2011, con la misma advertencia de archivo, aportando la interesada, entre otros documentos, el acreditativo de la propiedad del vehículo, que resulta ser x, siguiéndose las

actuaciones posteriores con la inicial promotora del procedimiento a título de representante, y la factura de la reparación, por el importe reclamado en el escrito inicial.

**TERCERO.-** El 6 de abril de 2011 se solicitó informe al Centro sobre las circunstancias que concurrieron en el accidente, señalando la Directora del mismo lo siguiente (12 de abril de 2011):

*“el día 4 de marzo de 2011, a las 9 horas, se personó en mi despacho x, con DNI, --, vecina cuya propiedad privada linda con el patio de infantil. Presentó una queja verbal informando que el día 3-3-2011 mientras su coche estaba aparcado en su propiedad junto a la valla del patio de infantil, donde lo aparca habitualmente, su coche había sufrido desperfectos en la pintura. Se trata de un Seat Ibiza de 5 puertas matrícula --, de color negro metalizado. Me personé donde estaba el coche aparcado observando que en el lateral que quedaba expuesto a la valla del centro presentaba daños en la pintura y había grava similar a la del patio de infantil en el patio de dicha vecina, con lo cual cabe la posibilidad de que esta grava procediera del patio de infantil, al estar el patio de x asfaltado y no tener piedras parecidas en él. Por otra parte, el profesorado de infantil no tiene conocimiento consciente de que sus alumnos lanzaran en algún momento grava contra el citado coche, con lo cual se desconoce en qué momento del día se produjeron los daños. Me gustaría destacar que hasta la fecha no se había producido ningún problema con esta familia, con la que hemos tenido una convivencia amistosa desde la construcción del pabellón de infantil”.*

**CUARTO.-** Por la instrucción se solicitó informe al Parque Móvil el 16 de mayo de 2011 para que, a la vista de la factura y del presupuesto de la reparación, emita informe sobre la adecuación de los precios a los valores de mercado, lo que hizo el 22 de junio, afirmando que los conceptos facturados se ajustan aproximadamente a los precios de mercado.

**QUINTO.-** Dada audiencia sin que se formularan alegaciones, la instructora elaboró la propuesta de resolución que concluía en estimar la reclamación por el importe solicitado; partiendo de que existe un daño probado, argumenta la relación de causalidad sobre el hecho de que las piedras causantes del daño fueron lanzadas por los alumnos del centro, ya que las existentes junto al vehículo eran similares a las del patio, acción que era previsible y que, sin embargo, no fue presenciada por profesor alguno del centro. Considera que la existencia de piedras en el recinto escolar con las que puedan jugar los alumnos es una anomalía de funcionamiento del servicio público.

Unidos el índice de documentos y el extracto de secretaría, el 21 de julio de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

La acción ha sido ejercitada por quien ha sufrido el daño por el que se reclama. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación, Formación y Empleo competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales, aunque se advierte una aplicación desproporcionada del artículo 71 LPAC en lo relativo al posible desistimiento presunto del promotor del procedimiento por no subsanar las carencias del escrito inicial con la documentación solicitada por la instrucción. Cuando el procedimiento se ha iniciado a instancia de parte y se han cumplido los requisitos establecidos por los artículos 70 LPAC y 6.1 del Reglamento de los Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración (RD 429/1993, de 23 de marzo), a cuantas actuaciones posteriores requieran ser completadas por los interesados les será

aplicable lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del artículo 76 de la misma LPAC, significando la omisión del requerimiento sólo la consiguiente pérdida del trámite.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. Conforme se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, aquéllos tienen el derecho a que la Administración les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley.

Ahora bien, este Consejo Jurídico viene reiterando que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999, entre muchas otras). Asimismo el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que “durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”.

II. La propuesta de resolución, resumida en el Antecedente Quinto, afirma que existe la necesaria relación de causalidad entre el daño y el actuar administrativo, con la consiguiente responsabilidad patrimonial administrativa, porque considera que la existencia de piedras en el recinto escolar destinado a patio de recreo de los alumnos es asimilable a un defecto en las instalaciones del centro, que genera un riesgo productor de daños previsibles y que son imputables al servicio público, dada la coincidencia de la grava del patio con la de la propiedad en la que estaba aparcado el vehículo.

Sin embargo, resulta de diversos Dictámenes (los nºs 78/2005 y 86 y 106/2006) que es diferente la existencia en el patio de “piedras”, o de gravilla, ya que respecto a ésta debe seguirse el reiterado criterio de la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Dirección General competente de que, con carácter general, el uso de tal gravilla se considera adecuado para revestir la superficie del recinto escolar, sin perjuicio de circunstancias concretas que pudieran motivar otro

parecer, como en los casos en que la gravilla hubiera invadido superficies duras, o estuviera sometida a humedad.

La sola existencia de la gravilla en el patio no puede considerarse, como parece pretender la propuesta de resolución, una deficiencia en la instalación escolar, ya que, empleada y conservada correctamente, constituye una superficie adecuada y comúnmente utilizada en esta clase de recintos, según se desprende de los informes de la mencionada Unidad Técnica reseñados en los citados Dictámenes.

Quedaría por determinar si el servicio de vigilancia de los cuidadores funcionó. En el informe emitido se indica que los profesores desconocen la ubicación temporal del momento en que se producen los hechos (*“el profesorado de infantil no tiene conocimiento consciente de que sus alumnos lanzaran en algún momento grava contra el citado coche”*) por lo cual no hay elementos que permitan dudar de que el funcionamiento del servicio público educativo se mantuvo dentro de los estándares exigibles.

La única prueba sobre el origen de los daños son las manifestaciones de la reclamante, que declara que éstos se produjeron por alumnos no identificados que arrojaron grava desde el patio del centro a su propiedad, sin determinar un momento más preciso de tales acciones, ni la identidad de algún testigo y, en definitiva, careciendo de datos a partir de los cuales poder instruir el expediente para aportar mayores elementos de convicción que sus solas afirmaciones. La mera existencia de gravilla en la propiedad colindante, semejante a la del patio del centro, carece de fuerza para ayudar a ese convencimiento.

Con tan escasa apoyatura probatoria, es evidente que no puede tenerse por acreditado hecho alguno en el que fundar la antedicha relación de causalidad, por lo que tal circunstancia justifica por sí sola la desestimación de la reclamación, ya que, de admitirse la virtualidad probatoria de las simples manifestaciones de los reclamantes, se daría pie a infinidad de instancias basadas en este exclusivo fundamento, con los evidentes riesgos que ello supondría para la Administración Pública y su Hacienda, que no puede convertirse en una aseguradora universal de todo daño que sufran los particulares.

Cuando en esta vía de Dictamen se han abordado reclamaciones provenientes de daños causados por gravilla o piedras se ha concluido en la procedencia de que sean estimadas cuando existe prueba suficiente de tales hechos (Dictámenes 28 y 248/2002, 113/2004, 25/2006, 190/2008 y 29/2010), correspondiendo la desestimación en caso contrario (Dictámenes 41/1999 y 114/2007).

**CUARTA.- Valoración del daño.**

Al margen de lo anterior, tampoco se ha probado que la valoración del daño causado sea la reclamada, porque, a la vista del presupuesto y de su factura, no resulta aventurado afirmar que la reparación sobrepasa los desperfectos que probablemente puede provocar la “grava” arrojada por manos infantiles.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución estimatoria, al no haberse probado la imputación de los daños sufridos por la reclamante al funcionamiento del servicio público docente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 220-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por el mal funcionamiento de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación.
<b>Consultante</b>	Consejero de Universidades, Empresa e Investigación (2008)
<b>Fecha</b>	26/10/2011

**Extracto de doctrina**

Existe un concierto de voluntades en llevar a buen término la contratación laboral, que sólo como consecuencia exclusiva del proceder administrativo y pese a reunir todos los requisitos y haber acreditado su capacidad, superando el proceso selectivo y ajustando su conducta a los actos de la Administración, el hoy reclamante se ve privado de todo derecho, por una acción - mejor inacción- de la Administración regional, que no se ajusta a las exigencias derivadas del principio de la protección de la confianza legítima.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 5 de octubre de 2010, x presentó escrito, dirigido a la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación, de reclamación de responsabilidad patrimonial. En síntesis, en el mismo expresa que, tras presentar dicha Consejería al Servicio Regional de Empleo y Formación (SEF) una oferta de empleo para la contratación por la misma de dos técnicos de archivo, dentro del programa “*Empleo Público Local e Institucional*”, el 29 de septiembre de 2009 la Consejería comunicó al citado Organismo que la compareciente había sido considerada “*admitida*” por la misma para dicha contratación, por lo que, al registrar esa situación, el SEF la excluyó a efectos de otras ofertas posteriores de características similares. Añade la reclamante que en el mes de octubre de 2009 firmó contrato de trabajo con dicha Consejería, para iniciar el 15 de octubre de ese mes los servicios de Bibliotecaria, durante un período de nueve meses, con una retribución total de 23.430 euros, sin que se le diera copia del mismo ni se le llamara nunca para iniciar el trabajo contratado, habiendo acudido a aquélla en diversas ocasiones para solicitar explicación al respecto y una copia del expediente, sin que se le hubiera facilitado debidamente, aunque se le expidió un certificado por el Jefe de Servicio de Régimen Interior acreditando haber sido seleccionada como Diplomada en Biblioteconomía y Documentación. Considera que el funcionamiento incorrecto de la Consejería le ha ocasionado perjuicios, en forma del salario correspondiente a dicho contrato, o a otro trabajo que pudiera habersele asignado y que no pudo conseguir al excluirle el SEF de la posibilidad de acceder a otras ofertas posteriores de características similares una vez este Organismo conoció que había sido seleccionada por la

Consejería, a cuyo efecto solicita que se requiera al SEF para que certifique tal exclusión. Finalmente, pide una indemnización de 23.400 euros.

A su escrito adjunta un certificado de 20 de octubre de 2009 del Jefe de Servicio de Régimen Interior de la citada Consejería en el que expresa que la interesada ha sido seleccionada como Diplomada en Biblioteconomía y Documentación, estando próxima su incorporación a dicha Consejería con un contrato de trabajo de duración determinada de nueve meses.

**SEGUNDO.-** Con fecha 15 de octubre de 2010 el Secretario General de la citada Consejería, por delegación del Consejero, dictó Orden de inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, nombrando instructor y requiriendo a la reclamante la presentación de determinada documentación, requerimiento que ésta cumplimentó mediante escrito presentado el 15 de noviembre de 2010.

**TERCERO.-** Solicitado por la instructora la remisión del expediente de referencia y la emisión de informe al Servicio de Régimen Interior de la Secretaría General de la Consejería, ello fue cumplimentado el 23 de julio de 2010. En el informe emitido por dicho Servicio se expresa lo siguiente:

*“1º) Por Resolución de 7 de abril de 2009 (BORM nº 85 de 15 de abril), del Director General del Servicio de Empleo se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones del programa de fomento del empleo denominado "Empleo público local e institucional".*

*2º) Con fecha 23 de abril de 2009, esta Consejería solicita subvención al Servicio de Empleo y Formación (registro de entrada en ese Servicio de 5 de mayo), para la contratación de dos Diplomados en Biblioteconomía y Documentación.*

*3º) Con fecha 29 de mayo de 2009, por el SEF se requiere a esta Consejería la subsanación y aportación de más documentación.*

*4º) Consecuencia de lo anterior se remite nueva solicitud con fecha 10 de junio en la que se cumplimenta lo requerido.*

*5º) Con fecha 21 de julio de 2009, el SEF comunica para su aceptación, en su caso, de la concesión de una subvención por importe de 43.367,48 €. Dicha subvención fue aceptada el 31 de julio de 2009.*

6º) El 7 de agosto de 2009 se notifica a esta Consejería Resolución de concesión de subvención de 29 de julio de 2009 del Director del Servicio de Empleo y Formación.

7º) El 2 de septiembre de 2009 el Servicio de Régimen Interior remite al Jefe de Servicio Económico y de Contratación la Resolución de concesión de subvención a efectos de la generación de crédito en el capítulo de ingresos correspondiente.

8º) El 9 de septiembre de 2009, a la vista de la concesión de la subvención, se remite al SEF oferta de empleo de los referidos puestos de trabajo.

9º) El 2 de octubre de 2009, a la vista de las personas (pre)seleccionadas por el SEF, el Servicio de Régimen interior propone la contratación de 2 personas, entre las que se encuentra x.

10º) En fecha 5 de octubre de 2009, x firma el correspondiente impreso a efectos de seguir los trámites administrativos correspondientes para la posible formalización del contrato de trabajo, supeditado a que el expediente sea fiscalizado de conformidad por la Intervención Delegada de esta Consejería.

11º) El 8 de octubre de 2009 el Servicio de Régimen interior remite escrito al Servicio Económico y de Contratación, interesando se expida el correspondiente documento plurianual que afectaría a los ejercicios 2009 y 2010, produciéndose la generación de crédito el 9 de noviembre de 2009.

12º) Una vez realizados los trámites pertinentes, el referido expediente es remitido el 18 de noviembre de 2009 a la Intervención Delegada a efectos de su fiscalización previa.

13º) El 20 de noviembre de 2009, la Intervención Delegada devuelve el expediente a efectos de que se acompañen las autorizaciones a las que se refiere el artículo 32,2 de la Ley 8/2008 de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2009, así como otros documentos.

14º) Con fecha 20 de noviembre de 2009, esta Secretaría General remite oficio a la Dirección General de Empleo Público solicitando la autorización de la celebración del contrato correspondiente para un periodo de 9 meses.

15º) El 25 de noviembre de 2009 se autoriza por la Dirección General de Empleo Público y por la Dirección General de Presupuestos la provisión de dicho puesto de trabajo.

16º) *El 30 de noviembre de 2009, por el Servicio de Régimen Interior se remite a Intervención Delegada la citada autorización para la provisión de dicho puesto de trabajo.*

17º) *Con fecha 1 de diciembre de 2009 la Intervención Delegada devuelve al Servicio Económico y de Contratación, sin fiscalizar, el expediente relativo a la propuesta de contratación, aduciendo determinadas razones que constan en su escrito.*

18º) *Llegados a este punto no se pudo seguir la tramitación del expediente de contratación, debido, por un lado, a que la Orden del SEF de convocatoria de subvenciones establecía que las actividades deberían iniciarse, en todo caso, antes del 1 de diciembre del año en curso, y por otro, a la Orden de la Dirección General de Economía y Hacienda de 24 de noviembre de 2009 (BORM de 26-11-2009), de modificación de la Orden de cierre del ejercicio de 2009, que determinaba en su artículo 4.2 que los documentos contables mediante los que se proponga el reconocimiento de obligaciones tendría como fecha límite de entrada en las Intervenciones competentes el día 1 de diciembre de 2009”.*

**CUARTO.-** Obra en el expediente informe de la Directora de la Oficina de Empleo de Murcia-Jorge Juan, de 30 de noviembre de 2010, en el que, en síntesis, expresa que, cuando el 1 de octubre la citada Consejería les comunicó que la interesada había sido seleccionada para el contrato de referencia, fue excluida de posteriores ofertas de empleo muy similares que se presentaron en dicha oficina.

**QUINTO.-** Mediante oficio de 15 de diciembre de 2010 se otorgó trámite de audiencia a la reclamante, que tomó vista del expediente el 4 de enero de 2011 y presentó alegaciones el 17 siguiente, en las que, en síntesis, expresa que del expediente se desprende que el 5 de octubre de 2009 firmó el contrato de trabajo en cuestión, en el que se establecía un salario total de 21.939,12 euros, por nueve meses de trabajo, si bien no se llegó a producir su contratación porque, por causas totalmente imputables a la Administración, en la tramitación del procedimiento se llegó a la fecha límite de 1 de diciembre de 2009, a partir de la cual no era posible dicha contratación, según lo expuesto en el informe emitido por el Jefe de Servicio de Régimen Interior, antes citado. Considera que ello constituyó un funcionamiento incorrecto de los servicios de la Consejería que le causó perjuicios económicos en la cuantía de los emolumentos salariales que dejó de percibir por el contrato en cuestión o por otro que pudiera haber celebrado de no habérsela excluido por el SEF

de otras ofertas posteriores una vez la Consejería le comunicó a dicho Organismo que había sido seleccionada, por lo que solicita una indemnización de 21.939,12 euros.

**SEXTO.-** El 26 de enero de 2011 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que la Administración no tenía obligación de contratar en todo caso a la interesada, que sólo tenía una expectativa al respecto, por lo que, con independencia de las causas por las que no se llegó a realizar la contratación, aquélla no era titular de un derecho a ser contratado, por lo que no se le ha causado un daño que deba calificarse de antijurídico.

**SÉPTIMO.-** En la fecha y por el órgano indicados en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a la reclamante, en cuanto reclama indemnización por daños que alega haber sufrido por causa de no haber sido contratada por la Administración regional.

La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse a su actuación los daños por los que se reclama indemnización.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no hay objeciones que oponer, considerando que no consta que la interesada conociera el acaecimiento del hecho que, en hipótesis, hubiera de considerarse lesivo de sus derechos (el tácito desistimiento por parte de la Administración regional, a partir del 1 de diciembre de 2009, del procedimiento administrativo tendente a la contratación laboral de referencia) hasta que, en el seno del presente procedimiento de responsabilidad, conoció las actuaciones realizadas en el primero, en unión del informe reseñado en el Antecedente Tercero, que viene a expresar las razones de tal tácito desistimiento.

III. En cuanto al procedimiento que nos ocupa, cabe señalar que, en lo esencial, se han seguido los trámites legales y reglamentarios aplicables.

**TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial.**

La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

**CUARTA.- Los hechos que fundan la reclamación y los daños por los que se reclama indemnización.**

La reclamante imputa la producción de los daños por los que reclama indemnización al hecho de que no fuera contratado por la Administración regional (mediante la celebración de un contrato laboral para la realización de un servicio determinado –trabajos de documentación para la Consejería consultante-) a pesar de haber sido previamente seleccionada y propuesta a tal efecto por la misma. Dichos daños los cifra en el salario que hubiera percibido de llegarse a realizar tal contratación, que cifra en 21.939,12 euros, según la propuesta de contrato que firmó el 5 de octubre de 2009.

Sin perjuicio de lo anterior, y formulado de un modo que cabe entender tácitamente como subsidiario a la anterior determinación de daños, la reclamante también hace referencia a los perjuicios económicos derivados de la pérdida de la oportunidad de haber podido ser contratada por otras entidades dentro del programa de empleo (*“empleo público local e institucional”*) en el que estaba inscrito en el SEF, pues cuando la Consejería comunicó a este Organismo que había sido *“admitida”* para la contratación por parte de ésta, fue excluida por el mismo a efectos de ofertas de empleo posteriores a la presentada en su día por la referida Consejería.

**QUINTA.- La causa de la contratación laboral y sus efectos en materia de responsabilidad patrimonial.**

Los hechos expuestos con anterioridad revelan que se trata de un supuesto idéntico al abordado en nuestro reciente Dictamen 202/2011, de 10 de octubre, resultando ser aquí la reclamante la otra persona seleccionada por la Consejería consultante y que no llegó a ser contratada por las circunstancias expuestas en los Antecedentes. Ante ello, procede reiterar lo expresado en el citado Dictamen, aplicado al caso que ahora nos ocupa.

Antes de entrar en el análisis de los concretos elementos de la responsabilidad patrimonial, las peculiaridades del supuesto sometido a consulta exigen una consideración detenida acerca del contrato laboral a cuya falta de formalización se imputa el daño, pues su estrecha relación con la actividad administrativa de fomento del empleo incide sustancialmente en la determinación del alcance del daño y modula las consecuencias de la frustración de las expectativas laborales generadas en la interesada.

I. El fomento del empleo como causa primordial del contrato de trabajo en cuestión.

En efecto, en la base de la contratación de referencia se encuentra la participación de la Administración regional en un programa de fomento del empleo, que subvenciona los costes

laborales de la contratación de desempleados por parte de entidades y organismos públicos. Y esta participación condiciona aspectos tan sustanciales del contrato como la prestación de trabajo que constituye su objeto e, incluso, el procedimiento y los criterios para la selección de los futuros trabajadores.

Supeditada legalmente la concesión de la subvención por parte del SEF al Organismo demandante de empleo (aquí, la Consejería consultante) al cumplimiento de las condiciones establecidas en la Orden de 10 de abril de 2006, de la Presidenta del SEF, una de tales condiciones es que la actividad laboral subvencionada ha de comenzar siempre en el año de convocatoria de la subvención, en un plazo no superior a 45 días desde la concesión de aquélla y siempre antes del 1 de diciembre de ese mismo año (art. 9.2 de la citada Orden de bases, tras su modificación por Orden de la misma Presidenta de 31 de marzo de 2009, aplicable al caso). La duración de los contratos no podrá ser superior a nueve meses ni inferior a seis.

Por lo que respecta a la selección, el artículo 25 de la indicada Orden establece que los trabajadores a contratar habrán de ser desempleados inscritos en las Oficinas de Empleo del SEF. Conforme con el artículo 26, una vez aprobado el proyecto de obras o servicios a realizar para el que se concede la subvención, la entidad beneficiaria debe elaborar una oferta de empleo de carácter genérico, que presenta a la Oficina de Empleo, solicitándole la preselección de candidatos. Una vez preseleccionados éstos por la Oficina de Empleo, la entidad beneficiaria (la Consejería) procederá a la selección final de los mismos, estableciendo la Orden los criterios específicos a utilizar para ello y el procedimiento, que deberá estar informado por los principios de publicidad, objetividad e imparcialidad (art. 26.2).

El artículo 26.3 de la referida Orden establece que las entidades beneficiarias *“contratarán a los trabajadores que finalmente hayan seleccionado utilizando cualquiera de las modalidades de contratación vigentes”*, que deberá formalizarse por escrito. Los modelos específicos para instrumentar los contratos se facilitarán por la Oficina de Empleo y *“necesariamente incluirán la identificación del proyecto que figure en la resolución de concesión de la subvención”*.

Así pues, cuando la Administración regional propone la contratación de la hoy reclamante lo hace con sometimiento a una acción de fomento del empleo, lo que implicaba que, para que la Consejería pudiese obtener la subvención para la contratación de la interesada (sin la cual no parece dudoso que la contratación no hubiese tenido lugar), tenía que realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamentaba la concesión de la subvención.

Ese condicionamiento conlleva, además, aceptar ciertas limitaciones en cuanto al tipo y objeto del contrato y someterse a un procedimiento “*ad hoc*” de selección de la persona a contratar, cuya justificación reside en que no se trata de seleccionar a un trabajador para el desempeño de un puesto de la estructura organizativa permanente del ente beneficiario de la subvención, sino uno creado también “*ad hoc*” en atención a los fines que con esa acción coyuntural de fomento se trataban de alcanzar, entre los que se encontraba el de suministrar colocación a determinados desempleados, fin éste que se convierte así en causa primordial de la contratación.

Y es precisamente esta estrechísima vinculación entre subvención y contrato la que permite efectuar una selección de personal laboral temporal de la Administración al margen de los procedimientos ordinarios establecidos al efecto por Orden de 27 de julio de 2001, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se regula la selección de personal interino y laboral temporal de la Administración Pública Regional, norma a la que de modo necesario debería haber acudido la Consejería de Presidencia para contratar a un empleado público de no ser por la excepción que la medida de fomento del empleo conllevaba. Adviértase, entonces, que de no venir la contratación pretendida por la Administración absolutamente mediatizada y condicionada por las bases de la subvención, la reclamante no habría sido seleccionada ni propuesta para el puesto, toda vez que no consta que participara en ninguna de las pruebas selectivas reguladas por la indicada norma.

II. Derecho a ser contratado y expectativa laboral: la determinación del daño efectivo y su antijuridicidad.

Del expediente se desprende que, tras ser preseleccionada por la Oficina de Empleo, la reclamante se presentó ante la Consejería ofertante del empleo que, tras valorar a los siete preseleccionados por el SEF, selecciona a la misma. Así consta en el informe de 2 de octubre de 2009 del Jefe de Servicio de Régimen Interior obrante en el expediente y en el certificado aportado por aquélla, y dicho funcionario propone en tal fecha su contratación al Secretario General de la indicada Consejería, quien el 5 de octubre de 2009, junto con la reclamante, firman una propuesta de contrato por obra o servicio determinado (la realización de trabajos de documentalista) con un plazo de duración de entre el 15 de octubre de 2009 al 14 de julio de 2010 (nótese que son los nueve meses que la Orden de subvención establecía como plazo máximo de estos contratos subvencionados).

El problema surge cuando posteriormente la Intervención Delegada formula diversos reparos en el seno del expediente de contratación, realizando la Consejería interesada las oportunas actuaciones de subsanación de tales reparos hasta que, remitida a dicha Intervención una propuesta de contrato el 30 de noviembre de 2009, el 1 de diciembre de 2010 (fecha en la que,

como máximo, debía iniciarse la actividad laboral subvencionada) responde tal Intervención con un nuevo reparo, relativo al desfase de las fechas de comienzo del trabajo previstas en la propuesta de contrato que se le remite para fiscalización, desfase que requiere, esencialmente, un recálculo de las retribuciones. Ello hace que en esa fecha se supere el límite temporal máximo de inicio de la actividad establecido por el SEF, además de la imposibilidad de tramitar contablemente el reconocimiento de la obligación económica dimanante del futuro contrato, pues el plazo máximo a estos efectos terminaba precisamente el 1 de diciembre de 2009, según la Orden de la Consejería de Hacienda de 24 de noviembre de ese año.

En consecuencia, a partir del 1 de diciembre de 2010, el contrato de trabajo queda, en la práctica, sin cobertura presupuestaria. La observancia del principio de legalidad presupuestaria (art. 27 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, TRLH, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre), que impone la necesidad de que las obligaciones de los entes públicos estén previstas presupuestariamente (tanto su existencia como su importe) y cuyo incumplimiento tiene anudada como consecuencia legal la nulidad de pleno derecho (art. 36 TRLH), impide celebrar un contrato sin dotación presupuestaria, lo que obliga a la Consejería a desistir tácitamente del mismo, pues no realiza actuación alguna posterior.

Del supuesto así planteado surgen las siguientes consecuencias jurídicas:

a) Nos encontramos ante un procedimiento especial de selección de personal laboral temporal, en el que la Administración no sólo efectúa una oferta de empleo ante el servicio público de empleo, sino que incluso recibe a los candidatos preseleccionados por el SEF y los evalúa para seleccionar a uno de ellos, al cual propone para su contratación. Existen, por tanto, actos propios de la Administración regional que, al contrario de lo expresado por la propuesta de resolución, la vinculan y generan en la interesada unas expectativas de contratación que aquélla no puede desconocer sin más, pues se lo impide el principio de confianza legítima.

La reforma de 1999 de la LPAC introdujo en su artículo 3.1, junto al principio de buena fe, el de confianza legítima, como derivaciones del de seguridad jurídica. Como recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala 3ª, de 12 junio de 2006, *“Son numerosas las Sentencias de esta Sala que han explicado el alcance del principio de protección de la confianza legítima, contándose entre las más recientes, las de 6 de octubre (casación 31/2003), 27 de abril (casación 7362/2002) y 15 de abril (casación 2900/2002), todas de 2005. Y, también, las de 16 de mayo de 2000 (casación 7217/1995) y 17 de febrero de 1999 (casación 3440/1993). En todas ellas se hace explícita la idea de que ese principio, que combina elementos de la doctrina de los actos propios, de la buena fe y de la misma seguridad jurídica, se alza contra actuaciones de la Administración incoherentes con*

*las que ha mantenido con anterioridad en relación con un particular -que ha obrado conforme a Derecho y a lo resuelto por aquélla- y determinantes de un perjuicio para éste que no debe soportar. Principio que puede comportar, entre sus efectos, la invalidez de esos actos, la conservación de otros que, de no mediar la confianza legítima, deberían desaparecer, o la responsabilidad patrimonial de la Administración”.*

No debemos olvidar que existe un concierto de voluntades en llevar a buen término la contratación laboral, que sólo como consecuencia exclusiva del proceder administrativo y pese a reunir todos los requisitos y haber acreditado su capacidad, superando el proceso selectivo y ajustando su conducta a los actos de la Administración, la reclamante se ve privada de todo derecho, por una acción -mejor inacción- de la Administración regional, que no se ajusta a las exigencias derivadas del principio de la protección de la confianza legítima.

Así pues, en el momento en que se frustra la contratación, no cabe considerar que la interesada sólo es titular de una mera expectativa indigna de cualquier protección jurídica. Y es que, a diferencia del supuesto esgrimido por la propuesta de resolución y decidido en la STSJ Madrid 996/2004, de 15 de junio, en que la Administración no realiza acto alguno de selección del candidato preseleccionado por el Servicio Público de Empleo, en el ahora sometido a consulta la Administración oferente de trabajo no sólo admite su idoneidad inicial, sino que lo evalúa, selecciona y propone para su contratación, viéndose frustrada ésta únicamente por actuaciones imputables a la Administración regional.

La STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de septiembre de 2006 señala que *“con independencia de que el contrato hubiera sólo sido firmado por una de las partes, una cosa es la perfección de la relación jurídica laboral y otra la posible existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública si concurren los presupuestos legalmente establecidos”*, estimando el derecho a una cierta indemnización debido a que el órgano administrativo correspondiente seleccionó al reclamante para el trabajo de que allí se trataba y así se lo comunicó.

Ha de precisarse que no se trata aquí de declarar el derecho del interesado a percibir las retribuciones correspondientes al contrato en cumplimiento del mismo (responsabilidad contractual), toda vez que éste no llegó a perfeccionarse, por lo que no resultan exigibles las obligaciones recíprocas derivadas de aquél (prestación de trabajo y retribución, respectivamente), de forma tal que sólo quepa reconocer una indemnización equivalente al salario que hubiera podido devengarse durante todo el tiempo del contrato, según luego se dirá. Pero ello no obsta para que la no formalización del contrato genere un daño efectivo al particular, como lucro cesante, equivalente

a una cierta cantidad resarcitoria de las ganancias dejadas de percibir, las cuales, dado el momento en que se frustró la contratación y las circunstancias concurrentes ya expuestas, no cabe considerar como dudosas o meramente contingentes, sino, antes bien, dotadas de certidumbre, pues de haberse desenvuelto el procedimiento de contratación con regularidad, cabe considerar como segura la formalización del contrato.

b) Si de lo hasta aquí expuesto se deduce la existencia de un daño efectivo y de la necesaria causalidad entre aquél y el funcionamiento del servicio público de contratación laboral, resta por analizar la antijuridicidad del daño, entendida como la ausencia de obligación del perjudicado de soportarlo.

Ya señalamos anteriormente que el contrato de trabajo en cuestión venía plenamente condicionado por la medida de fomento del empleo que constituía su causa primordial, de modo que sin la correspondiente subvención, el contrato no habría llegado a existir. De hecho, el tácito desistimiento de la Administración para contratar está motivado, por un lado, en el acaecimiento de un hecho, la llegada de una determinada fecha, que acarrearía la pérdida de la subvención, lo que dejaría sin dotación presupuestaria al contrato ofrecido a partir de la fecha en que se supera el límite temporal de inicio de la actividad subvencionada; de otro, en la llegada a la fecha límite de reconocimiento contable de obligaciones con cargo al presupuesto regional.

A partir de tal momento, ya no puede la Administración formalizar el contrato, que ha quedado privado de su causa primordial, y cuyo perfeccionamiento sería contrario al principio de legalidad presupuestaria. Ahora bien, la pérdida de la subvención sólo es imputable a la Administración, por lo que la interesada no tenía el deber jurídico de soportar las consecuencias negativas que para él se derivaban de tal situación.

Procede en consecuencia declarar el derecho de la reclamante a ser indemnizada, pues concurren en el supuesto todos los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

#### **SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

En aplicación del principio de reparación integral del daño que rige el instituto de la responsabilidad patrimonial, la obligación del responsable se extiende a indemnizar tanto los daños producidos (daño emergente) como los beneficios dejados de percibir (lucro cesante).

La pretensión económica de la interesada se desglosa en los siguientes conceptos:

I. Pretensión principal: retribuciones dejadas de percibir por el contrato de referencia.

La concesión del lucro cesante requiere una prueba seria y rigurosa de su existencia, debiendo rechazarse, de acuerdo con la jurisprudencia, las ganancias dudosas y contingentes, las meras conjeturas o especulaciones y también las simples expectativas (SSTS, Sala 3ª, de 11 de junio de 2002 y 2 de octubre de 1999, entre otras). Así, para conceder indemnización por este concepto *“es preciso representarse que la ganancia se obtendría conforme al curso normal de los acontecimientos de no mediar el factor desencadenante del daño, con arreglo al también normal desenvolvimiento de la actividad que generaría el lucro esperado”* (STSJ Madrid, de 18 de marzo de 2003).

Para la reclamante, de no ser por la anormal actuación de la Administración, el contrato se habría formalizado y habría desempeñado su trabajo durante los nueve meses de duración máxima del contrato. Por lo que su pretensión se refiere al total de la retribución correspondiente a dicho período.

Sin embargo, ha de tomarse en consideración que la modalidad contractual utilizada es la de obra o servicio determinado, en la que lo esencial en cuanto a la duración del contrato es el tiempo que se tarde en ejecutar la obra o prestar el servicio, lo que deja en una cierta indefinición el período de efectiva prestación laboral de haberse formalizado el contrato, siendo la fecha de nueve meses un simple tope legal fijado por imperativo de la normativa reguladora de la subvención, pero no predetermina que tal obra o servicio determinado necesitase real y efectivamente de tales nueve meses para ser realizado. Considera el Consejo Jurídico que, comoquiera que los proyectos subvencionables habían de tener una duración comprendida entre los seis y los nueve meses (art. 26.3, letra k, de la Orden de bases), y que la reclamante no se ha visto obligada a llevar a efecto las prestaciones y atender los gastos que el desempeño del puesto de trabajo exige (criterio moderador del importe de la indemnización utilizado por la Audiencia Nacional en sentencia de 21 de febrero de 2007), procede, por razones de equidad, atender a dicha duración mínima y fijar una indemnización en cuantía equivalente a las retribuciones correspondientes a seis meses de duración del contrato.

En cualquier caso, y atendida la condición de demandante de empleo de la reclamante cuando acude a la oferta de la Administración, deben detraerse de tal cantidad las cuantías que en concepto de prestación por desempleo hubiera percibido durante el indicado período de seis meses, que habría de computarse desde la fecha prevista para el inicio del contrato, el 15 de

octubre de 2009. De conformidad con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 8 de junio de 2000, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, y los Dictámenes núm. 40/2000 y 158/2004 del Consejo Jurídico, las cantidades que durante estos meses cobró en concepto de desempleo deberán deducirse del sueldo que hubiera podido percibir de haber sido contratada, con la finalidad de evitar un enriquecimiento injusto, que inevitablemente se produciría de no hacerlo así, ya que habría cobrado el sueldo íntegro correspondiente al puesto y la cantidad por desempleo, lo que de acuerdo con los artículos 212 y 213 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, sería imposible. Obviamente, y por las mismas razones, habrían de detraerse las retribuciones salariales que hubiera podido percibir en tal periodo si constara haber desempeñado un trabajo, a cuyo efecto debería requerirse de la Seguridad Social el oportuno informe de vida laboral.

II. Pretensión subsidiaria: ganancias dejadas de percibir por otros contratos que pudiera haber suscrito a virtud de ofertas de empleo posteriores a la de la Consejería en cuestión, y de las que fue excluida por el SEF por haber sido seleccionada por aquélla.

En relación con esta pretensión, cabe señalar, de principio, que, en teoría, sólo cabría indemnizar por este concepto en la diferencia que pudiera existir con la cantidad que se ha reconocido como indemnizable en el apartado anterior. Sin embargo, no ha lugar a tal indemnización, pues nada se ha acreditado al efecto. Así, por un lado, la interesada no acredita que, tras su selección por la citada Consejería, reuniera los requisitos y méritos necesarios para haber sido preseleccionada por el SEF en las ofertas (*“similares”*) que dicho Organismo indica que recibió posteriormente a conocer la selección de la reclamante por la Consejería consultante; e incluso de acreditarse la existencia de tales posteriores ofertas y su posible preselección, la apuntada imposibilidad jurídica de indemnizar simples expectativas remotas de obtener un empleo, implicaría la necesidad de acreditar de un modo razonable que la interesada habría sido seleccionada para el trabajo ofrecido en una de esas posteriores ofertas de empleo (de entre las personas que hubieran preseleccionadas por el SEF) conforme con los criterios empleados al efecto por el eventual organismo público demandante de empleo. Ello requeriría una evaluación de la documentación y actuaciones realizadas por el SEF y por dicho eventual organismo, y su contraste con los méritos y la situación del reclamante en esos hipotéticos procesos selectivos, sin que, como se dice, nada se haya acreditado en el caso.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que sí concurren los elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, conforme a lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

**SEGUNDA.**- La cuantía de la indemnización habrá de fijarse en atención a los criterios indicados en la Consideración Sexta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 221-2011**

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto por el que se desarrolla el derecho a la asistencia sanitaria solidaria para ciudadanos extranjeros carentes de recursos económicos que se encuentren en la Región de Murcia.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	31/10/2011

**Extracto doctrina**

El Proyecto debería tener en cuenta, al menos, unos datos mínimos verificados de partida, que permitan probar que el inmigrante reside de facto en un municipio de la Región, y que, al mismo tiempo, permita conocer también las razones de la falta de empadronamiento, que viene, en realidad, a anticipar la previsión contenida en la Disposición adicional primera del Proyecto, acerca de la colaboración del Servicio Murciano de Salud en la regulación del empadronamiento.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Por Resolución de 9 de octubre de 2009 de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Consumo, se inicia el procedimiento de elaboración de un Proyecto de Decreto que desarrolla el acceso a la asistencia sanitaria de los extranjeros no empadronados y sin recursos económicos, que no tengan reconocido tal derecho por la normativa estatal, mientras regularizan su situación, conforme a las previsiones del artículo 20.3 de la Ley regional 3/2009, de 11 de mayo, de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia (en adelante Ley 3/2009). Consta el Borrador inicial en los folios 1 a 10 del expediente.

**SEGUNDO.-** Con fecha 4 de noviembre de 2009, se elabora la Memoria justificativa de la legalidad y oportunidad de la disposición por la Jefa de Servicio de Desarrollo Normativo, integrada por los siguientes apartados:

- Objeto del Proyecto. Es el desarrollo de la asistencia sanitaria solidaria de los ciudadanos extranjeros que carezcan de recursos económicos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en desarrollo de las previsiones contenidas en el artículo 20.3 de la Ley regional 3/2009, para hacer efectivo este derecho como expresión de la solidaridad hacia los ciudadanos que vienen a nuestra tierra buscando un futuro mejor.

- **Ámbito competencial.** Se elabora al amparo de las competencias que la Administración regional ostenta en materia de sanidad, de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado, de conformidad con el artículo 11.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1998, de 15 de junio.

- **Contenido esencial.** Se destacan los siguientes aspectos de la regulación:

1. El artículo 3.1 del Borrador acota el ámbito de aplicación de los ciudadanos extranjeros que pueden acogerse a esta norma: aquellos extranjeros no empadronados y carentes de recursos económicos, que se encuentren en la Región de Murcia, siempre que no tengan reconocido el derecho a la asistencia sanitaria pública, de conformidad con la legislación estatal.

2. En cuanto a la extensión del derecho a la asistencia sanitaria, el artículo 4.3 del Borrador garantiza el acceso al conjunto de prestaciones y servicios sanitarios que tienen reconocidos el resto de usuarios protegidos por el sistema sanitario público regional. También se contempla el derecho a la prestación farmacéutica, con el alcance establecido en el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los españoles sin recursos económicos suficientes (en lo sucesivo RD 1088/1989).

3. El reconocimiento del derecho exige la comprobación de las circunstancias expresadas para ser beneficiario de la norma, que se regula en el artículo 6, así como las previsiones presupuestarias para incorporar los créditos adicionales necesarios al Servicio Murciano de Salud (artículo 5).

4. En el artículo 8 y siguientes del Borrador se concreta el procedimiento para el acceso a tal derecho, la expedición del documento acreditativo, así como otros aspectos de la gestión y utilización de estos documentos sanitarios. Además, se fija el plazo de validez de estos documentos provisionales de asistencia sanitaria.

5. Por último, en la parte final del Borrador cabe destacar la previsión del mandato de colaboración entre las Administraciones Públicas implicadas y con Instituciones relacionadas con la extranjería, así como la promoción de actuaciones que minimicen los obstáculos lingüísticos. También la adopción de medidas para garantizar la continuidad asistencial de los menores extranjeros y mujeres embarazadas, que venían teniendo el derecho a la asistencia sanitaria, en virtud de los apartados 3 y 4 del artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Deberes de los Extranjeros en España y su Integración Social (Ley de Extranjería en lo sucesivo).

-Necesidad y oportunidad. Expresa que el Borrador desarrolla un procedimiento específico, que, según se expone, resulta imprescindible para garantizar la efectividad del ejercicio de su derecho por los ciudadanos extranjeros beneficiarios.

-Tramitación. En este apartado se establece que debe otorgarse audiencia a las organizaciones y asociaciones que guarden relación directa con el objeto de la disposición, así como al Consejo de Salud de la Región de Murcia, en su condición de máximo órgano de consulta y participación de la sanidad regional. También se considera la conveniencia de su remisión a la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración para que puedan formular alegaciones, así como que se someta a informe del Consejo Asesor “Foro Regional para la Inmigración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.9ª del Decreto 72/1998, de 20 de noviembre, modificado por el Decreto 134/2002, de 31 de octubre.

**TERCERO.-** En la misma fecha y por el mismo Servicio Jurídico, se elabora el informe sobre impacto de género en relación con el Proyecto de Decreto, en el que se destaca que la Disposición transitoria única contempla una medida específica de garantía de continuidad asistencial dirigida a las jóvenes inmigrantes que alcancen la mayoría de edad y a las embarazadas.

**CUARTO.-** Constan los siguientes trámites de audiencia:

- Instituto Nacional de Estadística.
- Federación de Municipios de la Región de Murcia.
- Colegios Oficiales de la Región de Murcia de Farmacéuticos, Médicos, Psicólogos, Diplomados en Enfermería, Educadores Sociales, Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales.
- Confederación Regional de Organizaciones Empresariales de Murcia.
- Organizaciones Sindicales (Unión General de Trabajadores, Comisiones Obreras de la Región de Murcia y Cemsatse).

Asimismo se otorgó un trámite de audiencia a la Dirección General de Administración Local y a la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración.

**QUINTO.-** El Consejo de Salud de la Región de Murcia, en su sesión de 10 de diciembre de 2009, adoptó el acuerdo de informar favorablemente el Proyecto de Decreto, según la certificación obrante en el expediente (folio 52).

**SEXTO.-** El Delegado Provincial del Instituto Nacional de Estadística remite escrito de 17 de marzo de 2010, en el que expone, en cuanto a la colaboración institucional tendente a la comprobación de la inscripción de los extranjeros en el Padrón municipal de habitantes, que existe el Sistema de Verificación de Datos de Residencia, gestionado por el Ministerio de Presidencia, cuyo acceso se puede solicitar por la unidad correspondiente.

**SÉPTIMO.-** El Secretario General del Colegio Oficial de Médicos de la Región de Murcia, mediante escrito de 8 de abril de 2010, aunque reconoce la oportunidad de la norma y que la expedición de la tarjeta provisional facilita la identificación del paciente, considera que el procedimiento de acceso al derecho de asistencia sanitaria de los extranjeros no empadronados, establecido en el artículo 8 del Proyecto, adolece de cierta inseguridad jurídica, al permitir que, en ausencia de pasaporte o cualquier cédula identificativa, baste la mera declaración responsable del interesado para recabar sus datos personales, lo que puede tener relevancia en el proceso asistencial (por ejemplo, la edad). También que, sin la existencia de un documento oficial de identificación, resultará imposible comprobar si el usuario del servicio coincide con el titular de la tarjeta.

Asimismo destaca el incremento forzoso en la demanda asistencial que la entrada en vigor de esta norma conllevará para los médicos, especialmente de familia, a pesar del carácter provisional de su asistencia, por lo que se exige una dotación presupuestaria y medios suficientes para mantener la calidad del sistema asistencial.

**OCTAVO.-** El Sindicato Comisiones Obreras de la Región de Murcia presenta alegaciones y sugerencias a la redacción concreta de determinados artículos, destacando la insuficiencia del plazo de vigencia de la tarjeta provisional (3 meses), teniendo en cuenta los procesos de regularización, y que la regulación proyectada no sería necesaria si cada Ayuntamiento cumpliera con su obligación de empadronar, puesto que el Padrón debe reflejar el domicilio donde realmente vive cada vecino del municipio, con independencia de las controversias jurídicas sobre la titularidad de la vivienda, o de sus circunstancias físicas o de otra índole, conforme expresa la Resolución de 4 de julio de 1997 del Instituto Nacional de Estadística.

**NOVENO.-** La Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración remite, de una parte, el informe de 30 de abril de 2010 del Servicio Jurídico, en el que valora muy positivamente el Proyecto de Decreto que evidencia la solidaridad de la Región de Murcia respecto a los extranjeros no empadronados, al reconocerles el derecho a la asistencia sanitaria, cuando carezcan de recursos económicos. De otra parte, se traslada la certificación del acuerdo favorable del Consejo

Asesor “Foro Regional para la Inmigración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”, adoptado en la sesión de 23 de junio de 2010, en relación con el Proyecto objeto de tramitación.

**DÉCIMO.-** El Servicio de Asesoramiento de las Corporaciones Locales de la Dirección General de Administración Local emite informe el 28 de abril de 2010, en el sentido de señalar:

- Con la regulación vigente hasta el momento, lo habitual era que sólo los extranjeros que residían y estaban empadronados acudieran a los centros de asistencia primaria existentes en la mayoría de los municipios de la Región (Centros de Salud y Consultorios), junto con los extranjeros menores de edad y mujeres embarazadas, ya que la atención sanitaria de urgencia se prestaba en hospitales. Al estar empadronados, la Administración sanitaria los tenía en cuenta en su radio de población.

- Con la propuesta recogida en el Proyecto de Decreto, tendrán derecho a la asistencia sanitaria otros usuarios no expresamente recogidos en los índices de población del municipio, lo que quizás pueda ser causa de problemas, por lo que entiende que la Administración sanitaria debería prever y articular los procedimientos para evitar tales problemas, según las nuevas demandas que se vayan produciendo.

Aunque afirma, finalmente, que el texto no modifica ni afecta al ámbito competencial municipal, sostiene la conveniencia de otorgar un trámite de audiencia a los Ayuntamientos, a fin de que los mismos puedan aportar sus opiniones y valoraciones sobre el Proyecto de Decreto, así como que debe recabarse el parecer del Consejo Regional de Cooperación Local, conforme a la normativa reguladora de este órgano colegiado de participación municipal.

**UNDÉCIMO.-** El 10 de junio de 2010 se aporta una memoria económica del Proyecto de Decreto, suscrita por la Asesora Económica Facultativa de la Consejería de Sanidad y Consumo, en la que, tras reconocer la dificultad de su cálculo, determina el coste estimado total de la puesta en funcionamiento del Proyecto en la cantidad de 13.340.000 euros, si bien destaca que este coste estimado está ya siendo desembolsado en parte por aplicación de la normativa estatal, que garantiza a los extranjeros no empadronados el derecho a la asistencia sanitaria en los siguientes casos:

- Asistencia pública de urgencia.
- Asistencia pública a los extranjeros menores y mujeres embarazadas.

La memoria económica se sustenta en un informe de la Subdirectora General de Asuntos Económicos del Servicio Murciano de Salud, de 22 de mayo anterior (folios 76 y siguientes), que señala:

- Para hacer una estimación de los costes, desde un punto de vista económico, de la entrada en vigor de este Proyecto, existe una gran dificultad para obtener unos datos de partida que, por su naturaleza, son ocultos. De manera expresa no existe una estadística que refleje el número de inmigrantes que reúnan las condiciones que establece el Proyecto para ser beneficiarios de la tarjeta solidaria.

-Consultada la Dirección General competente en materia de Inmigración, se confirma la dificultad de este tipo de estimaciones; no obstante, considera que la población inmigrante no empadronada en la Región se puede situar en una franja entre 10.000 y 15.000 personas, si bien, recurriendo a información adicional facilitada por el estudio realizado por el Servicio Murciano de Salud y la Universidad Politécnica de Cartagena, donde se evidencia que el coste de la asistencia sanitaria de los extranjeros es menor que la de los nacionales (es un colectivo joven), se puede concretar la cifra en la parte baja de la franja (10.000 personas).

- El coste unitario por habitante es de 1.384 euros por año, que multiplicados por 10.000 usuarios potenciales adicionales, daría un montante de 13.840.000 euros, si bien parte de este coste está siendo ya desembolsado por el Servicio Murciano de Salud en relación con las previsiones de asistencia contenidas en el artículo 12 de la Ley de Extranjería, por lo que afirma que la entrada en vigor repercutirá de forma residual en relación con la cantidad total.

**DUODÉCIMO.-** La Dirección General de Presupuestos emite informe al Proyecto de Decreto, en virtud de lo establecido en la Disposición adicional del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre (TRLH), en el sentido de señalar que la estimación globalizada no cuantifica con exactitud el coste derivado de aplicar el presente Proyecto de Decreto, ya que no se realiza una valoración detallada del gasto producido por la prestación de los nuevos servicios sanitarios, a los que podrán acceder los extranjeros a los que les resulte de aplicación. Concluye que la aplicación de la nueva norma supondría, según las estimaciones realizadas en la memoria económica, un incremento del déficit presupuestario de 13.840.000 euros en términos anuales, que en su caso podría verse reducido por los costes (no cuantificados) de los servicios sanitarios en casos de urgencias, extranjeros menores y extranjeras embarazadas, que actualmente se prestan al colectivo de inmigrantes, en aplicación de la normativa estatal.

**DECIMOTERCERO.-** El 29 de octubre de 2010, la Jefa de Servicio de Desarrollo Normativo emite un informe jurídico sobre los informes y las alegaciones presentadas, justificando el procedimiento seguido y la falta de audiencia individualizada a los Ayuntamientos y al Consejo Regional de Cooperación Local, ya que no afecta a la competencia de los Ayuntamientos. En todo caso señala que se ha recabado el informe de la Federación de Municipios de la Región de Murcia, que no ha presentado alegaciones.

También contiene una valoración de las alegaciones presentadas, estimando favorable la ampliación de un mes del plazo de vigencia de la tarjeta o documento provisional de asistencia sanitaria (4 meses), ampliable por tres meses más, descartando el plazo de validez inicial de seis meses, conforme a lo solicitado por alguna alegación, dado que el proceso de regularización nada tiene que ver con el derecho a la asistencia sanitaria plena, tras la obtención del empadronamiento. Resulta de interés reproducir el siguiente párrafo que justifica el segmento poblacional al que va dirigido la norma:

*“En este punto, hay que destacar que la intención de la norma es garantizar la atención sanitaria, precisamente desde el momento en el que un inmigrante llega a la Región y hasta que obtiene el empadronamiento, momento a partir del cual puede conseguir la tarjeta sanitaria como cualquier otro residente. Habitualmente ese plazo es de unos tres meses, ya que es el periodo de tiempo durante el cual un Ayuntamiento no admite el empadronamiento hasta que finalice el periodo de visado de turista durante tres meses con el que casi siempre viene la persona extranjera. En realidad, hay que indicar que no resulta excesivamente conveniente ampliar este plazo inicial de validez (...) por cuanto lo aconsejable es promover y procurar el empadronamiento de la persona, para que de este modo tenga acceso con normalidad a los servicios públicos como cualquier ciudadano”.*

**DECIMOCUARTO.-** El segundo Borrador del Proyecto de Decreto fue sometido a Dictamen del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, que lo valoró positivamente en su sesión Plenaria de 13 de enero de 2011, proponiendo la ampliación del plazo de validez de la tarjeta hasta los seis meses, pues la renovación exige un informe de los servicios sociales municipales, que si bien se encuentra justificado, podría demorarse por la sobrecarga de trabajo que soportan. Por último, proponen que se aluda en la Disposición adicional primera a las organizaciones sindicales más representativas, ya que éstas pueden garantizar la realización de estas tareas en las mejores condiciones de eficiencia por su acreditada experiencia.

**DECIMOQUINTO.-** La Jefa de Servicio de Desarrollo Normativo emite un nuevo informe de 4 de febrero de 2011, valorando las alegaciones realizadas por el órgano preinformante.

**DECIMOSEXTO.-** El Vicesecretario de la Consejería de Sanidad y Consumo emite un informe jurídico favorable al texto elaborado, cuyo tercer Borrador es sometido al informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, que lo emite con carácter favorable el 10 de marzo de 2011, conteniendo una serie de observaciones sobre el procedimiento seguido, sobre los artículos 1 y 2 (refundición en un sólo), y sobre la utilización por el texto del adjetivo “solidario” para calificar este tipo de asistencia y tarjeta provisional, pues en nada ha de distinguirse de la del resto de los usuarios del sistema público sanitario.

Por último, se proponen correcciones gramaticales al texto revisado.

**DECIMOSÉPTIMO.-** Completado el procedimiento con la propuesta del titular de la Consejería al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma y con el extracto de la Secretaría relativo al procedimiento de elaboración del Proyecto de Decreto, se acuerda recabar el Dictamen del Consejo Jurídico al texto que figura en los folios 164 y ss. del expediente.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El Dictamen ha sido solicitado con carácter preceptivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), al considerar que el Proyecto sometido a consulta es una disposición de carácter general dictada en desarrollo o ejecución de una Ley de la Asamblea Regional, concretamente del artículo 20.3 de la Ley regional 3/2009.

#### **SEGUNDA.- El procedimiento de elaboración.**

El procedimiento de elaboración del Proyecto de Decreto ha seguido, en líneas generales, lo establecido en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia. No obstante, han de realizarse diversas observaciones respecto a la documentación y tramitación:

I. El artículo 53 de la Ley 6/2004 establece que al Proyecto de Decreto se acompañará un estudio económico de la norma, con referencia al coste y financiación de los nuevos servicios, si los hubiere.

La indeterminación del ámbito subjetivo de la norma, teniendo en cuenta sus destinatarios (personas inmigrantes irregulares, no empadronadas y carentes de recursos) y, por consiguiente, su falta de reflejo en las estadísticas oficiales, añade cierta dificultad a la elaboración de la denominada memoria económica del Proyecto de Decreto, conforme expresa su autora.

Ello explica, probablemente, las observaciones advertidas por la Dirección General de Presupuestos (folios 81 y ss.), al pronunciarse en los siguientes términos:

*“A nuestro juicio, dicha estimación globalizada de gastos no cuantifica con exactitud el coste derivado de aplicar el presente Decreto, ya que no se realiza una valoración detallada del gasto producido por la prestación de nuevos servicios sanitarios a los que podrían acceder los extranjeros a los que resulte de aplicación.*

*Puesto que los mismos ya se encuentran disfrutando en la actualidad de determinados servicios sanitarios (urgencias, extranjeros menores y extranjeras embarazadas durante el embarazo, parto y posparto), de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, dicha cifra de 13.840.000 euros podría verse reducida, tal y como indica el informe del Servicio Murciano de Salud, si bien el mismo no cuantifica el importe de dicha reducción”.*

Por estas razones el Consejo Jurídico entiende insuficiente el estudio económico en relación con el coste y la financiación de la asistencia sanitaria a los colectivos beneficiados, por lo que sería deseable que se reelaborara con la finalidad pretendida.

II. En relación con el procedimiento de elaboración y la participación externa, es de destacar que, aunque la regulación propuesta se sustenta en el ejercicio de las competencias autonómicas en sanidad, la materia normada afecta a los extranjeros residentes *de facto* en la Región, cuyos derechos y deberes han sido regulados por la Ley de Extranjería. Siendo estas competencias de titularidad de la Administración General del Estado, podría haber justificado que se diera un trámite de audiencia a la Delegación de Gobierno en la Región de Murcia, a la vista de las últimas modificaciones introducidas en el ordenamiento jurídico español, a través de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Extranjería, que refuerza los mecanismos de actuación entre las Administraciones Públicas con competencias que incidan en materia de inmigración, y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el

Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 (Reglamento de Extranjería, en lo sucesivo). Igual observación cabría realizar respecto a las Corporaciones Locales principalmente afectadas por la inmigración. En cualquier caso, ambas Administraciones tenían presencia en el Foro Regional de Inmigración, en donde han sido oídas.

**TERCERA.- El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. Las competencias estatales y autonómicas que inciden en la materia.**

I. El artículo 13.1 de la Constitución Española (CE), integrado en el Título I (De los Derechos y Deberes Fundamentales), consagra el estatuto constitucional de los extranjeros en España, estableciendo que gozarán de las libertades públicas que garantiza el citado Título, en los términos que establezcan los Tratados y las Leyes. Si bien, como señaló la STC 107/1984, de 23 de noviembre, la expresión libertades públicas no ha de ser interpretada restrictivamente, de manera que los extranjeros disfrutarán no sólo de las libertades, sino también de los derechos reconocidos en el Título I, en los términos indicados.

II. Las normas que regulan tal derecho aparecen relacionadas en la parte expositiva del Proyecto de Decreto, si bien no de todas ellas cabe predicar, en contra de lo que se expresa en el párrafo cuarto, su condición de normativa básica estatal, al menos en lo que se refiere a la Ley de Extranjería (dictada en ejercicio de la competencia exclusiva estatal en materia de extranjería e inmigración).

1. El artículo 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, reconoce que son titulares del derecho de protección de la salud y de la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, mientras que para los extranjeros no residentes en España tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan.

2. La anterior remisión nos sitúa en el ámbito de aplicación de la Ley de Extranjería, a través de la cual el Estado ha ejercido su competencia exclusiva en materia de inmigración y extranjería (artículo 149.1. 2ª CE), regulando, entre otras cuestiones, los derechos y libertades de los extranjeros en España. Entre éstos, el artículo 12 de la citada norma reconoce el derecho a la asistencia sanitaria.

El Proyecto de Decreto, en desarrollo de lo que dispone el artículo 20.3 de la Ley regional 3/2009, de 11 de mayo, de derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región

de Murcia, tiene como destinatarios a los extranjeros no empadronados, sin recursos económicos (artículo 3 del Proyecto de Decreto), en tanto regularizan su situación.

La extensión de la asistencia sanitaria en el ámbito de la Región de Murcia no suscita mayores problemas desde la perspectiva del ejercicio de las competencias autonómicas en materia de sanidad, conforme a lo indicado en nuestros Dictámenes núms. 77/2005 y 198/2008.

#### **CUARTA.- Observaciones al conjunto normativo.**

El artículo 3.1 del Proyecto pretende acotar el ámbito subjetivo de aplicación del Proyecto a los extranjeros no empadronados y carentes de recursos económicos, que se encuentren en la Región de Murcia.

Cabría, por tanto, suscitar la siguiente cuestión: ¿Cómo se determina en la norma proyectada, como presupuesto para la aplicación de este derecho que supone instrumentalizar la asistencia sanitaria a través de la red de atención primaria, que el extranjero se encuentra en la Región de Murcia, es decir, que tiene su domicilio en algún municipio de la Región? Según el artículo 8 del Proyecto, que regula el procedimiento de acceso al derecho de asistencia sanitaria, basta con que el beneficiario exprese que reside *de facto* en la Región de Murcia y su declaración responsable de no estar empadronado en ningún municipio (reconoce, por tanto, que carece de prueba de residencia). Incluso se establece en el precepto (apartado 2,a) que, aún cuando no disponga de documentación, o no resulte legible, bastará con expresar sus datos personales.

En suma, podría dar lugar a integrar en el sistema sanitario público regional, con plenitud de derechos, aunque sea temporalmente, a personas sin la prueba bastante de su residencia en la Región de Murcia (aunque sea irregular). La regulación propuesta, que se ha tildado, no sin razón, por parte de alguna alegación “de generar inseguridad jurídica”, permite reconocer el derecho a la asistencia sanitaria pública regional a personas que podrían no estar *a priori* entre los destinatarios de la norma. Tampoco los informes obrantes en el procedimiento permiten despejar las dudas suscitadas sobre la concreción de los beneficiarios. Nótese, además, que el requisito señalado por el artículo 20.3 de la Ley 3/2009 “en tanto regularizan su situación”, no se desarrolla suficientemente en el Proyecto, pudiendo regularse que se documente en el procedimiento para la obtención del acceso a la asistencia sanitaria el obstáculo para su empadronamiento. Únicamente se exige que el extranjero se comprometa a regularizar su situación (artículo 8.2,e del Proyecto), lo que, sin otras justificaciones y controles, resulta excesivamente laxo.

No cabe duda, que la finalidad de la norma proyectada es atender situaciones muy distintas, es decir, a extranjeros irregulares que habitan en la Región, sin recursos económicos, y que por miedo al empadronamiento (se establece en la Disposición adicional séptima de la LBRL el acceso al Padrón por la Dirección General de Policía, para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley de Extranjería sobre el control y permanencia de los extranjeros en España) se encuentran desprotegidos desde el punto de vista sanitario, ya que la asistencia de urgencia reconocida en la Ley de Extranjería pudiera ser insuficiente. Sin embargo, la regulación proyectada adolece de inconcreción en cuanto a los requisitos que justifiquen que los solicitantes se encuentran en el ámbito subjetivo de aplicación.

El Proyecto debería tener en cuenta, al menos, unos datos mínimos verificados de partida, que permitan probar que el inmigrante reside *de facto* en un municipio de la Región, y que, al mismo tiempo, permita conocer también las razones de la falta de empadronamiento, que viene, en realidad, a anticipar la previsión contenida en la Disposición adicional primera del Proyecto, acerca de la colaboración del Servicio Murciano de Salud en la regulación del empadronamiento.

#### **QUINTA.- Otras observaciones de carácter puntual.**

##### I. Parte expositiva.

A lo largo del texto (y articulado) la transcripción de los títulos de las normas citadas se realiza en unos casos con mayúsculas y en otros con minúsculas, debiendo reproducirse el título tal y como fue aprobado.

En el párrafo primero, se hace referencia al artículo 1 de la Ley 14/1986, como si ya no estuviera en vigor, lo que es distinto a que su protección haya sido ampliada por la Ley de Extranjería.

No es correcto referirse a la Ley de Extranjería como norma básica (párrafo cuarto), conforme a las competencias ejercitadas por el Estado en esta materia.

##### II. Articulado.

##### - Artículo 1. Objeto.

Puesto que el rango reglamentario es predicable del Decreto, induce a cierta confusión la especificación del objeto del Proyecto, cuando se señala que es el establecimiento de las normas

reglamentarias en desarrollo de las prescripciones legales, pudiendo simplificarse con la mera referencia a que el Decreto tiene por objeto desarrollar (...)

- Artículo 7. Carencia de recursos económicos.

Resulta inconcreta la remisión “a la normativa concordante”, cuando además se especifica en primer término la norma de aplicación. Distinto es que se remita también a la normativa de desarrollo.

- Artículo 9. Documentación o tarjeta provisional solidaria acreditativa del derecho a la asistencia sanitaria.

Aun cuando no se trate de la tarjeta sanitaria individual, regulada por el Decreto regional 92/2005, de 22 de julio, la tarjeta provisional solidaria no deja de ser un documento administrativo que contiene, respecto a su titular, los datos básicos de identificación, pudiendo ser expedida, en el caso de indocumentados, con la mera declaración de los datos personales, lo que podría propiciar errores en la identificación.

- Artículo 12. Plazo de validez.

Para su renovación por otros tres meses más, se establece que el beneficiario deberá aportar un informe de los servicios sociales competentes en donde se indique la causa por la cual no ha podido regularizar su situación en el Padrón municipal, si bien, dada su finalidad, dicho informe debería ser solicitado de oficio por las unidades competentes.

### III. Correcciones Gramaticales.

- Los párrafos de los artículos aparecen en ocasiones interlineados y en otras no (por ejemplo los artículos 2 y 3).
- Cuando se reenvía a otro precepto del texto, ha de hacer referencia al Decreto y no al Reglamento (artículo 4.1, Disposición transitoria única y Disposición final primera).
- En el artículo 11.1, “medico” ha de ir acentuado.
- Las Disposiciones finales han de ser citadas en la forma siguiente: Disposición adicional primera (...), Disposición transitoria única y Disposición final primera (...).

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- El Proyecto sometido a Dictamen hace un adecuado desarrollo de la Ley 3/2009, que le sirve de cobertura.

**SEGUNDA.**- Se han seguido los trámites preceptivos del procedimiento de elaboración reglamentaria.

**TERCERA.**- La regulación por el Proyecto de Decreto de su ámbito subjetivo de aplicación contiene imprecisiones sobre los requisitos de los destinatarios de la norma, lo que podría propiciar el reconocimiento del derecho a personas distintas a las pretendidas por la Ley regional 3/2009, lo que, en todo caso debe, ser solventado.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 222-2011**

<b>Asunto</b>	Proyecto de decreto por el que se aprueba el reglamento orgánico de los centros integrados de formación profesional de titularidad pública de la Región de Murcia.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)
<b>Fecha</b>	31/10/2011

**Extracto doctrina**

"1. En materia de relaciones laborales, el término "legislación" ha de ser interpretado, conforme a una temprana y consolidada doctrina constitucional (SSTC 18, 35 y 57/1982; 7/1985; 360/1993), en sentido amplio o material, incluyendo, por tanto, no sólo la ley formal, sino también sus normas reglamentarias de desarrollo. Así pues, al Estado le corresponde la competencia exclusiva para dictar ambos tipos de normas, tanto leyes como reglamentos ejecutivos, asegurando así la "uniformidad en la ordenación jurídica de la materia" (STC 86/1991).

2. Como de forma constante viene señalando la doctrina de este Consejo Jurídico la potestad reglamentaria de los Consejeros, fuera del ámbito estrictamente organizativo interno de sus respectivos Departamentos, únicamente puede serle conferida mediante norma con rango de ley, por así disponerlo los artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004, teniendo vedado el Consejo de Gobierno efectuar habilitaciones reglamentarias a los Consejeros y, menos aún, a los titulares de los organismos públicos."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 5 de mayo de 2009, la Dirección General de Formación Profesional y Educación de Personas Adultas redacta un primer borrador de Decreto por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Centros Integrados de Formación Profesional de Titularidad Pública de la Región de Murcia.

El citado texto se remite a la Secretaría General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo para su tramitación como Proyecto de Decreto, acompañado de la siguiente documentación:

- Propuesta del titular del centro directivo que ejerce la iniciativa normativa al Consejero de adscripción, para que eleve el texto al Consejo de Gobierno.

- Propuesta del Consejero al Consejo de Gobierno para la aprobación del texto como Decreto.

- Informe-memoria, de 5 de mayo de 2009, que describe el escenario normativo que da fundamento al Proyecto, siendo sus pilares fundamentales la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional (LOCFP); el Real Decreto 1558/2005, de 23 de diciembre, por el que se regulan los requisitos básicos de los Centros Integrados de Formación Profesional (RDCI); y el Decreto 56/2008, de 11 de abril, de Centros Integrados de Formación Profesional de la Región de Murcia (DCIFP).

Señala, asimismo, que el Reglamento Orgánico establece el régimen de organización y funcionamiento de los centros y niega que su aprobación suponga gasto concreto alguno.

- Informe de la Inspección de Educación, de 17 de abril de 2009, que formula sugerencias y observaciones a una versión anterior del texto, fechada el 4 de febrero de 2009.

**SEGUNDO.-** Recabado el informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, se emite el 10 de junio de 2009, para poner de manifiesto la omisión de diversos documentos y trámites exigidos por la normativa reguladora del ejercicio de la potestad reglamentaria, así como la necesaria consulta a organismos como el Consejo Asesor Regional de Formación Profesional, el Consejo Escolar, y el Consejo Económico y Social, todos ellos de la Región de Murcia. Asimismo, se efectúan observaciones de técnica normativa y al contenido, tendentes estas últimas, en su mayoría, a conseguir una mayor precisión en la determinación de los órganos competentes.

**TERCERO.-** A raíz de las observaciones formuladas por el Servicio Jurídico de la Consejería promotora, se elabora un segundo borrador y se incorpora al expediente la siguiente documentación:

a) Informe de impacto por razón de género.

b) Certificado de la Secretaria del Consejo Asesor Regional de Formación Profesional de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, acreditativo del informe favorable de dicho órgano, emitido en sesión de 28 de mayo de 2009.

c) Informe-memoria complementario, de 2 de diciembre de 2009, que indica que el Proyecto se ha adaptado a lo indicado por el Servicio Jurídico, salvo en lo relativo a la estructura del texto.

d) Informe justificativo de la necesidad y oportunidad de la futura norma, de idéntica fecha, que se funda no sólo en su previsión por el artículo 9 DCIFP, sino también en la creación de sendos Centros Integrados de Formación Profesional en Lorca y Cartagena, que están necesitados de la oportuna regulación de su organización y funcionamiento.

Se afirma, además, que el futuro Decreto no afectará a la vigencia de norma alguna, dada la novedosa tipología de los centros objeto de regulación, cuya organización no había sido regulada con anterioridad.

e) Memoria económica, también de 2 de diciembre de 2009, que reitera la ausencia de gasto concreto ligado a la aprobación de la futura norma, sin perjuicio de las retribuciones de los titulares de determinados órganos contemplados en el Proyecto, cuya concreción corresponde a las normas en materia de recursos humanos, así como la reducción de horas lectivas que corresponde a los titulares de cargos lectivos, que pudieran incidir o no en el cupo de profesorado asignado a los centros. Concluye la memoria señalando que no se derivan obligaciones económicas de ningún tipo para la Comunidad Autónoma.

**CUARTO.-** Recabado informe complementario del Servicio Jurídico de la Consejería promotora, se emite el 4 de febrero de 2010, en sentido favorable al Proyecto, al haberse incorporado al texto las observaciones realizadas en el anterior informe jurídico.

**QUINTO.-** A los folios 123 y siguientes del expediente consta un tercer borrador del texto, al que se acompaña nueva documentación: propuesta del titular del centro directivo que inicia el procedimiento de elaboración reglamentaria, informe-memoria e informe-memoria complementario, informe de impacto por razón de género y memoria económica. Todos estos documentos se fechan el 27 de enero de 2010 y tienen idéntico contenido que los emitidos con anterioridad.

**SEXTO.-** Recabado el parecer del Consejo Escolar de la Región de Murcia, se emite Dictamen 3/2010, de 22 de abril, en sentido favorable al Proyecto, si bien formula observaciones relativas a la redacción de algunos preceptos, para mejorar su sintaxis, aclarar y precisar su sentido. También se realizan sugerencias relativas al contenido material de diversos artículos.

Consta, asimismo, un voto particular formulado por el representante de FEMAE (Federación Murciana de Asociaciones de Estudiantes), al considerar que en la composición del Consejo Social de los Centros Integrados de Formación Profesional debe haber representación estudiantil. Al indicado voto particular se adhieren los representantes de FAPARM (Federación de Asociaciones de Padres y Madres de Alumnos de la Región de Murcia), CONFAPA (Confederación de Federaciones de Asociaciones de Padres de Alumnos y de Familia), Consejo de la Juventud, FEREMUR (Federación Regional de Estudiantes Murcianos), y de las organizaciones sindicales ANPE, FSIE y STERM.

**SÉPTIMO.-** El 4 de junio, el Servicio de Formación Profesional emite informe valorativo de las observaciones y sugerencias realizadas por el Consejo Escolar, asumiendo la mayoría y rechazando, de forma motivada, dos de ellas.

Como consecuencia de la incorporación de las correspondientes observaciones se redacta un nuevo borrador, el cuarto, que se remite para su consideración a los siguientes órganos y organismos:

- Servicio Regional de Empleo y Formación.
- Consejo Asesor Regional de Empleo y Formación.
- Dirección General de Trabajo.

No consta que se hayan formulado observaciones por los órganos consultados. El aludido Consejo Asesor informa favorablemente el Proyecto en sesión de 8 de julio de 2010.

**OCTAVO.-** Con fecha 27 de septiembre de 2010, la Vicesecretaría de la Consejería de Educación, Formación y Empleo emite el preceptivo informe jurídico.

**NOVENO.-** Recabado el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, ésta advierte a la Consejería promotora de la necesidad de contar, previamente a la emisión del informe solicitado, con el dictamen del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, que califica como preceptivo.

**DÉCIMO.-** Sometido el Proyecto al Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, el 4 de febrero de 2011 se emite dictamen que, aunque lo valora positivamente, formula diversas observaciones a su contenido, destacando la relativa a la reiteración en el Proyecto de contenidos

normativos ya presentes en otros reglamentos estatales y autonómicos, advirtiendo de los perniciosos efectos de tal proceder. Asimismo, se sugieren modificaciones para una mejor adecuación de la normativa proyectada a la estatal básica y facilitar su inserción en el ordenamiento.

**UNDÉCIMO.-** El 15 de marzo, el Servicio de Formación Profesional valora las observaciones formuladas por el Consejo Económico y Social, asumiendo una parte sustancial de ellas y justificando el rechazo del resto.

**DUODÉCIMO.-** Como consecuencia de la incorporación de las observaciones del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, se elabora el quinto borrador del Proyecto, que se somete a la Dirección de los Servicios Jurídicos, para su preceptivo informe, que se evacua el 12 de abril.

El informe pone de manifiesto abundantes deficiencias en la aplicación del procedimiento de elaboración reglamentaria y formula numerosas observaciones de técnica normativa y al contenido material de los preceptos. Destacan entre estas últimas aquellas que advierten de duplicidades o redundancias en la regulación proyectada respecto al DCIFP y posibles problemas interpretativos derivados de la aplicación conjunta de ambas regulaciones. Asimismo, previene acerca de una posible contradicción entre la composición del Consejo Social regulada en el Proyecto y la contenida en la norma estatal.

**DÉCIMOTERCERO.-** El 12 de mayo, el Servicio de Formación Profesional emite informe valorativo de las observaciones efectuadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, adecuando el expediente a lo indicado y justificando los trámites y documentación cuya omisión había sido puesta de relieve por el referido órgano jurídico. Del mismo modo, se motiva el rechazo de las observaciones sobre el contenido no asumidas y se razona la inclusión de precisiones y leves modificaciones en la redacción de algunos preceptos que habían sido objeto de reparo por la Dirección de los Servicios Jurídicos.

Siguiendo las observaciones del informe jurídico, se incorporan al expediente los siguientes documentos:

- Informe-memoria justificativo de la necesidad y oportunidad de la norma que incorpora la relación de disposiciones cuya vigencia se verá afectada por la futura disposición, y que relaciona las normas que, aplicándose en la actualidad a los Centros Integrados de Formación Profesional

existentes (el informe indica que son cuatro), se verán desplazadas al entrar en vigor el futuro Decreto.

- Estudio económico, que reitera la no generación de nuevas obligaciones económicas para la Administración regional como consecuencia de la aplicación del texto proyectado.

- Informe de impacto por razón de género.

- Propuesta del Director General de Formación Profesional y Educación de Personas Adultas al Consejero de adscripción para que eleve el Proyecto al Consejo de Gobierno.

- Propuesta del Consejero de Educación, Formación y Empleo al Consejo de Gobierno para la aprobación del Proyecto como Decreto.

- Acta de la sesión del Pleno del Consejo Asesor Regional de Formación Profesional en la que el Proyecto recibe su informe favorable.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados el texto definitivo y autorizado del Proyecto y un índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 6 de junio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El Proyecto de Decreto sometido a consulta, que tiene por objeto regular el Reglamento Orgánico de los Centros Integrados de Formación Profesional (en adelante, CIFP) de la Región de Murcia, constituye un desarrollo normativo mediato del artículo 11, apartados 5 y 6, de la LOCFP, e inmediato del RDCI, singularmente de lo dispuesto en sus artículos 12 al 14.

Como de modo reiterado viene señalando este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 162/2002), que el Proyecto sometido a consulta no sea un desarrollo directo e inmediato de una norma estatal de rango legal sino de un Real Decreto, no es óbice a la consideración de este Dictamen como preceptivo, dado que el carácter básico de dicho reglamento, al margen de la atribución expresa que del mismo realiza su propia Disposición final primera, le es consustancial, al

ser el resultado del mandato que la LOCFP, en su artículo 11.1 y 4, efectúa al Gobierno para fijar los requisitos básicos de estos centros, regulando entre otros extremos el régimen básico de sus órganos y el nombramiento y funciones del Director.

La noción material de lo básico posibilita, conforme a una reiterada doctrina constitucional, que disposiciones de rango formal inferior a ley contengan normas de tal carácter, permitiendo, en definitiva, considerar el texto sometido a consulta como desarrollo de legislación básica estatal y el dictamen solicitado como preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

### **SEGUNDA.- Procedimiento de elaboración**

Puede afirmarse, con carácter general, que tras corregir la Consejería consultante las omisiones puestas de manifiesto por la Dirección de los Servicios Jurídicos, la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, si bien han de advertirse las siguientes carencias:

1. Contrariando lo prescrito por el artículo 53.2 de la Ley 6/2004, el expediente no recoge una suficiente motivación técnica y jurídica de las diferentes alternativas normativas, más allá de una mera justificación genérica de todo el Proyecto y del análisis crítico de las alegaciones y sugerencias formuladas por los diversos órganos informantes durante la tramitación del Proyecto, justificando técnicamente su asunción o rechazo.

2. Considera el Consejo Jurídico que debió darse traslado del Proyecto a la Consejería competente en materia de Agricultura, de la que dependen los Centros Integrados de Formación y Experiencias Agrarias, toda vez que la Disposición adicional primera del texto sometido a consulta prevé que tales centros pasen a formar parte de la red de CIFP públicos de la Región de Murcia. Esta previsión, unida al ámbito de aplicación del reglamento proyectado, que incluye también a los indicados centros agrarios, determina que éstos (tanto los ya existentes como los que se creen *ex novo* al amparo de lo establecido en el artículo 8.1 en relación con la Disposición adicional primera del DCIFP) habrán de ajustar su organización y funcionamiento a lo establecido en el futuro Decreto, por lo que la Consejería titular debió ser oída.

3. El artículo 46.2,b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, exige incorporar al

expediente un extracto de secretaría. Para que este documento pueda cumplir adecuadamente con su función ilustrativa, debe elaborarse e incorporarse al expediente en el momento inmediatamente anterior a su remisión al Consejo Jurídico, pues sólo de este modo podrá integrar el conjunto de los trámites de elaboración reglamentaria. En el expediente adjunto a la consulta, el extracto de secretaría se elabora con anterioridad a la remisión del mismo a la Dirección de los Servicios Jurídicos, por lo que no incorpora las actuaciones posteriores a dicho trámite.

**TERCERA.- Texto sometido a consulta.**

El texto que constituye el objeto de la consulta consta de una parte expositiva innominada, un artículo único aprobatorio del Reglamento, cinco disposiciones adicionales y una final.

El Reglamento, por su parte, se estructura en 31 artículos divididos en tres Títulos:

I. Disposiciones Generales.

II. Organización de los Centros Integrados. Consta, a su vez, de los siguientes cuatro Capítulos:

I. Disposiciones Generales.

II. Órganos de Gobierno.

III. Órganos Colegiados de Participación.

IV. Órganos de Coordinación Docente.

III. Funcionamiento de los Centros Integrados. Se subdivide en dos Capítulos:

I. Planificación de la Actividad.

II. Planificación, Gestión y Financiación de los Centros

Integrados.

**CUARTA.- Competencia material y habilitación normativa.**

Como ya se adelanta en la Consideración Primera de este Dictamen, el Proyecto sometido a consulta constituye un desarrollo normativo mediato de la LOCFP, cuya Disposición final primera señala como fundamento competencial de la indicada Ley Orgánica al artículo 149.1, 1ª, 7ª y 30ª de la Constitución. Plasma esta disposición el carácter dual de la formación profesional, dividida en dos grandes subsistemas: el educativo, al que corresponde la formación profesional inicial o reglada, cuya ordenación general se contiene en el Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio; y el

laboral, constituido por la formación profesional para el empleo, que integra, a su vez, la formación profesional ocupacional y la formación continua, reguladas por el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo.

La integración de dichos subsistemas, mediante la ordenación de un sistema integral de formación profesional, cualificaciones y acreditación, que responda con eficacia a las demandas sociales y económicas a través de las diversas modalidades formativas, es la finalidad primordial de la referida Ley Orgánica (artículo 1.1), para lo cual procede a crear *“un Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional que, en el ámbito de la competencia exclusiva atribuida al Estado por el artículo 149.1, 1ª y 30ª, con la cooperación de las Comunidades Autónomas, dote de unidad, coherencia y eficacia a la planificación, ordenación y administración de esta realidad, con el fin de facilitar las distintas formas de certificación y acreditación de las competencias y de las cualificaciones profesionales”* (Exposición de Motivos de la LOCFP). Instrumento para garantizar el acceso eficaz a la formación profesional son los centros ya existentes y los CIFP, respecto de los que la Ley regula sus *“líneas ordenadoras básicas”*.

El artículo 11 LOCFP prevé la creación de CIFP, los cuales impartirán las ofertas formativas relativas a los títulos y certificados de profesionalidad referidas al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, y habilita a las Administraciones, en el ámbito de sus competencias, para establecer los requisitos específicos que han de reunir tales centros (apartado 1), para crearlos, autorizarlos, homologarlos y gestionarlos (apartado 2), y para adaptar la composición y funciones de los CIFP a las características específicas de cada una de ellas (apartado 6). Asimismo, el apartado 5 establece normas relativas al nombramiento de la dirección de los centros.

En desarrollo de dicho precepto, se dicta el RDCI. Según su Disposición final primera, *“este Real Decreto tiene carácter de norma básica, es de aplicación en todo el territorio nacional y se dicta en virtud de las competencias que atribuye al Estado el artículo 149.1, 1ª, 7ª y 30ª de la Constitución y al amparo de la Disposición Final primera. 2 y 3 de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, y de la habilitación que confiere al Gobierno el artículo 11.1 y 11.4 y la Disposición Final tercera de la citada Ley Orgánica 5/2002, 19 de junio”*.

En desarrollo de las bases estatales se dicta el DCIFP, cuyo artículo 9 prescribe que los centros dispondrán de autonomía organizativa, pedagógica, de gestión económica y de personal, de acuerdo con lo que establezcan sus reglamentos orgánicos. Existirá un reglamento orgánico común a todos los centros, aprobado por el Consejo de Gobierno, en el que se establecerá su estructura orgánica y cuantas funciones sean necesarias para su organización y funcionamiento.

El fundamento competencial de las normas estatales que son objeto de desarrollo es coherente con la naturaleza educativa y laboral de los subsistemas que integran la formación profesional. En consecuencia, la determinación de la competencia autonómica para la aprobación del Proyecto de Decreto habrá de radicarse en las materias de educación y empleo.

#### 1. La formación profesional inicial.

La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), incluye entre las enseñanzas ofrecidas por el sistema educativo la formación profesional (artículo 3) y le dedica el Capítulo V de su Título I.

En particular, el artículo 39.5 establece que *“los estudios de formación profesional regulados en esta Ley podrán realizarse tanto en los centros educativos que en ella se regulan como en los centros integrados y de referencia nacional a los que se refiere el artículo 11 de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional”*.

Ahora bien, el régimen de los CIFP no es el general de los centros docentes, pues el artículo 107.2 LOE lo excepciona al establecer que *“en relación con los centros integrados y de referencia nacional de formación profesional se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional y en las normas que la desarrollen”*. Con idéntica fórmula, el artículo 118.5 LOE (relativo a los principios generales de la participación en el funcionamiento y el gobierno de los centros) remite su régimen al establecido en la LOCFP.

En este marco constituido por la LOCFP, el RDCI y la LOE se inserta la competencia autonómica en materia de enseñanza, cuyo sustento estatutario se encuentra en el artículo 16 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU), que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollen.

#### 2. La formación profesional para el empleo.

La formación profesional para el empleo se regula por el RD 395/2007, cuyo artículo 2 la define como *“el conjunto de instrumentos y acciones que tienen por objeto impulsar y extender entre las empresas y los trabajadores ocupados y desempleados una formación que responda a*

*sus necesidades y contribuya al desarrollo de una economía basada en el conocimiento*". Su artículo 9.1, letra a) habilita a las Administraciones competentes en materia de formación profesional para el empleo, a impartir este tipo de formación a través de sus centros propios, entre los que cita de forma expresa a los CIFP de titularidad pública.

Como pone de relieve el Consejo de Estado en su Dictamen 2304/2007, de 10 de enero de 2008, *"el Tribunal Constitucional ha concluido que la materia de formación profesional se inscribe en el ámbito de la legislación laboral, "pues concierne a la regulación de un concreto derecho de los trabajadores en el seno de la relación laboral, como el reconocido en el art. 4.2 del Estatuto de los Trabajadores", afirmando la "clara inserción de la formación profesional continua en el seno de la relación laboral" (fundamento jurídico 8º de la STC 95/2002, doctrina reiterada posteriormente en STC 190/2002, 228/2003, 230/2003, 158/2004 y 51/2006)"*.

En consecuencia, el análisis de la competencia regional para dictar el Decreto cuyo proyecto se somete a consulta, desde la perspectiva laboral, ha de partir del artículo 12. Uno, 10 EAMU, en cuya virtud corresponde a la Comunidad Autónoma, en los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva en materia laboral. Precisa asimismo que, de conformidad con el artículo 149.1, 7ª de la Constitución Española, corresponde al Estado la competencia sobre legislación laboral y la Alta Inspección, con reserva de todas las competencias en materia de migraciones interiores y exteriores, fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio de lo que establezcan las normas del Estado sobre estas materias.

El referido precepto constitucional, por su parte, dispone que corresponde al Estado la competencia exclusiva para establecer *"la legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas"*.

En materia de relaciones laborales, el término *"legislación"* ha de ser interpretado, conforme a una temprana y consolidada doctrina constitucional (SSTC 18, 35 y 57/1982; 7/1985; 360/1993), en sentido amplio o material, incluyendo, por tanto, no sólo la ley formal, sino también sus normas reglamentarias de desarrollo. Así pues, al Estado le corresponde la competencia exclusiva para dictar ambos tipos de normas, tanto leyes como reglamentos ejecutivos, asegurando así la *"uniformidad en la ordenación jurídica de la materia"* (STC 86/1991).

Quedan fuera del concepto de legislación laboral y, en consecuencia, de la reserva competencial al Estado, los reglamentos no ejecutivos, es decir, aquellos que, *"sin afectar a los derechos de los ciudadanos"*, quedan referidos a *"la mera estructuración interna de la organización"*

administrativa” (STC 57/1982). Conforme a esta doctrina, por tanto, la Comunidad Autónoma goza de competencia para dictar reglamentos *ad intra*, que afecten a la organización de los servicios correspondientes en materia de su competencia, para garantizar su regular ejecución y desenvolvimiento, si bien con el límite de no alterar su régimen jurídico material, cuyo establecimiento queda reservado al Estado.

En este marco competencial, corresponde al Estado la competencia para aprobar la legislación laboral, en el sentido visto, es decir, la regulación sustantiva, la ordenación general de la formación profesional para el empleo, mientras que a la Comunidad Autónoma le resta la ejecución de dicha legislación, incluyendo, en su caso, la aprobación de reglamentos organizativos. Desde esta perspectiva estrictamente laboral, por tanto, el Proyecto sometido a consulta es acorde con la distribución competencial en la medida en que se limita a establecer medidas organizativas de los CIFP, sin afectar al régimen material de la formación profesional para el empleo.

En cualquier caso, el carácter eminentemente organizativo del Proyecto, el mayor alcance de la competencia regional en materia de enseñanza, y las continuas remisiones de la normativa estatal objeto de desarrollo al ejercicio por las Administraciones autonómicas de su potestad reglamentaria, permiten afirmar que la Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar el Proyecto sometido a consulta.

No obstante, la limitación de la competencia autonómica en materia laboral a la mera ejecución de las normas estatales, obliga a matizar la previsión del artículo 27.1, letra b) del Proyecto, cuando afirma que la oferta de certificados de profesionalidad se realizará de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad, y en *“las normas que en desarrollo del mismo dicte la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”*. En rigor, la Comunidad carece de competencias de desarrollo normativo en el ámbito de la Formación Profesional para el empleo, al que pertenecen los certificados de profesionalidad, como establece el artículo 2.1 del indicado reglamento estatal, al señalar que *“El certificado de profesionalidad es el instrumento de acreditación oficial de las cualificaciones profesionales del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales en el ámbito de la Administración laboral, que acredita la capacitación para el desarrollo de una actividad laboral con significación para el empleo y asegura la formación necesaria para su adquisición, en el marco del subsistema de formación profesional para el empleo regulado en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo”*. En dicho ámbito, sólo el Estado está habilitado para su desarrollo normativo, como de forma tajante expresa la Disposición final primera LOCFP, en cuya virtud, al amparo de lo establecido en el artículo 149.1,7ª CE, *“es competencia exclusiva del Estado el desarrollo de la presente Ley en todo aquello que no se refiera a la regulación de la formación profesional en el*

*ámbito del Sistema Educativo, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas”.*

En consecuencia, ha de suprimirse el inciso relativo a las normas que en desarrollo del RD 34/2008 dicte la Comunidad Autónoma. No se encuentra obstáculo, sin embargo, para señalar que la oferta de certificados de profesionalidad se realizará de acuerdo a lo establecido en el indicado Real Decreto y en sus normas de desarrollo.

#### **QUINTA.- Consideraciones de carácter general.**

##### I. Título I. Disposiciones Generales.

La denominación del Título (debería ser “preliminar”, no “I”, conforme a la Directriz 18 de las de Técnica Normativa) parece aludir a las denominadas “disposiciones directivas” que regulan el objeto, ámbito de aplicación y finalidad de la norma. Sin embargo, sólo el artículo 1 se correspondería con este tipo de preceptos, pues los demás del Título establecen reglas de carácter sustantivo sobre el régimen jurídico de los CIFP.

Estas normas, además, no tienen cabida en el concepto de reglamento orgánico, en la acepción utilizada por el propio artículo 1 del Proyecto, como disposición que ordena la organización y funcionamiento de los centros, pues no puede reconducirse a tales elementos la regulación de la supresión de aquéllos (art. 2), sus fines (art. 3) y funciones (art. 4), cuya ubicación sistemática más adecuada sería el DCIFP, por lo que se sugiere su eliminación del texto proyectado.

Respecto del artículo 2, intitulado “supresión de centros”, podría configurarse como una modificación del DCIFP, que ya regula tanto la creación de centros públicos como la autorización de centros privados, y convertirse en un nuevo apartado de la correspondiente Disposición final (actual Disposición adicional tercera) del futuro Decreto aprobatorio, que ya introduce otras modificaciones en aquél (corrección de error tipográfico en el artículo 5 y adición de un nuevo subapartado en el 6.2). Como observación particular al contenido del precepto, debe completarse la denominación del Consejo Asesor Regional de Formación Profesional, añadiendo “*de la Región de Murcia*”. Asimismo, y de forma paralela a la previsión contenida en el artículo 8.1 DCIFP acerca de la creación de este tipo de centros por transformación de otros preexistentes, quizás debiera extenderse la regulación de la supresión de centros integrados al supuesto de su transformación en otro tipo de centro.

En cuanto a los artículos 3 (fines de los CIFP) y 4 (funciones de los centros), simplemente se sugiere su supresión, pues los extremos cuya regulación se pretende establecer ya se encuentran reglamentados a nivel básico (artículos 5 y 6 RDCI) y, además, la norma regional que, en su caso, debería acogerlos y regularlos, que, como se ha dicho, no es otra que el DCIFP, en su artículo 4, ya dispone que los fines y funciones de los CIFP de la Región de Murcia son los establecidos en los artículos 5 y 6 RDCI.

Cierto es que la Comunidad Autónoma, en el ejercicio de sus competencias y desde el respeto a los fines y funciones establecidos con carácter básico, puede adicionar otros específicos para los centros de titularidad pública dependientes de ella, en la medida en que no contradigan las determinaciones básicas y sean coherentes con aquéllas. Pero, si esta es la intención perseguida por los preceptos objeto de consideración, debe insistirse en que su ubicación más adecuada es el DCIFP, sin dejar de recordar, como ya hiciera el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia en su Dictamen sobre el Proyecto y como de forma constante advierte la doctrina de este Consejo Jurídico, los riesgos que implica la técnica consistente en la reproducción, en la normativa regional de desarrollo, de preceptos de carácter básico, cuando se omite cualquier indicación acerca de su verdadero origen y naturaleza y se altera su redacción original. Comoquiera que tal doctrina es suficientemente conocida por la Consejería consultante (por todos, Dictamen 165/2007) no se estima necesaria su reproducción.

A modo de ejemplo de los indicados peligros, se destaca que la inclusión en el artículo 3, letra b), del inciso “*que tengan como referencia el Catálogo Nacional de las Cualificaciones Profesionales*”, puede resultar contradictoria con la previsión contenida en el artículo 8.2 LOCFP. Si en el precepto básico es evidente que tal Catálogo es el referente de la evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral y de vías no formales de formación, de forma que para que se puedan evaluar y acreditar tales competencias, éstas deberán corresponderse con alguna de las cualificaciones incluidas en el Catálogo, en el precepto proyectado parece que sean estas vías no formales de formación y no las competencias, las que tendrían que venir referenciadas en el Catálogo, lo que no es correcto.

Del mismo modo, en el artículo 4.2 se prevé que los centros colaborarán, entre otras entidades, con el Instituto de las Cualificaciones de la Región de Murcia, introduciendo una restricción no acorde con la norma básica, que prevé tal colaboración con “institutos de cualificaciones” *in genere*, expresión que incluiría no sólo al instituto murciano, sino también a los de otras Comunidades Autónomas o al Instituto Nacional de las Cualificaciones.

## II. Asociaciones de alumnos.

El artículo 7 del Proyecto reconoce la posibilidad de constituir asociaciones de alumnos en los CIFP y remite su regulación (requisitos, procedimiento de constitución y régimen de funcionamiento) a lo que establezca la Consejería u organismo público de que dependa el Centro.

La Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE), garantiza la libertad de asociación de los alumnos dentro del ámbito educativo y dispone que se establecerán reglamentariamente, de acuerdo con la Ley, las características específicas de las asociaciones de alumnos. Esta previsión se materializó en el Real Decreto 1532/1986, de 11 de julio, por el que se regulan las Asociaciones de Alumnos, cuyo artículo 1 dispone que *“se considerarán asociaciones de alumnos las que, al amparo de lo dispuesto en el art. 7º de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación, y de acuerdo con los principios de participación y representación democráticas, se constituyan en los Centros docentes, públicos o privados, que impartan enseñanzas de Educación General Básica, Bachillerato y Formación Profesional”*.

A nivel regional, salvo la escueta previsión contenida en el artículo 24 del Decreto 115/2005, de 21 de octubre, por el que se establecen las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares, que reconoce el derecho de los alumnos a *“asociarse en los términos previstos en la legislación vigente, creando asociaciones, federaciones y confederaciones, las cuales podrán percibir ayudas”*, todavía no se ha desarrollado una reglamentación relativa a las asociaciones de alumnos en los centros educativos, para lo que la Comunidad Autónoma contaría con competencia material, ex artículo 16 EAMU, en relación con la Disposición adicional primera de la LODE y de acuerdo con la Disposición adicional primera del RD 1532/1986.

Que dicha regulación no se haya dictado todavía, como es obvio, no impide que el Proyecto ahora sometido a consulta pueda establecer normas sobre las asociaciones de alumnos en unos centros educativos tan peculiares como los CIFP, en los que no sólo se imparten enseñanzas regladas de Formación Profesional tendentes a la obtención de un título, sino también enseñanzas propias de la Formación Profesional para el empleo. Pero lo que no cabe es que el artículo 7 del Proyecto efectúe una remisión reglamentaria a la Consejería u organismo público de que dependa el centro, porque el destinatario de tal remisión carecería de potestad suficiente para establecer el régimen de tales asociaciones.

En efecto, como de forma constante viene señalando la doctrina de este Consejo Jurídico la potestad reglamentaria de los Consejeros, fuera del ámbito estrictamente organizativo interno de sus respectivos Departamentos, únicamente puede serle conferida mediante norma con rango de

ley, por así disponerlos los artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004, teniendo vedado el Consejo de Gobierno efectuar habilitaciones reglamentarias a los Consejeros y, menos aún, a los titulares de los organismos públicos.

Procede, en consecuencia, suprimir la remisión reglamentaria contenida en el artículo 7.1 del Proyecto. Comoquiera que la norma sometida a consulta es un proyecto de reglamento orgánico, la regulación relativa a los requisitos y procedimientos de constitución de las asociaciones y su régimen de funcionamiento no podría insertarse con naturalidad en ella, por lo que debería abordarse en un Proyecto diferente. Considera el Consejo Jurídico que dicha futura norma habría de regular las asociaciones de alumnos en el ámbito educativo, al modo de otros ordenamientos autonómicos como el catalán (Decreto 197/1987, de 19 de mayo, por el que se regulan las asociaciones de alumnos) o el balear (Decreto 187/2003, de 28 de noviembre, por el cual se regulan las asociaciones de alumnos, y las federaciones y las confederaciones de asociaciones de alumnos), sin perjuicio de incluir normas específicas para centros docentes peculiares, como los CIFP.

Por el contrario, sí cabría contemplar en el Proyecto sometido a consulta las relaciones de las asociaciones de alumnos con los diferentes órganos del centro y su intervención en el funcionamiento del mismo, como hacen los apartados 2 y 3 del precepto objeto de consideración, si bien podrían definirse las funciones de las asociaciones con una mayor precisión, al modo del artículo 78.2 del Reglamento orgánico de los Institutos de Educación Secundaria, aprobado por Real Decreto 83/1996, de 26 de enero.

Como observación particular a la redacción del artículo 7.3 del Proyecto, se sugiere suprimir la mención a "*las distintas administraciones educativas*" o bien sustituirla por la Administración regional, pues pueden existir CIFP que no dependan de la Administración educativa, sino de la laboral, que asimismo debería fomentar la creación de este tipo de entidades asociativas en sus centros.

### III. Dependencia de los centros.

La naturaleza mixta de los CIFP, derivada del tipo de enseñanzas que en ellos se imparte, determina que su creación y consiguiente titularidad pueda corresponder a los órganos que componen bien la Administración educativa, bien la laboral, en ambos casos de la Comunidad Autónoma.

Si bien el régimen de organización y funcionamiento es común para todos los CIFP independientemente de si su titularidad corresponde a la Administración educativa o a la laboral, dicha titularidad sí incide en algunos aspectos concretos, lo que obliga al Proyecto a establecer normas específicas para tales supuestos. Así ocurre, a modo de ejemplo, en los artículos 10.3, 11.2 ó 18.5 del Proyecto.

En estos casos, se alude a centros “*que dependen del ámbito educativo*”, expresión que ya el Consejo Económico y Social calificó de indeterminada y poco precisa, y que quizás sería conveniente sustituir por una referencia a la titularidad del centro, de forma similar a la siguiente: “en los CIFP cuya titularidad corresponda a la Administración educativa regional...”.

Careciendo de una definición legal del término “Administración educativa regional”, y dada la concentración de las competencias educativas y laborales en la Consejería de Educación, Formación y Empleo, es necesario precisar su sentido, y por tal, en una concepción eminentemente funcional y limitada al Proyecto sometido a consulta, habría de entenderse el conjunto de órganos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia que tienen atribuido el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de Formación Profesional inicial o reglada.

De aceptarse la sugerencia formulada, esta definición debería incorporarse al texto.

#### IV. El Director.

##### 1. Cese.

a) El artículo 10.6 del Proyecto regula las causas de cese del director.

La letra c) recoge la “*destitución o revocación acordada por quien sea titular de la Consejería competente*”.

Se ajusta más al carácter discrecional de la causa de cese el término destitución que el de revocación (que en todo caso debería completarse con la expresión “del nombramiento”), por lo que se sugiere suprimir este último.

Por otra parte, la destitución, en rigor, sería acordada no tanto por el Consejero titular de la Consejería de adscripción del centro, sino por el Consejero competente para cesar al Director, bien que a propuesta del titular de la Consejería u organismo de que dependa el centro, lo que hace innecesaria su previsión en este apartado 6, pues redundaría en lo ya establecido en el apartado 5.

Asimismo, de forma coherente con la intervención del Consejo Social del centro en el nombramiento del Director (art. 13.6, letra d, del Proyecto), debería oírsele con anterioridad a su destitución. Esta intervención del Consejo Social, en la medida en que tendría carácter meramente informativo y no vinculante para el Consejero competente para acordar el cese, no sería contradictoria con la discrecionalidad de éste, derivada del sistema de provisión utilizado para su nombramiento: la libre designación.

b) Las causas de cese del Director establecidas en el artículo 10.6, letras d) y e) merecen una consideración especial. Se advierte, en primer lugar, que no figuran en la relación de causas de cese de los directores de centros educativos contempladas por el artículo 138 LOE, que sí recoge, con matices, las establecidas en el resto de letras del artículo 10.6 del Proyecto. Ello no sería óbice para admitir tales causas, pues ya dijimos en nuestro Dictamen 40/2008 que las previsiones del artículo 11.5 LOCFP relativas al nombramiento de los directores de los CIFP de titularidad de las Administraciones educativas por la vía de la libre designación excluía la aplicación a los mismos de las normas que sobre la selección y nombramiento de la dirección de los centros públicos educativos establece la LOE en su Título V, Capítulo IV.

Ha de precisarse, además, que el artículo 13.1 RDCI establece que la dirección de los CIFP “*será provista por el procedimiento de libre designación*”, terminología que, a diferencia de lo que ocurre con los restantes directivos del centro (jefe de estudios y secretario), en los que el cargo discrecional se configura como un mero haz de funciones que se adicionan a las propias del puesto de trabajo docente en el que funcionario tiene su destino, en el caso de la dirección de los CIFP, la norma básica parece querer equiparar el régimen de selección del cargo de director al de la provisión de un puesto de trabajo. Y así se confirma con la atribución de la facultad de nombramiento del Director al Consejero competente en materia de Función Pública (art. 10.1 DCIFP y 10.2 del Proyecto), que también lo es para resolver los procedimientos de provisión definitiva de puestos de trabajo, conforme al artículo 12.2, letra j), del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero.

Asimismo, la discrecionalidad inmanente al sistema de provisión elegido (la libre designación) incide de forma sustancial en las circunstancias que pueden dar lugar al cese de los directores de los CIFP, que no serán las mismas que las previstas en la LOE para cesar a quienes alcanzaron la dirección de los centros educativos mediante concurso.

Ahora bien, que sea posible establecer nuevas causas de cese en atención a las especificidades de los CIFP y a la forma de proveer la dirección de los mismos, no habilita para alterar el régimen de las situaciones administrativas de los funcionarios públicos y de las consecuencias y efectos del pase a las mismas. Se hace esta consideración porque, cuando se prevé en el Proyecto que el mero pase a determinadas situaciones llevará aparejada como consecuencia automática el cese como Director del CIFP, se está desconociendo la regulación legal de algunas de estas situaciones que prevén la reserva del puesto de trabajo. Es el caso de la situación de servicios especiales, que de conformidad con el artículo 62.2 TRLFP, conllevará el derecho a la reserva de plaza y destino; de la excedencia por cuidado de hijos y por cuidado de familiares, que prevé la reserva del puesto por dos años (art. 89.4 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril); y de la excedencia por razón de violencia género (art. 89.5 EBEP), que prevé una reserva del puesto de trabajo durante seis meses. Tampoco conlleva la pérdida del puesto de trabajo la suspensión de funciones inferior a seis meses (art. 90.1 EBEP).

La previsión de que el pase a una de estas situaciones conlleva el cese del Director nombrado por libre designación contradice el régimen básico de las situaciones administrativas de los funcionarios públicos y, en consecuencia, debe ser eliminada del Proyecto.

Del mismo modo, tampoco parece que debiera conllevar el cese en el puesto de Director el traslado voluntario o forzoso, cuando su carácter fuera meramente provisional, sino únicamente cuando fueran definitivos, como consecuencia, por ejemplo, de una redistribución de efectivos o un concurso, en cuyo caso, la adjudicación del nuevo puesto no conlleva la reserva del que se viniera desempeñando con anterioridad.

Debe señalarse, no obstante, que la no inclusión de estas causas de cese en la enumeración del artículo 10.6 del Proyecto no impediría cesar al Director si se dieran las circunstancias que en ellas se pretende prever, pues en atención al carácter discrecional de su nombramiento, podría acudir a la causa contemplada en la letra c) del referido precepto, con la oportuna motivación.

## 2. Funciones.

El artículo 10.7 del Proyecto prevé, en su letra g), que el Director tiene como función la de facilitar y fomentar la suscripción de acuerdos y convenios con empresas, entidades y Administraciones, "*dando cuenta al Consejo Social*". Sin embargo, la norma básica (art. 13.2, letra e, RDCI) otorga al Consejo Social una intervención más intensa en esta función, al exigir no la

mera dación de cuenta del Director, sino la previa aprobación del acuerdo o convenio por parte del órgano colegiado. Procede, en consecuencia, adecuar el precepto proyectado a la norma básica.

#### V. Normas comunes a todos los Departamentos.

Los artículos 17 a 21, ambos inclusive, regulan los distintos Departamentos que han de existir en todos los CIFP de titularidad pública. Al hacerlo reproducen, hasta en cinco ocasiones, la regulación del jefe de departamento, en lo tocante a su existencia, nombramiento y cese, y funciones.

Considera el Consejo Jurídico que un elemental principio de economía normativa y una mejor ordenación sistemática de la disposición sometida a consulta aconsejan reunir estas normas comunes a todos los jefes de departamento en un único artículo, sin perjuicio de establecer las peculiaridades o especificidades que algunos de ellos demandan.

De no acogerse esta sugerencia, debería completarse el artículo 20 del Proyecto con la enumeración de funciones que corresponden al Jefe del Departamento de Relaciones con las Empresas, por homogeneidad con el resto de órganos de coordinación docente.

#### **SEXTA.- Observaciones particulares al texto.**

##### I. Al Decreto aprobatorio.

##### 1. A la Exposición de Motivos.

a) Según el párrafo segundo de la parte expositiva, el artículo 11 LOCFP define a los CIFP como aquellos que imparten ofertas formativas dirigidas tanto a la obtención de títulos como de certificados de profesionalidad. Cabe advertir que, en esta cita, se omite el término “todas”, que el artículo 11.4 LOCFP utiliza para señalar que se considerarán CIFP “*aquellos que impartan todas las ofertas formativas a las que se refiera el artículo 10.1 de la presente Ley*”, es decir, “*los títulos y los certificados de profesionalidad, que constituirán las ofertas de formación profesional referidas al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales*”.

La palabra “todas” tiene un significado relevante, como lo demuestra que se vuelva a incluir en la definición que de los CIFP da el artículo 2 RDCI. Considera el Consejo Jurídico que el carácter básico de las normas citadas impone la necesidad de incluir el término “todas” en la

caracterización que la parte expositiva del futuro Decreto realiza de los CIFP, como también hace el artículo 2.1 DCIFP.

b) Entre las diversas finalidades que cumple el preámbulo de las normas destacan las de facilitar, con la adecuada concisión, la comprensión del objetivo de la norma, aludir a sus antecedentes y al título competencial en cuyo ejercicio se dicta y ayudar a advertir sobre las innovaciones que introduce, con la aclaración de su contenido, si ello es preciso, para la comprensión del texto.

En el texto sometido a consulta, frente a la prolija explicación de la habilitación normativa, se advierte que algunas de estas funciones o bien no se cumplen en absoluto, como ocurre con la información acerca del título competencial que posibilita su dictado (debería contenerse una referencia a los artículos del Estatuto de Autonomía que habilitan a la Comunidad Autónoma para el dictado de la norma), o bien sólo se atienden de modo excesivamente escueto, como explicitar el espíritu y la finalidad de la disposición, describir su contenido e indicar su objeto, por lo que debería prestarse una mayor atención a tales extremos.

c) La referencia al Plan de Formación profesional de la Región de Murcia 2004-2009 se ha visto superada por la aprobación por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 8 de octubre de 2010, del Plan del Sistema Integrado de Formación Profesional, 2010-2013, que tiene entre sus objetivos principales la integración efectiva *“de los subsistemas de Formación Profesional del Sistema Educativo y el de la Formación para el Empleo, de forma que ese Sistema Integrado se convierta en un Sistema Integral”*, para lo que se considera necesario *“ampliar y consolidar los Centros Integrados de Formación Profesional”*, para lo que *“es preciso regular sus peculiaridades, tanto en cuanto a su Reglamento Orgánico como a su autonomía de gestión”*.

d) De conformidad con las Directrices 13 y 15 de las de Técnica Normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de julio de 2002, la relación de las consultas efectuadas a los diversos órganos (debería incluirse también una alusión al Consejo Económico y Social de la Región de Murcia) habrá de ser destacada en la Exposición de Motivos, si bien en párrafo diferente y anterior a la fórmula promulgatoria, en la que, no obstante, sí se contendrá la indicación de si la norma que se aprueba lo es de acuerdo con o meramente oído el presente Dictamen.

2. A la parte dispositiva.

- Disposición adicional primera. Centros Integrados de Formación y Experiencias Agrarias.

El contenido de este precepto es idéntico a la Disposición adicional Única, apartado 1, del DCIFP, por lo que resulta redundante. Considera el Consejo Jurídico que en virtud de un elemental principio de economía normativa, procede su supresión del texto proyectado.

- Disposición adicional segunda. Reglamento de Régimen Interior.

Se expresaría de forma más precisa la norma si la redacción del precepto comenzara de forma similar a la siguiente: “Cada Centro elaborará un reglamento de régimen interior que...”.

Del mismo modo, la regulación debería completarse con la atribución orgánica de las distintas funciones que darán lugar al Reglamento, mediante la determinación de qué órgano será competente para su elaboración, propuesta, aprobación, e, incluso, si se prevé la participación mediante informe de alguno o algunos de los órganos colegiados del centro.

- Disposición adicional tercera. Modificación del DCIFP.

De conformidad con la Directriz 42, letra a), de las de Técnica Normativa, los preceptos que modifiquen el derecho vigente, cuando dicha modificación no sea el objeto principal de la disposición, se incluirán como disposiciones finales. En consecuencia, el precepto, que persigue la modificación del Decreto regulador de los CIFP, debe contenerse en una disposición final, no en una adicional.

Por otra parte, la disposición habría de subdividirse en dos apartados separados, indicados con números.

En el primero, dedicado a corregir un error tipográfico, la redacción más adecuada sería la siguiente o similar:

*“1. Advertido error en la numeración del artículo 5, tercer apartado, del Decreto 56/2008, de 11 de abril, de Centros Integrados de Formación Profesional de la Región de Murcia, se procede a su corrección en los siguientes términos:*

*Donde dice: “1. La autorización del uso de espacios e instalaciones singulares, prevista en el artículo 8.3 del Real Decreto 1558/2005, de 23 de diciembre, corresponderá.”*

*Debe decir: “3. La autorización del uso de espacios e instalaciones singulares, prevista en el artículo 8.3 del Real Decreto 1558/2005, de 23 de diciembre, corresponderá.”*

En el segundo, que procede a adicionar un nuevo subapartado al 6.2 del indicado Decreto, debe suprimirse el inciso “de Comisión”, entre “la Comisión” y “de Coordinación Pedagógica”.

Además, ha de considerarse que la modificación proyectada afecta a centros no dependientes de la Administración regional, pues el artículo 6.2 DCIFP es aplicable a los centros privados concertados, lo que haría necesario advertir en el propio título del futuro Decreto que, además de aprobar el reglamento orgánico que constituye su objeto principal, también modifica el Decreto aludido.

- Disposición adicional cuarta. Renovación de órganos de coordinación docente.

Dado el carácter colegiado de los órganos de coordinación docente, el precepto ganaría en precisión si se sustituye la expresión “*titulares*” de los mismos por la de “*los jefes de departamento y el coordinador de prevención*”.

- Una sugerencia de adición.

Debería incluirse en el futuro Decreto una disposición que ordene la adecuación de los centros ya existentes al nuevo reglamento orgánico, estableciendo un plazo para ello.

II. Al Reglamento.

- Artículo 1. Objeto.

El artículo admite una redacción más simple. Bastaría con señalar que el objeto de la futura norma es establecer el Reglamento orgánico común de los Centros Integrados de Formación Profesional de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por el que se regula su organización y funcionamiento.

No sería necesario, entonces, precisar que tales centros son los que dependen de las Consejerías competentes en materia de educación, de empleo, u otras, ni de organismos vinculados o dependientes de ellas, pues al señalar que los centros son “de” la Administración regional, ya se alude a su titularidad pública y dependencia de una institución de significado legal preciso (art. 1.1 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), que comprende a todas las Consejerías en las que se estructura la Administración General de la Comunidad

Autónoma y todos los organismos públicos vinculados o dependientes de ellas y que constituye la denominada Administración institucional o instrumental.

- Artículo 8. Profesorado.

El precepto reproduce el artículo 15 RDCI, por lo que procedería su eliminación o, al menos, modificar su redacción para informar acerca del carácter materialmente básico de la regla que contiene, para lo que debería comenzar de modo similar a: “De conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Real Decreto...”.

- Artículo 10. El Director. Nombramiento y funciones.

La remisión interna que efectúa el último inciso del apartado 1 debe corregirse, aludiendo al artículo 13.5, letra a).

- Artículo 11. El Jefe de Estudios.

A diferencia del Director, que es nombrado por un período máximo de 4 años renovables, el Jefe de Estudios no tiene fijado en el Reglamento un límite temporal fijo para su mandato, sino que su duración se corresponde con la permanencia en el cargo del director que lo nombra. Por ello es incorrecto decir que el jefe de estudios cesará “*al término de su mandato*” (apartado 5).

- Artículo 12. El Secretario.

a) En el apartado 3 puede suprimirse la frase “*si es el caso*”, al igual que en el apartado 5, letra h) la expresión “*y en el marco de la normativa vigente*”, pues resultan innecesarias.

b) En el apartado 5, la función de custodia de los libros y archivos del centro (letra f) debería insertarse entre las actuales letras c) y d). De esta forma el orden de la enumeración reflejaría que la función de expedir certificaciones que contempla la letra d) opera no sólo respecto de los acuerdos de los órganos colegiados (letra c), sino también sobre el contenido de los libros y archivos del centro.

- Artículo 13. El Consejo Social.

a) En la composición del órgano debería especificarse que cuando, como ocurre en la actualidad, las Consejerías competentes en materia de Educación y Empleo sean una sola, ésta

designará dos representantes, uno de cada ámbito, educativo y laboral, para mantener el porcentaje mínimo de miembros que la norma básica (art. 14.2, letra a, RDCI) asigna al colegio de representantes de la Administración.

b) Entre las funciones del Consejo deberían incorporarse las de aprobar el plan anual de actuación del centro, prevista en el artículo 25 del Proyecto; aprobar la suscripción de convenios y acuerdos con empresas, entidades u otras Administraciones y la oferta de servicios complementarios del centro, conforme a lo indicado en el artículo 28.3 del Proyecto; y la aprobación del horario general del centro (art. 31 del Proyecto).

Alternativamente podría establecerse una cláusula genérica de cierre de la enumeración funcional, para referirse a cuantas otras funciones le atribuya el futuro Decreto.

- Artículo 16. Régimen de funcionamiento del Claustro de Profesores.

Como ya advirtiera este Consejo Jurídico en Dictámenes 144/2005 y 180/2009, de conformidad con el artículo 22.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el régimen jurídico de los órganos colegiados se ajustará a las normas contenidas en el Título II, Capítulo II LPAC, sin perjuicio de las peculiaridades organizativas de las Administraciones Públicas en que se integran. El artículo 23.3 de la Ley 7/2004, por su parte, concreta o limita tales peculiaridades organizativas a las que establece la propia Ley regional o la norma de creación del órgano.

Más allá de este régimen legal, el artículo 22.2 LPAC únicamente prevé la posibilidad de completarlo mediante la aprobación por el propio órgano de unas normas de régimen interno cuando se trate de órganos colegiados representativos, es decir, aquéllos en los que participen organizaciones representativas de intereses sociales o los que se compongan de representaciones de diversas Administraciones Públicas. Ninguno de estos supuestos concurren en el Claustro, pues todos sus miembros son profesores del centro, sin participación social o administrativa externa algunas.

En consecuencia, las únicas peculiaridades organizativas admisibles serían las establecidas en la Ley 7/2004 o en el propio Proyecto, no pudiendo diferir la regulación de tales peculiaridades a una norma interna del Claustro que sería contraria al régimen básico de los órganos colegiados, en todo aquello que excediera del establecimiento de un régimen propio de convocatorias, único extremo sobre el que tendría capacidad autonormativa el órgano, de conformidad con el artículo 26.2 LPAC.

Así pues, atendida la naturaleza y composición del Claustro, la atribución por el apartado 3 de la potestad de autorregulación a favor del órgano sería contraria a la prescripción que, con carácter básico, establece el artículo 22.2 LPAC, procediendo su supresión. Y es que, conforme a la STSJ Madrid, 156/2002, de 30 de enero, *“hay dos clases de órganos colegiados a los que se permite otorgarse sus propias normas de funcionamiento, la primera integrada por los órganos colegiados en los que participen representantes de diferentes Administraciones Públicas, y ello al margen de que en tales órganos colegiados formen parte representantes de organizaciones representativas de intereses sociales, y la segunda, aquellos órganos colegiados de cualesquiera Administraciones Públicas en los que participen esta clase de representantes, de manera que se trata en este último supuesto de órganos colegiados de una sola Administración Pública, pero con el añadido de esa representación social”*.

Ello no obsta a que el Reglamento de Régimen Interior de cada centro pueda contener las reglas de funcionamiento del Claustro ni que éste participe en la elaboración del mismo, pero debe evitarse otorgar capacidad autorreguladora a un órgano colegiado que, de conformidad con la norma básica, carece de ella.

- Artículo 17. Departamentos de Familia Profesional.

a) En el apartado 2 debe suprimirse el inciso entre paréntesis *“(pedagogía terapéutica, intérprete de lengua de signos, etc.)”*, ya que se trata de una ejemplificación del contenido del precepto, función ésta que no es propia de la parte dispositiva de las normas, sino en todo caso de las Exposiciones de Motivos.

b) En el apartado 3, letra p), cabría precisar que la memoria “final” se realizará por cada curso académico. Esta observación se hace extensiva a las memorias que se prevén en los artículos 18, 19, 20 y 21.

- Artículo 18. Departamento de Información y Orientación Profesional.

El inciso *“con los requisitos de titulación y formación específica que se establecen en el artículo 16 RDCI”* contenido en el apartado 5, que se destina a regular la figura del Jefe de Departamento, podría inducir a pensar que tales condiciones de titulación y formación se establecen en el indicado precepto básico como requisitos para el nombramiento como tal jefe de departamento, cuando no es así, pues en realidad la posesión de aquéllos lo que determina es una habilitación para ejercer la función de información y orientación profesional en los CIFP, y en

definitiva, para integrarse en el indicado Departamento, como ya recoge el apartado 3 del mismo artículo 18 del Proyecto.

En consecuencia, cabría suprimir el referido inciso en el apartado 5 y cambiar la redacción del apartado 3, para incluir en su párrafo inicial la cita concreta del precepto básico en el que se fundamenta.

- Artículo 19. Departamento de Innovación Tecnológica, Formativa y de Mejora de la Calidad.

Según su apartado 1 el Departamento estará integrado por representantes de los otros departamentos y comisiones del centro. Sin embargo, no prevé qué número de representantes corresponde a cada uno de tales órganos.

- Artículo 21. Comisión de Seguridad y Salud Laboral.

a) El apartado 4 debería preceder al actual apartado 2, para evitar la cita en éste de una figura, el Coordinador de Prevención, carente de regulación en los artículos precedentes.

b) La asignación a esta Comisión de funciones, aun elementales, de evaluación de riesgos y desarrollo de actividades preventivas, necesarias para la elaboración del mapa de riesgos y del plan de evacuación del centro (art. 21.3, letra b, del Proyecto), exigiría de sus componentes o, al menos, del Coordinador de Prevención (que ha de responsabilizarse de su redacción conforme al artículo 21.6, letra d, del Proyecto), contar con formación en materia preventiva, siquiera de nivel básico, como impone el Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero.

Del mismo modo y para salvar eventuales carencias en materia preventiva, podría preverse la colaboración del correspondiente Servicio de Prevención de riesgos laborales de la Consejería u organismo de que dependa el centro, en la elaboración de los indicados instrumentos preventivos.

- Artículo 27. Las ofertas formativas.

a) El apartado 1 debería incorporar una referencia al artículo 11.4 en relación con el 10.1, ambos de la LOCFP, como referencias normativas básicas de la regulación autonómica en la materia.

Por otra parte, debe sustituirse la referencia al Real Decreto 1538/2006, de 15 de diciembre, por el Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo, que estando pendiente de emisión el presente Dictamen, ha venido a derogar el reglamento citado en primer lugar.

b) En el apartado 7 debería coordinarse la previsión relativa a la financiación de los gastos derivados de las ofertas de formación de demanda con las normas establecidas por los artículos 12, 13 y 14 RD 395/2007 acerca de la financiación de este tipo de formación, para evitar una interpretación extensiva de la eficacia de la voluntad de las partes, que pudiera llegar a desconocer las prescripciones de los indicados preceptos.

- Artículo 28. Gestión y financiación de los Centros Integrados.

a) El apartado 1 transcribe el artículo 10.3 RDCI, pero sin efectuar advertencia alguna de su procedencia estatal, lo que debe ser corregido. El párrafo, además, debería finalizar en “*acción formativa o servicio*”, suprimiendo el resto hasta el final del apartado, para evitar la distorsión que produce hablar de “*Centros que desarrollen ofertas formativas sostenidas con fondos públicos*” (entre los que tendrían cabida también centros privados) en un Decreto limitado a centros de titularidad pública, a los que, por lo demás, serán de aplicación las normas presupuestarias y sobre subvenciones, aun cuando no lo diga este precepto, en atención al ámbito sobre el que extienden sus efectos dichas prescripciones generales.

b) Entre la previsión del artículo 10.5 RDCI relativa a que las Administraciones competentes podrán regular el procedimiento que permita a los centros obtener recursos complementarios mediante la oferta de servicios y la atribución a los Consejos Sociales de los centros de la facultad de aprobar tal oferta de servicios, como prevé el artículo 28.3 del Proyecto, considera el Consejo Jurídico, coincidiendo en este extremo con el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, que debe existir una regulación reglamentaria que, haciendo efectiva la habilitación contenida en la norma básica, establezca, siquiera en trazos gruesos, las líneas esenciales de dicha oferta y la forma en que se hará efectiva. El Proyecto sometido a consulta sería una norma adecuada para establecer dicha regulación, siendo insuficiente al efecto la mera atribución al Consejo Social de la aprobación de una oferta, cuando no se conoce qué órgano debe elaborarla, ni con sujeción a qué principios ni límites.

- Artículo 29. Evaluación y acreditación de las competencias profesionales.

En el apartado 2, la norma estatal de carácter básico a que se refiere el precepto ya ha sido dictada como Real Decreto 1224/2009, de 17 de julio, de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral, que tiene por objeto, de conformidad con su artículo 1, “*establecer el procedimiento y los requisitos para la evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas por las personas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación, así como los efectos de esa evaluación y acreditación de competencias*”. Procede, por tanto, que el Proyecto concrete la referencia a dicho reglamento estatal.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar el Decreto cuyo Proyecto se somete a consulta.

**SEGUNDA.**- Sin perjuicio de las observaciones formuladas en la Consideración Segunda de este Dictamen, cabe entender que se han seguido los trámites preceptivos del procedimiento de elaboración reglamentaria, sin que se observen carencias esenciales.

**TERCERA.**- Tienen carácter esencial las observaciones formuladas a los siguientes preceptos:

- Artículo 27.1, letra b), conforme a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

- Artículos 4.2; 7.1 y 10, apartados 6 y 7, en los términos de la Consideración Quinta de este Dictamen.

- Artículos 16 y 21, según lo señalado en la Consideración Sexta del presente Dictamen.

**CUARTA.**- El resto de observaciones contribuirían a la mayor perfección técnica del Proyecto y a su mejor inserción en el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 223-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2011)
<b>Fecha</b>	31/10/2011

**Extracto de doctrina**

Es doctrina reiterada de este Consejo Jurídico (recogida, entre otros, en los Dictámenes números 82, 86 y 90 del año 2000; 2,15, 30, 39, 46, 88, y 107 del año 2001; 9 de 2004; y 51/2009, entre otros muchos) que los daños físicos constituyen un riesgo inherente a la práctica deportiva, debiendo ser soportados por quien los sufre, siempre que la actividad no se apartase de las reglas ordinarias de su práctica, o se tratase de ejercicios inapropiados a la edad de los alumnos, o concurren circunstancias determinantes de riesgo, peligro o mal estado de las instalaciones que hubieran podido causar efectivamente lesiones derivadas de la práctica del ejercicio, y siempre que el profesorado adopte las medidas de precaución habituales, ajustadas a la pauta de la diligencia exigible a un buen padre de familia, y las exigibles a la realización de la práctica deportiva en cuestión.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Los antecedentes de esta consulta se encuentran en el Dictamen 166/2010, de 20 de septiembre, que concluyó en la necesidad de completar la instrucción para precisar el lance del ejercicio físico que practicaban los alumnos, las circunstancias concretas que provocaron el accidente, si la actividad estaba programada y cuál fue la instrucción previa que al efecto recibieron los alumnos, todo ello en aplicación de lo que dispone el artículo 10.1, párrafo segundo, del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración (RRP).

**SEGUNDO.-** El 4 de enero de 2011 el instructor se dirigió al centro solicitando informe complementario, que fue emitido el 20 de enero de 2011 expresando que *“(...) durante el desarrollo de la clase de educación física, en la que se estaba practicando “hockey” el citado alumno en disputa por la bola con otro compañero, recibe un impacto con el bastón, y resultado del mismo, caen las gafas graduadas al suelo rompiéndose uno de los cristales. A juicio del profesor y los alumnos presentes, el hecho fue fortuito e inherente a la propia práctica de este deporte, no concurriendo circunstancias que pudieran considerarse negligentes en la citada situación”*.

**TERCERO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante sin que conste que presentara alegaciones, el instructor formuló su propuesta de resolución el 22 de septiembre de 2011, en la que, asumiendo lo informado por el centro, concluye desestimando la pretensión por inexistencia de nexo de causalidad.

Y en tal estado, unidos al expediente los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, la consulta se formuló, teniendo entrada en el registro de este Consejo Jurídico el día 23 de septiembre de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 RRP.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento.**

La reclamación ha sido formulada por persona legitimada y dentro del plazo de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo competente la Consejería consultante para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro en el que ocurrieron los hechos. Aunque se ha cumplido con las prescripciones instructoras de la LPAC, debe llamarse la atención sobre el contenido de los informes del centro, que no concretan si la actividad estaba programada.

Por otra parte, también se ha de significar que desde el 20 de septiembre, fecha del Dictamen 166/2010, hasta el 22 de septiembre de 2011, fecha de la nueva propuesta de resolución, ha transcurrido un año, intervalo en el que solo ha sido necesario cumplimentar, como nuevos trámites, el informe del centro con las nuevas audiencia y propuesta de resolución.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Como ha señalado este Consejo Jurídico de la Región de Murcia en su Dictamen 9/2004, entre otros, el Consejo de Estado rechaza con carácter general que la diligencia exigible a los servidores públicos de los colegios incluya un cuidado total sobre las personas que se encuentren en el servicio y las conductas, del tipo que sean, que se desarrollen en él (Dictamen 289/94), habiendo precisado que no generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/96, de 7 de marzo y 811/96, de 30 de abril, entre otros), siendo esta tesis la que propugna la doctrina legal de otros órganos consultivos autonómicos (Dictamen 131/99 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, y Dictamen 3/99, del Consell Consultiu de Les Iles Balears), así como reiterada jurisprudencia.

Asimismo, es doctrina reiterada de este Consejo Jurídico (recogida, entre otros, en los Dictámenes números 82, 86 y 90 del año 2000; 2,15, 30, 39, 46, 88, y 107 del año 2001; 9 de 2004; y 51/2009, entre otros muchos) que los daños físicos constituyen un riesgo inherente a la práctica deportiva, debiendo ser soportados por quien los sufre, siempre que la actividad no se apartase de las reglas ordinarias de su práctica, o se tratase de ejercicios inapropiados a la edad de los alumnos, o concurren circunstancias determinantes de riesgo, peligro o mal estado de las instalaciones que hubieran podido causar efectivamente lesiones derivadas de la práctica del ejercicio, y siempre que el profesorado adopte las medidas de precaución habituales, ajustadas a la pauta de la diligencia exigible a un buen padre de familia, y las exigibles a la realización de la práctica deportiva en cuestión.

En el presente caso, a la vista de los informes emitidos, debe concluirse que se trató de un accidente fortuito, propio de la práctica deportiva e inevitable para la Administración, sin que consten circunstancias que permitan imputar el daño, de forma jurídicamente adecuada, al funcionamiento de los servicios públicos, por lo que no concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución objeto de Dictamen, desestimatoria de la reclamación presentada, al no acreditarse la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y el daño por el que se reclama.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 224-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2011)
<b>Fecha</b>	31/10/2011

**Extracto de doctrina**

Cabe concluir en una resolución estimatoria si se ha materializado un riesgo especial del ejercicio (Dictámenes del Consejo de Estado 3597/2001 y 2164/2003), pero no cuando dicho ejercicio es adecuado y razonable a las condiciones físicas de los alumnos, en el transcurso de los cuales existen riesgos consustanciales a la asignatura obligatoria de Educación Física. Se insiste en que la Administración ha de cuidar de que el ejercicio sea adecuado a los alumnos y se practique, bajo la vigilancia del profesor, dentro de los cauces normales.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Los antecedentes del asunto se encuentran en el Dictamen 269/2010, de 27 de diciembre, que concluyó dictaminando desfavorablemente la propuesta de resolución estimatoria, al ser procedente completar la instrucción con el fin de conocer con precisión la clase de ejercicio físico que practicaban los alumnos y las circunstancias concretas que provocaron el accidente: el estado de la pista polideportiva en la que se desarrollaba la clase, las instrucciones impartidas por el profesor y las medidas de precaución que, en su caso, se adoptaron, cuál fue la causa de la caída, si la actividad estaba recogida en la programación del centro, actitud de los alumnos, etc.

**SEGUNDO.-** Para completar la instrucción, con fecha 10 de mayo de 2011 se requirió al centro para que emitiera nuevo informe, el cual, suscrito el 17 de mayo por la Directora ante la ausencia de la profesora de gimnasia, con la que ha comunicado telefónicamente, dice, en síntesis lo siguiente: a) El acrosport es un deporte en el que se desarrollan diferentes figuras gimnásticas y una de ellas coincide con la relatada por la madre; las figuras son en grupos reducidos y de poca altura; si un alumno necesita llevar gafas las tendrá que llevar en todo momento y si no puede quitárselas, debe sujetarlas; el profesor no puede saber ni valorar si el alumno podría haber desarrollado su función en la figura del acrosport sin el uso de las gafas; b) la figura que se hizo fue sencilla, de poca altura y con grupos reducidos de alumnos, y las gafas se rompieron de forma accidental, al caer un alumno involuntariamente.

**TERCERO.-** La propuesta de resolución, de fecha 3 de agosto de 2011, después de identificar a las gafas como un elemento de riesgo en una actividad deportiva, señala que hubiera sido necesario adoptar alguna medida adicional de precaución, por lo que concluye en la existencia de relación de causalidad con la consiguiente estimación de lo pretendido.

Y en tal estado de tramitación, una vez ultimados el índice de documentos y el extracto de secretaría, la consulta tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el 2 de septiembre de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre la propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Procedimiento.**

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales. No obstante, es de apreciar, de una parte, la excesiva dilación procedimental, que queda reflejada en que entre el 27 de diciembre de 2010, fecha del Dictamen 269/2010, y el 2 de septiembre de 2011, fecha de formulación de la consulta, sólo se ha evacuado un trámite, que fue el informe del centro, fechado el 17 de mayo de 2011; de otra parte, también se aprecia que, a pesar de esta nueva información, han quedado sin confirmar aspectos tales como si la actividad de acrosport estaba recogida en la programación del centro.

La reclamación fue presentada dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), establece para la prescripción del derecho a reclamar.

En lo que se refiere a la legitimación activa, la reclamación se formula por persona interesada.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Consejería de Educación, Formación y Empleo es competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación, en el que se integra el centro docente donde ocurrió el accidente.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente (por ejemplo, Dictámenes 41/2008 y 14/2010), ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999, y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de febrero de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC” (Dictámenes 433/1996 y 811/1996). Particularmente en supuestos de daños producidos durante la clase de educación física, es constante y reiterada la doctrina de los consejos consultivos que excluye la responsabilidad de la

Administración cuando el ejercicio se desarrolla dentro del riesgo que en sí misma entraña la práctica deportiva.

Así pues, cabe concluir en una resolución estimatoria si se ha materializado un riesgo especial del ejercicio (Dictámenes del Consejo de Estado 3597/2001 y 2164/2003), pero no cuando dicho ejercicio es adecuado y razonable a las condiciones físicas de los alumnos, en el transcurso de los cuales existen riesgos consustanciales a la asignatura obligatoria de Educación Física. Se insiste en que la Administración ha de cuidar de que el ejercicio sea adecuado a los alumnos y se practique, bajo la vigilancia del profesor, dentro de los cauces normales.

En el caso de la consulta, es cierto que el efecto dañoso existe y que se produce en el seno del servicio público entendido como “giro o tráfico administrativo”, al ser el centro de titularidad pública y su gestión una competencia de la Administración regional, mas no existen, al menos probadas, otras circunstancias que permitan imputar a la Consejería tales efectos dañosos. De los hechos recogidos en el informe del centro puede calificarse el accidente como un suceso desafortunado que se produce en el desarrollo de un ejercicio que, igual que otros, no presentaba un riesgo especial para alumnos de 14 años, debiendo significarse que cuando un alumno tiene necesidad de llevar gafas habitualmente la posibilidad de caída de las mismas es un riesgo consustancial a su propia condición física, que no debe ser asumido por la Administración autonómica sólo por el hecho de materializarse en un centro educativo de su titularidad (Dictamen del Consejo de Estado 1826/2002).

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución estimatoria, dada la ausencia de los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 225-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios educativos

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

**Fecha** 31/10/2011

**Extracto de doctrina**

El cese de la interesada sería lícito, lo que determina, a su vez, que el daño alegado no pueda ser considerado antijurídico.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Según se desprende del expediente, x se encontraba incluida en las listas de aspirantes al desempeño de plazas en régimen de interinidad de los Cuerpos de Educación Secundaria, en la especialidad de Procesos Sanitarios, para el curso 2009/2010, con el número de lista --.

En el acto de adjudicación de plazas del 28 de septiembre de 2009 fue convocada por esta especialidad, resultando adjudicataria de una vacante en sustitución de x, en el IES “Miguel de Cervantes”, de Murcia.

Sin embargo, otra aspirante, x, incluida también en la lista de la misma especialidad de Procesos Sanitarios, con el nº de lista --, había sido convocada previamente al acto de adjudicación de plazas del día 31 de julio de 2009, adjudicándole en esa fecha la misma plaza en sustitución de x, quien gozaba de una licencia para prestar servicios como Asesor en la Consejería para el curso 2009/2010.

Mediante Resolución de 22 de julio de 2009, del Consejero de Educación, Formación y Empleo, se resuelve expediente disciplinario incoado a x, por la que se le sancionaba a tres años y un mes de suspensión de funciones por la presunta comisión de una falta muy grave y una grave. Esta sanción se ejecuta a partir del 16 de septiembre de 2009, ordenándose su cese en el destino adjudicado, con fecha 15 de septiembre de 2009.

Como consecuencia de todo ello, la sustitución de x vuelve a ofertarse en el siguiente acto de adjudicación de plazas, el 28 de septiembre, adjudicándose a la reclamante, x.

Por Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia de 13 de noviembre de 2009, se acuerda suspender la ejecución del cumplimiento de la sanción impuesta a x, quien, con fecha 7 de enero de 2010, se incorpora a la plaza reservada a x y desempeñada interinamente por la hoy reclamante, quien cesa el 6 de enero de 2010.

Recurrido dicho cese por la hoy reclamante, es desestimado por Orden de 15 de febrero de 2010, de la Consejería de Educación, Formación y Empleo.

**SEGUNDO.-** Con fecha 17 de agosto de 2010, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por los daños que dice haber sufrido como consecuencia de la actuación del Servicio de Personal Docente de la indicada Consejería.

Manifiesta la reclamante que, cuando concurre a la adjudicación de la plaza, lo hace desconociendo las vicisitudes de la misma en relación a su ocupación por x, y en el convencimiento de que va a desempeñar el puesto durante todo el curso escolar 2009/2010, pues la plaza se publica como vacante y la adjudicación se iniciaba con nombramiento el 29 de septiembre de 2009 y cese el 30 de junio de 2010. Además, hizo averiguaciones acerca del titular y al conocer que estaba desempeñando funciones como asesor en la Consejería de Educación era previsible que no regresase a la plaza antes de concluir el curso.

Al tomar posesión de la plaza en cuestión, renunció a otra que le había sido adjudicada en un IES de la localidad de Alcázar de San Juan, plaza que estaba vacante y que suponía el desempeño interino de un puesto de profesora de la especialidad "Procesos Sanitarios" durante un curso completo. Además queda excluida de la lista de espera constituida en la Comunidad de Castilla-La Mancha.

Tras su cese en la plaza del IES "Miguel de Cervantes" el 7 de enero de 2010 (primera fecha en la que tiene conocimiento de que la plaza había sido adjudicada con anterioridad a otra aspirante), se le adjudica el 12 de enero otra plaza en el IES "Cañada de las Heras" de Molina de Segura, en otra especialidad en cuya lista de espera también se encontraba la hoy reclamante. Esta plaza es de Grupo A2, mientras que la inicialmente adjudicada era del Grupo A1, existiendo una diferencia retributiva entre ambas de 201,6 euros/mes.

La reclamante permanece en el IES “Cañada de las Heras” hasta el 15 de febrero de 2010, al cesar para pasar a ocupar una plaza Grupo A1 de la especialidad “Procesos Sanitarios” en el IES “Mar Menor” de San Javier, destino que mantiene hasta su cese el 23 de junio de 2010.

Estima que, como consecuencia de su cese en la plaza inicialmente adjudicada se le ha causado un perjuicio que valora en 3.070 euros, en concepto de retribuciones dejadas de percibir, diferencias retributivas entre plazas de distinto nivel, y gastos de desplazamiento entre Murcia, localidad de residencia de la reclamante y las localidades de Molina de Segura y San Javier. Además, afirma que se le ha irrogado un perjuicio consistente en la imposibilidad de computar un año completo de trabajo en un puesto de Grupo A1, con las negativas consecuencias que ello tiene a efectos de mérito en futuros procesos selectivos, por lo que solicita que se considere que durante todo el curso 2009/2010 la actora ha prestado servicios en un puesto de tal Grupo.

Se adjunta a la solicitud la siguiente documentación: a) copia del recurso presentado frente al cese; b) credencial de adjudicación, donde consta el funcionario a quien sustituye y que la duración prevista del desempeño será *“desde 29/09/2009 hasta que cesen las causas o circunstancias urgentes que han determinado este nombramiento”*; y c) diligencia de cese, con efectos de 6 de enero de 2010.

**TERCERO.-** Con fecha 16 de febrero de 2011 se admite a trámite la reclamación y se designa instructora, quien procede a notificar dicha resolución a la interesada y a recabar de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería competente en materia de Educación, el preceptivo informe del Servicio a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño por el que se reclama.

**CUARTO.-** El 21 de marzo se evacua el referido informe. En él, el Servicio de Personal Docente relata los hechos en forma coincidente con los ya indicados en el Antecedente Primero de este Dictamen y señala la excepcionalidad del supuesto, debida a la obligación de reintegrar a la interina encausada en el procedimiento disciplinario, como consecuencia de un auto judicial que acuerda suspender la ejecución de la sanción que se le había impuesto.

Señala el informe, asimismo, que *“el procedimiento seguido ha sido el habitual en cada uno de los casos en que ha habido un nombramiento de un profesor de la lista de interinos o un cese del mismo profesor. Cuando se nombra a un profesor interino para una vacante de sustitución, el nombramiento se hace desde el día en que se produce la vacante hasta el día en que cesan las causas que hicieron necesario el nombramiento del profesor interino, que coincide, normalmente, con la vuelta al puesto de trabajo del profesor sustituido. Esto es lo que ha ocurrido en este caso,*

*cualificada dicha vuelta de la profesora sustituida por el deber de cumplimiento de un auto judicial*". Se afirma, asimismo, que el proceso de cese y nombramiento se ha regido por lo establecido en los artículos 12, 17, 18 y 19 de la Orden de 27 de julio de 2001, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se regula la selección de personal interino y laboral temporal de la Administración Pública de la Región de Murcia.

**QUINTO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante, comparece los días 21 de marzo y 5 de abril, obteniendo vista y copia de la documentación solicitada, excepto de la obrante en el expediente disciplinario de la profesora sancionada.

El 11 de abril presenta escrito de alegaciones. Insiste en que la página web de la Consejería de educación publicó *"la oferta de vacantes (es decir plazas para cubrir a lo largo de todo el curso escolar)"* y que no conoció que la plaza había sido previamente adjudicada a x, incurso en un procedimiento disciplinario. Manifiesta la alegante que *"de haber conocido esta circunstancia, muy probablemente la decisión de la reclamante hubiese sido otra bien distinta"*.

Afirma, asimismo, que existe un funcionamiento anormal del servicio cuando *"una vacante de sustitución de un funcionario (x) adjudicada hasta el 30 de junio de 2010 conforme a los datos indicados en la propia convocatoria, resulta no serlo, viéndose la reclamante desplazada de dicha vacante a primeros de enero de 2010, a consecuencia de una circunstancia que debiera haber sido prevista por la Consejería"*.

Solicita a efectos probatorios que se informe acerca de la función que realiza el funcionario sustituido y cuántos cursos y desde qué fecha ha permanecido en el puesto de asesor que desempeña en la Consejería.

**SEXTO.-** Se ha incorporado al expediente copia del Auto de 13 de noviembre de 2009, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Murcia, por el que se acuerda suspender la ejecución de la resolución sancionadora y que determina la restitución de la profesora interina sancionada al puesto de trabajo del que había sido removida como consecuencia de la indicada resolución disciplinaria.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 23 de mayo de 2011, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al no considerar acreditada la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 2 de junio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al versar sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. La legitimación activa, cuando de reclamaciones de responsabilidad patrimonial se trata, corresponde a quien sufre el daño, condición que recae en la hoy reclamante.

La legitimación pasiva tampoco es dudoso que corresponde a la Administración regional, en tanto que titular del servicio a cuyo anormal funcionamiento se imputa el daño: el Servicio de Personal Docente de la Dirección General de Recursos Humanos dependiente de la Consejería de Educación, Formación y Empleo.

2. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Siendo el hecho desencadenante de los daños alegados el cese de la interesada (el 6 de enero de 2010) en la plaza inicialmente adjudicada, es evidente que la reclamación presentada el 17 de agosto de ese mismo año ha de calificarse de temporánea.

3. El procedimiento ha seguido los trámites previstos en la normativa reguladora de este tipo de procedimientos, sin que se aprecien carencias esenciales, toda vez que consta en el expediente el preceptivo informe del Servicio a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño (art. 10.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, RRP) y el trámite de audiencia a la interesada.

Han de hacerse, no obstante, las siguientes observaciones:

a) En su escrito de alegaciones, la interesada propone prueba consistente en la emisión de un informe en el que se refleje la función que como asesor viene desempeñando el funcionario titular de la plaza en cuestión y el número de cursos que lleva haciéndolo. Nada se ha acordado al respecto por la instructora, como tampoco se contiene decisión alguna al respecto en la propuesta de resolución.

Debe recordarse que no toda prueba propuesta por los interesados en el procedimiento ha de ser necesariamente practicada, pudiendo el órgano instructor rechazarla mediante resolución motivada en su carácter manifiestamente innecesario o improcedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80.3 LPAC. No consta tal resolución motivada en el expediente, si bien, dado el carácter manifiestamente innecesario de dicha prueba (pues la constatación de los extremos que se pretende acreditar resultaría indiferente en orden a la determinación de la existencia o no de responsabilidad patrimonial), no cabe apreciar que con ello se suma en indefensión a la reclamante, por lo que no procede ahora retrotraer las actuaciones para posibilitar la práctica de la referida prueba, sino entrar a conocer sobre el fondo de la reclamación planteada.

b) No se ha acompañado a la consulta el extracto de secretaría exigido por el artículo 46.2, letra b) del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

### **TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial.**

El artículo 106.2 CE reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En similares términos se expresa el artículo 139 LPAC, configurando una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada.

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, sentencia de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la

Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público no implica que aquélla se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse, con independencia del actuar administrativo, ya que, de lo contrario, el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

En suma, de acuerdo con lo establecido por los artículos 139 y 141 LPAC, son requisitos para que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, los siguientes:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

#### I. El daño.

La interesada identifica el daño como las retribuciones dejadas de percibir por el no desempeño de un puesto de trabajo del Grupo A1, como consecuencia del cese de que fue objeto en la plaza inicialmente adjudicada. Del mismo modo, considera que debe ser resarcida de los gastos de desplazamiento que hubo de afrontar para llegar desde su residencia en la ciudad de Murcia a los Institutos en los que se le dio destino con posterioridad al cese, ubicados en Molina de Segura y San Javier, respectivamente. Alega, además, el perjuicio consistente en la imposibilidad de computar un año completo de trabajo en un puesto de Grupo A1, con las negativas consecuencias que ello tiene a efectos de mérito en futuros procesos selectivos.

#### II. Nexo causal y antijuridicidad.

La interesada no precisa en su solicitud el título de imputación del daño a la Administración regional, limitándose a señalar que hubo un funcionamiento anormal del servicio público de gestión de recursos humanos de la Consejería de Educación, pero sin especificar qué concreta acción de ésta le generó el perjuicio por el que reclama. No obstante, de sus alegaciones cabe inferir que el origen del daño podría encontrarse en dos momentos:

a) Cuando se publica en la web de la Consejería la oferta de vacantes, pues se induce a pensar que la plaza en cuestión estaba vacante y que, en consecuencia, el nombramiento era para todo el curso escolar, como indicaban las fechas de comienzo y fin del nombramiento. Nada se indicaba acerca de la posibilidad de que dicho nombramiento no alcanzara la fecha de fin prevista, como finalmente ocurrió.

b) En el momento del cese en la plaza inicialmente adjudicada, toda vez que es dicho cese la causa de que finalice el desempeño de ese puesto de trabajo y haya de pasar a desempeñar otro de menor retribución y en localidades diferentes de su lugar de residencia.

Veamos ambos supuestos.

1. La publicación de la oferta de vacantes en la página web de la Consejería de Educación.

No consta en el expediente una copia de la oferta de plazas a los aspirantes tal como fue publicada. No obstante, de los términos en los que se expresa la reclamante, puede inferirse que conocía que la plaza estaba reservada a un funcionario de carrera. En consecuencia, la vacante que se ofrecía no podía ser de las denominadas "*vacantes de plantilla*" (esto es, plazas sin provisión por funcionario de carrera con nombramiento de carácter definitivo, existiendo razones de urgencia o necesidad que aconsejen su cobertura transitoria), sino de las que en las ofertas de adjudicación de plazas que realiza la Consejería se denominan como "*vacantes de sustitución*".

Que la interesada conocía esta circunstancia se derivaría no sólo de la clara indicación que de ambos tipos de plazas se realiza en la página web de la Consejería, que se publican en listados separados y diferentes, sino de sus propias manifestaciones, cuando señala que hizo averiguaciones para saber quién era el titular y las probabilidades de que éste regresase a la plaza antes de acabar el curso escolar, tras lo cual optó por concurrir al procedimiento de adjudicación. También señala en su recurso, previo a la reclamación de responsabilidad patrimonial, que la plaza estaba incluida en el listado de vacantes por sustitución y que el cese debía producirse por reincorporación del titular de la misma.

Siendo una vacante por sustitución, se trata de un puesto de trabajo provisto por un funcionario de carrera que, por diversas circunstancias, aquél no puede desempeñar de manera efectiva. Ello obliga a la Administración, para garantizar la continuidad en la prestación del servicio educativo al alumnado en el curso lectivo en que el funcionario titular está ausente, a cubrirlo de forma transitoria por un interino sustituto, que cesa al cubrirse de nuevo el puesto. Así pues, la

temporalidad del nombramiento, que es immanente a su propia naturaleza, dada su absoluta sujeción a las vicisitudes de las necesidades que se pretenden cubrir con él y, singularmente, a la cobertura del puesto, convierten las fechas contenidas en la oferta de vacantes en meramente indicativas, sin que pueda considerarse que vinculan a la Administración, por lo que ésta no viene obligada a mantener el nombramiento durante todo el período indicado.

En el mismo sentido, la STSJ Castilla y León (Valladolid) 1991/2010, de 27 de septiembre, señala *“uno de los elementos que configuran la situación de interinidad es la provisionalidad del nombramiento, vinculada a la desaparición -no siempre prevista o previsible- de la causa que lo justifica, tal y como resulta del artículo 10.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en cuya virtud, “El cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el art. 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento”, lo que aquí así ha ocurrido, no surgiendo por tanto de aquella acreditada discrepancia un derecho subjetivo del interino a continuar en sus funciones en todo caso -o a toda costa- hasta la fecha en que inicialmente se previó su nombramiento”*.

En consecuencia, a pesar de la indicación en la oferta de plazas de las fechas previstas de duración del nombramiento, lo cierto es que la interesada no tenía un verdadero derecho a permanecer en el puesto de trabajo hasta el final del curso, en junio de 2010, sino una mera expectativa que no se llegó a materializar, dada la cobertura del puesto de trabajo en ejecución de una decisión judicial. Y la frustración de dicha expectativa no puede dar lugar a indemnización, pues para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración debe existir un daño real y efectivo derivado de la lesión de un derecho del particular.

Ahora bien, si el cese en el puesto de trabajo inicialmente adjudicado no hubiera sido lícito, entonces sí existiría una lesión del derecho de la interesada a permanecer en él hasta que se procediera a su cese por las causas admitidas en el ordenamiento. Y es que, en tal caso, el daño alegado habría de ser considerado como antijurídico, generando así el derecho de la interesada a ser indemnizada, toda vez que de conformidad con el art. 141.1 LPAC, sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga obligación de soportar de acuerdo con la Ley.

## 2. La legalidad del cese en el puesto de trabajo.

Si bien la interesada recurrió en vía administrativa su cese, al considerar que éste se había realizado de forma irregular, lo cierto es que no consta que impugnara la resolución desestimatoria de su recurso, dejando que el indicado cese adquiriera firmeza.

Surge así un primer obstáculo a la consideración del daño alegado como antijurídico, pues como señala la STSJ Castilla y León (Valladolid) 1280/2007, de 28 de junio, *“en el caso de autos no puede entenderse que el daño reclamado es antijurídico pues (...) dado que el hecho determinante de la responsabilidad que se reclama es la ilicitud del acto administrativo de nombramiento como funcionario interino (...), no cabe el reconocimiento de la indemnización pretendida en tanto no se declare la ilicitud de dicho nombramiento por el órgano competente, bien administrativo o jurisdiccional, en sus respectivos casos”*.

En cualquier caso, y al margen de la rigurosa limitación que dicho pronunciamiento impone, al exigir una previa declaración formal de ilicitud para poder establecer una eventual responsabilidad patrimonial, la doctrina del Tribunal Supremo recogida, entre otras, en la sentencia de 5 de marzo de 2004, recuerda que *“si esos actos son válidos y conformes a la legalidad, la actuación administrativa debe ser soportada por el destinatario de la misma conforme a lo dispuesto en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pues conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Sala, como presupuesto fundamental de la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra no ya la circunstancia de un menoscabo o perjuicio económico, que aquí no se produce, sino que ese perjuicio sea ilegítimo, lo que no sucede cuando la Administración cuenta con un título que legitima su actuación, (sentencias entre otras, de 15 de octubre de 1990, 26 de septiembre de 1994, y 13 de septiembre de 1996 y 31 de diciembre de 2001)”*.

Siendo, entonces, el dato esencial la licitud o ilicitud del cese de la interesada como consecuencia de la reincorporación al puesto de trabajo de la profesora que lo ocupaba antes que ella, considera el Consejo Jurídico que procede desentrañar si la Administración actuó conforme a un título jurídico válido cuando cesó a la hoy reclamante.

Dispone el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, que la relación de servicio del personal interino, entre los que se encuentran los nombrados en sustitución de los funcionarios que tengan derecho a la reserva de plaza, se extinguirá, entre otros motivos, *“cuando desaparezca la urgencia o necesidad que determinó su nombramiento”* (art. 7.3, letra a) y *“cuando el puesto sea provisto por funcionario”* (art. 7.3, letra b).

Del mismo modo, el artículo 10 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, establece que son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones

propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las circunstancias tasadas que enumera, entre las cuales consta “*la sustitución transitoria de los titulares*” (art. 10.1, letra b). Se prevé, asimismo, que su cese se producirá “*cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento*” (art. 10.3).

Entonces, “*la interinidad sólo debe terminar cuando se cubra la plaza, bien por reintegrarse a la misma su titular, bien por la incorporación de un nuevo titular mediante el procedimiento reglamentario, o bien por haber desaparecido las razones de urgencia que motivaron el nombramiento, no siendo jurídicamente correcto, por tanto, el cese de un funcionario interino con la finalidad de que sea nombrado otro, con el mismo carácter de interinidad, ya que tal solución no es adecuada a la normativa vigente y es contraria a la propia naturaleza de la interinidad y a los principios de interdicción de la arbitrariedad - art. 9.3 CE - y de la estabilidad en el empleo, aunque tal estabilidad ha de entenderse referida a la conservación del puesto de trabajo con carácter interino hasta el momento en que se produzca su cobertura definitiva u otra causa justificativa del cese*” (STSJ Castilla y León (Burgos) 60/2002, de 26 de abril).

En efecto, con carácter general, no sería admisible el cese de la interesada por la incorporación al puesto de trabajo de otra profesora interina, si persistieran las circunstancias que dieron origen a su nombramiento, es decir, la necesidad de garantizar la continuidad de la atención educativa para los alumnos del funcionario sustituido y la no reincorporación de éste. Sin embargo, en el supuesto sometido a consulta, incide de forma determinante la obligación de la Administración de cumplir con la resolución judicial que suspende la ejecución de la sanción impuesta a la profesora adjudicataria de la plaza con anterioridad a la hoy reclamante, la x.

De conformidad con el artículo 134.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), el órgano administrativo correspondiente, una vez le sea comunicado el auto que acuerda la medida cautelar de suspensión, “*dispondrá su inmediato cumplimiento*”, siendo de aplicación lo dispuesto en la misma Ley para la ejecución de las sentencias, en cuya virtud, la Administración está obligada a cumplir el auto en la forma y términos que en él se consignan (art. 103.2 LJCA), debiendo llevarlo a puro y debido efecto y practicando lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el mismo (104.1 LJCA).

El indicado auto judicial, por su parte, acuerda la suspensión de la resolución por la que se imponían a la profesora sendas sanciones de suspensión de funciones, sanción ésta que, referida a un interino, conllevaba su cese. La suspensión de eficacia del acto administrativo equivale a privar, si bien transitoriamente y durante el tiempo en que esté vigente la medida cautelar acordada, de efectos a la resolución sancionadora, lo que a su vez dejaba sin causa el cese de la x

y obligaba a la Administración a reponerla en el puesto de trabajo del que había sido removida por motivos disciplinarios.

Reintegrada la profesora sustituta al puesto de trabajo, la consecuencia había de ser el cese de quien lo desempeñaba también con carácter precario, cuya causa original de nombramiento (la necesidad o urgencia de garantizar la continuidad en la prestación del servicio educativo al alumnado en el curso lectivo en que el funcionario titular está ausente) había desaparecido, produciéndose entonces la circunstancia prevista en la credencial de adjudicación del puesto (folio 25 del expediente), en cuya virtud la duración prevista del nombramiento de la hoy reclamante sería desde el 29 de septiembre de 2009 *“hasta que cesen las causas o circunstancias urgentes que han determinado este nombramiento”*.

En consecuencia, el cese de la interesada sería lícito, lo que determina, a su vez, que el daño alegado no pueda ser considerado antijurídico, por lo que procede desestimar la reclamación.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren en la misma todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 226-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x. y, como consecuencia de los daños sufridos en vehículos de su propiedad

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha** 09/11/2011

**Extracto de doctrina**

El más cualificado y objetivo parecer sobre la causa de los daños lo proporciona el atestado de la Guardia Civil, que indica que la causa "principal" fue la inadecuada conducción de los reclamantes.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 17 de junio de 2008 se presentó un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigido a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, formulado por x, en el que solicita una indemnización de 1.601,10 euros por los daños sufridos por su motocicleta matrícula -- el 6 de octubre de 2007 en la carretera C-3223 (N-340 a Pinoso), término municipal de Abanilla, al impactar la misma con un "lomo de asfalto" existente en la vía, perdiendo el control y cayendo al suelo. Alega que dicho desnivel en la calzada, que considera una deficiencia de la misma, fue eliminado alrededor de cuatro meses después del accidente. Designa como testigo a x.

Junto a su escrito aporta diversa documentación, entre ella, copia del atestado levantado por la Guardia Civil de Tráfico (diligencias nº 599/07), una diligencia de su comparecencia ante dicha autoridad el 11 de diciembre de 2007 para mostrar su disconformidad con el atestado y adjuntar seis fotografías del lugar de los hechos. También adjunta fotografías del lugar realizadas el 12 de enero de 2008, así como un informe de valoración de los daños de su motocicleta realizado por -- el 19 de febrero de 2008, por importe de 1.601,10 euros.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la referida reclamación mediante oficio de la citada Consejería de 12 de septiembre de 2008, al interesado le fue requerida la subsanación y mejora de aquélla, lo que cumplimentó mediante escrito y documentación aneja presentada el 3 de octubre de 2008, destacando dos facturas, de 26 y 27 de septiembre de 2008, por reparaciones en la referida motocicleta y por indumentaria de motorista, por importe total de 4.773,48 euros, importe que reclama.

**TERCERO.-** El 3 de octubre de 2008, x presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigido a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, en el que solicita una indemnización de 3.703,15 euros por los daños sufridos por su motocicleta matrícula -- el 6 de octubre de 2007 en la carretera C-3223 (N-340 a Pinoso), término municipal de Abanilla, cuando el motorista que circulaba delante de él impactó con un lomo de asfalto existente en la vía y cayó al suelo, sin que pudiera evitar atropellarlo y caer él también al suelo, sufriendo su motocicleta graves daños. Alega que el referido desnivel en la calzada, que considera una deficiencia de la misma, fue eliminado alrededor de cuatro meses después del accidente. Designa como testigo a x. Solicita que la tramitación de su reclamación se acumule a la presentada por esta persona.

Junto a su escrito aporta diversa documentación, entre ella, copia del atestado levantado por la Guardia Civil de Tráfico (diligencias nº 599/07), una diligencia de la comparecencia del citado señor x ante dicha autoridad el 11 de diciembre de 2007 para realizar determinadas manifestaciones y aportar varias fotografías del lugar del accidente. También adjunta fotografías del lugar realizadas el 12 de enero de 2008, así como un informe de valoración de los daños de su motocicleta realizado por -- el 8 de abril de 2008, por importe de 3.703,15 euros.

**CUARTO.-** Admitida a trámite la referida reclamación mediante oficio de la citada Consejería de 24 de noviembre de 2008, al interesado le fue requerida la subsanación y mejora de aquélla, lo que cumplimentó mediante escrito y documentación aneja (presentada el 15 de enero de 2009).

**QUINTO.-** El 24 de noviembre de 2008 se practica la prueba testifical solicitada por ambos reclamantes, en la que, en síntesis, cada declarante ratifica lo expresado por el otro en su reclamación, añadiendo que eran un grupo de motoristas que circulaban juntos y que el señor x se acercó lo más posible a la línea delimitadora del arcén para facilitar el adelantamiento de su compañero, cuando pasó por un lomo asfáltico, que estaba sobre dicha línea y que se adentraba en el carril hasta más o menos su mitad, impactando contra dicho reborde u ondulación, perdiendo el control de su motocicleta, cayendo al suelo y siendo atropellado por el señor x. Éste añade que cuando fue a reparar su motocicleta se advirtieron mayores daños que los peritados por su compañía de seguros, según las facturas que aportó con su escrito de mejora de la reclamación.

**SEXTO.-** El 3 de diciembre de 2008 el instructor acordó la acumulación de ambos procedimientos, dada su íntima conexión.

**SÉPTIMO.-** Solicitado en su día informe a la Dirección General de Carreteras, fue emitido el 7 de agosto de 2009, en el que expresa lo siguiente:

*“A.- No tenemos constancia de la realidad y certeza del citado accidente, hasta el momento de la reclamación.*

*B.- Teniendo en cuenta la configuración de la carretera en este tramo y la amplitud y radio de la curva referida por la reclamante, se deduce que la velocidad a que circulaba no era la adecuada, sobrepasando con creces la genérica de la vía.*

*C.- No se tiene constancia de siniestros en esa carretera y tramo en los últimos cinco años.*

*D.- No se deduce ninguna relación causal entre el siniestro y el funcionamiento del Servicio público de Carreteras.*

*E.-Estimo que no se deduce imputabilidad atribuible a esta Administración.*

*F.- La carretera se encontraba en buen estado en la fecha del siniestro, corroborado por el Atestado 599/07 de la A.T de la Guardia Civil, no obstante se realizaron labores de mantenimiento rutinario a principios de 2008 junto al arcén de la carretera.*

*G.- La carretera y tramo citados se encuentran correctamente señalizados con señales de prohibido adelantar y limitación a 80 Km/h.*

*J.- Como estimación personal afirmo que la velocidad inadecuada a las condiciones de la vía y a sus características geométricas fue la causa primera del siniestro reclamado.”*

**OCTAVO.-** Solicitada de la Guardia Civil de Tráfico copia de las diligencias instruidas con motivo de los hechos de referencia, mediante oficio de 28 de octubre de 2009 fueron remitidas las Diligencias nº 599/07 y la diligencia de comparecencia realizada por el señor x ante dicha autoridad el 11 de diciembre de 2007, ya citada.

En síntesis, en ellas la fuerza actuante señala que en el lugar de los hechos y el día en cuestión circulaba la motocicleta del señor x por un tramo con *“trazado curvo hacia la izquierda con buena visibilidad donde existe una pequeña ondulación, al pasar sobre la misma su conductor pierde el equilibrio cayendo al suelo”* (en el croquis señala que *“pierde el control al pasar por pequeño badén”*), de forma que el señor x, que circulaba detrás del primero, intenta frenar, pero no

consigue eludir atropellarlo, cayendo también al suelo. El atestado concluye señalando *“que la causa principal del accidente es: velocidad inadecuada para el trazado curvo de la vía por parte de la motocicleta Honda CB-600 matrícula --. No guardar la distancia de seguridad por parte de la motocicleta Suzuki GSF-650 matrícula --.”*

**NOVENO.-** Otorgado trámite de audiencia a los reclamantes, un representante de ambos presentó escrito el 23 de diciembre de 2009, en el que, en síntesis, se opone a lo expresado en el informe de la Dirección General de Carreteras, pues omite la existencia del bache que se aprecia en las fotografías aportadas, y que la reparación que se hizo posteriormente en la carretera en el lugar de los hechos no afectó sólo al arcén, sino también a parte de la calzada, según otras fotografías también aportadas. Asimismo, señala que aunque en el atestado se hable de una pequeña ondulación, ésta es suficiente para hacer perder el equilibrio a un vehículo de dos ruedas, sin que existiera señalización de dicha ondulación; añade que la apreciación de las causas del accidente expresadas en el atestado es de carácter subjetivo, habiendo afirmado los reclamantes que viajaban a una velocidad de 80 km/h, por lo que se ratifica en su pretensión indemnizatoria de las cantidades reclamadas.

**DÉCIMO.-** El 11 de marzo de 2010 el Jefe del Parque de Maquinaria emite informe en relación con la reclamación del señor x en el que, entre otros extremos, expresa lo siguiente:

*“- Valor venal del vehículo en la fecha del siniestro:*

*5.986 Euros (cinco mil novecientos ochenta y seis euros).*

*- Valoración de los daños del vehículo atendiendo al modo de producirse el siniestro:*

*El reclamante aporta un informe de valoración, de “-”, emitido en la fecha de 19/02/2008 en el que se evalúa el costo de reparación de los daños ocasionados en el vehículo en la cantidad de 1.601,10 Euros (mil seiscientos un euro, con diez céntimos de euro), I.V.A incluido, que entendemos que es correcto.*

*También, se incluyen en el expediente dos facturas emitidas por la mercantil “-”, correspondientes al suministro de diferentes piezas para la motocicleta que nos ocupa, así como equipamiento para su conductor, cuyo importe, suma de ambas, asciende a la cantidad de 4.773,48 Euros, fechadas el día 26/09/2008, que no sé con qué fin se acompañan al expediente, pues la cuantía económica que se solicita en el escrito de reclamación corresponde al informe pericial citado en el párrafo anterior.*

### Observaciones

*En el expediente se incluyen diferentes fotos correspondientes, al parecer, al lugar de la vía en donde se produjo el siniestro, así como informe de atestado emitido por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil en el que, entre otras cosas, constan las manifestaciones del conductor de la motocicleta, de un amigo suyo que circulaba en otra motocicleta, según dice, detrás de la del reclamante, y la opinión sobre el desarrollo del accidente vertido por los agentes de la Guardia Civil que intervinieron en las diligencias.*

*El conductor afirma que la velocidad a la que circulaba era igual o inferior a 80 km/h, que es la máxima permitida en el tramo de vía en donde se produjo el accidente, y que el motivo de la caída se debió a la existencia de un montículo que formaba el asfalto en la zona que señala como punto de inicio de la caída.*

*Por su parte, la Guardia Civil considera que la causa principal del siniestro es una velocidad inadecuada de la motocicleta que pilotaba el reclamante, y que, tras la caída, las consecuencias del accidente se vieron agravadas por no respetar la distancia de seguridad el segundo motorista implicado en los hechos.*

*En mi opinión, tras ver las fotos que se aportan, considero improbable que el montículo, por sí solo, pudiera provocar el suficiente desequilibrio de la motocicleta para provocar la pérdida de equilibrio a su conductor, suponiendo que, en el momento del accidente, se cumplieran las condiciones siguientes:*

- Que la velocidad de la motocicleta fuera inferior o igual a 80 km/h.*
- Que la suspensión de la motocicleta estuviera en perfecto estado.*
- Que el conductor llevara cogido firmemente, con las dos manos, el manillar de la motocicleta y circulara mirando hacia delante.*
- Que las demás motocicletas, que hubieran podido formar un grupo, que pudieran acompañar a la del reclamante, respetaran, en todo momento, la distancia de seguridad respecto a ella.*

*Hay que resaltar que, aunque en el atestado de la Guardia Civil se dice que el lugar en donde se produjo el accidente corresponde a un tramo curvo hacia la izquierda, lo cierto es que, después de ver las fotos que se aportan, parece evidente que el lugar en donde el reclamante señala que estaba el bache que le ocasionó la caída está en un tramo recto, ya que la curva se*

*encuentra después, señalizada verticalmente mediante indicaciones de “adelantamiento prohibido”, por lo que es más improbable que la causa principal del accidente sea el mencionado bache, al no haber estado sometida la motocicleta a fuerza centrífuga lateral.*

*Si realmente, el montículo que indica el reclamante hubiera constituido un peligro potencial para el tráfico de un vehículo de dos ruedas, muy probablemente, se hubiera producido algún otro accidente de similares características en ese determinado punto, cosa que no me consta, ni tampoco nos consta en este Parque que ese día nos hubieran avisado de la existencia de un bache peligroso en ese punto por parte de la Guardia Civil o del servicio telefónico 112 de atención de llamadas de emergencias.”*

**UNDÉCIMO.-** Otorgado nuevo trámite de audiencia a los interesados, mediante escrito presentado el 10 de febrero de 2011 formulan alegaciones en oposición al anterior informe, considerándolo subjetivo y basado en el atestado, no por inspección personal del lugar, y que el que no consten otros accidentes en el lugar no es determinante a estos efectos, pues es evidente que el montículo era un peligro para vehículo de dos ruedas. Ratifica las cantidades reclamadas para el señor x según las facturas aportadas.

**DUODÉCIMO.-** El 17 de febrero de 2011 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar, de acuerdo con el atestado de la Guardia Civil y demás informes obrantes en el expediente, que el accidente fue debido a la inadecuada conducción de los reclamantes, lo que determina la ruptura del nexo causal que pudiere existir entre el daño y la actuación administrativa.

**DECIMOTERCERO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del

Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a los reclamantes, por ser quienes sufre los daños por los que reclaman la respectiva indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ha de considerarse formulada dentro de dicho plazo, vistas las fechas del accidente y de la presentación de las reclamaciones.

III. En lo que se refiere a los procedimientos, cuya acumulación es correcta, cabe señalar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo en lo que se refiere al plazo máximo para resolver, de seis meses.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Que el daño no se derive de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. Aplicado lo anterior a supuestos como el que nos ocupa, según la normativa vigente en materia de carreteras, a los poderes públicos competentes corresponde mantenerlas en las debidas condiciones de uso y seguridad, recayendo sobre la Administración titular de dichas vías la responsabilidad que corresponda en el supuesto de que, por omitir dichos deberes de mantenimiento y conservación, se produjeran daños a los usuarios.

En el presente caso, el más cualificado y objetivo parecer sobre la causa de los daños lo proporciona el atestado de la Guardia Civil, que indica que la causa "*principal*" fue la inadecuada conducción de los reclamantes, en los términos señalados en el Antecedente Octavo. Podría pensarse con ello que la existencia de la "*pequeña ondulación*" o "*pequeño badén*", como lo califica el atestado, habría desempeñado alguna virtualidad causal en la pérdida de control de la primera motocicleta, pero, vistas las fotografías aportadas del lugar, la ondulación del firme es tan pequeña que para que este Consejo Jurídico pudiera afirmar que se trata de una auténtica deficiencia de la calzada que la Administración tuviera que eliminar o señalar y, en consecuencia, reconocer algún pequeño porcentaje de responsabilidad administrativa en la producción de los daños, hubiera sido necesario un informe técnico en tal sentido, lo que no se ha aportado. En principio, y a salvo de informe pericial en contra, no se puede sino partir del hecho de que tal ondulación de la calzada está dentro de lo permisible, incluso para vehículos de dos ruedas, dentro del actual estándar de calidad y medios disponibles para las carreteras regionales; y a ello no obsta en modo alguno el que, con posterioridad a los hechos, se hubieran realizado mejoras en el lugar de los hechos, pues el que la Administración intente, con actuaciones de mejora de la vía que incluyan incluso la eliminación de ondulaciones como la del caso (finalidad ésta concreta que, por lo demás, no queda clara con las fotografías –no fehacientes– aportadas por los reclamantes) con el objeto de evitar accidentes que puedan producirse por la negligente (y no por la correcta) conducción de los usuarios de la vía, no implica necesariamente su responsabilidad. En este sentido, el estándar de calidad debe ponerse esencialmente en conexión con los riesgos derivados de una adecuada conducción, pero la Administración no puede prever todos los riesgos que puedan surgir en las

carreteras por pequeñas variaciones en el firme para los casos en que la conducción sea negligente, como sucede en el que nos ocupa, según se desprende del atestado policial.

Por todo lo anterior, no puede afirmarse que haya existido una actuación omisiva de la Administración de carreteras determinante de la responsabilidad pretendida, por lo que no existe el necesario y adecuado nexo de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización.

Por otra parte, también debe destacarse, en cuanto a la valoración de los daños reclamados por el señor x, que en todo caso habría de estarse a la valoración pericial de su compañía de seguros, realizada poco después del accidente, pues se ajusta mejor a la entidad de los daños que se advierten en las fotografías aportadas de su motocicleta tras el accidente, no siendo proporcional a los daños que se desprenden de las mismas el importe reclamado según las facturas aportadas mucho después, importe éste que casi alcanza el valor venal de dicha motocicleta.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** En el supuesto dictaminado, no concurre el necesario y adecuado nexo de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de las reclamaciones de referencia, se informa favorablemente, si bien aquélla debería completarse, siquiera en síntesis, con lo expresado en la citada Consideración, para una mejor motivación de la resolución final.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 227-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	09/11/2011

**Extracto de doctrina**

Debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la “lex artis” responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 9 de mayo de 2008, x presentó escrito de reclamación patrimonial dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS) con motivo del fallecimiento de su esposo x tras ser asistido en el hospital “*Santa María del Rosell*”, de Cartagena.

En síntesis, en su escrito expresa lo siguiente: x ingresó en el hospital “*Santa M.<sup>a</sup> del Rosell*”, para valoración por el Servicio de Nefrología, el 4 de abril de 2007, derivado desde el hospital “*Los Arcos*” (donde había ingresado el día anterior) por no mejorar de la insuficiencia renal, hipotensión y los edemas que presentaba. En aquel hospital le informan que los problemas se deben a la insuficiencia cardíaca que padece el paciente; durante su ingreso le va disminuyendo progresivamente la saturación respiratoria, teniendo esputos sanguinolentos, con agravamiento de la fatiga, avisando al neumólogo, que le coloca una BIPAC, encargándose un familiar de controlar la mascarilla respiratoria y la saturación, colocándosele en la UCI una vía central, unidad a la que volvió después, ante el empeoramiento de su estado, y en donde advierten una sepsis pulmonar, si bien es enviado nuevamente a planta el 29 de abril de 2007; continúa la reclamante señalando que los facultativos les informaban que el paciente estaba bien, aunque la familia advertía que expresaba a veces frases sin sentido, que orinaba menos y volvía a tener edemas en piernas, brazos y cara, indicándole la facultativa que la diuresis era aceptable, siéndole administradas nebulizaciones durante varios días, utilizando el mismo vaso; posteriormente se coloca al paciente una sonda vesical; durante su estancia el paciente va empeorando progresivamente en su diuresis, sufriendo desorientación y agitaciones; el 8 de mayo de 2007 se le traslada a la UCI, donde fallece el 11 siguiente. Señalan que en el informe de alta por exitus se indica que el paciente contrajo dos infecciones hospitalarias. Consideran que por tales infecciones y por una asistencia sanitaria

negligente se dio lugar al fallecimiento del paciente, sin que existieran, además, los preceptivos consentimientos informados para su tratamiento. Por todo ello, reclama una indemnización de 120.000 euros como resarcimiento por el daño moral producido.

A su escrito adjunta diversa documentación y solicita la incorporación al expediente de la historia clínica, informes de los sanitarios que atendieron al paciente e informe de las infecciones producidas en los quirófanos del hospital y pacientes afectados en el periodo de 29 de abril a 11 de mayo de 2007; además, señala que, una vez incorporados al procedimiento los citados informes, presentará informe pericial de médicos especialistas.

**SEGUNDO.-** Con fecha 19 de mayo de 2008, el Director Gerente del SMS dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, lo que fue notificado a los interesados, requiriéndose a los citados hospitales la respectiva historia clínica del paciente y la emisión de informes de los facultativos que lo asistieron, así como, en el caso del hospital “*Santa M.<sup>a</sup> del Rosell*”, informe sobre las infecciones producidas en los quirófanos en el periodo en que el señor x fue asistido.

**TERCERO.-** Desde el hospital “*Los Arcos*” se remitió la historia clínica del paciente e informe de 11 de junio de 2008 de la doctora x, adjunta del Servicio de Cardiología, en el que expresa lo siguiente:

*"Me ratifico en el informe emitido en su día, 04/04/2007 (el informe clínico de traslado), así como en el tratamiento iniciado y en la decisión del traslado del paciente a hospital de referencia para control y tratamiento por Nefrología, dada la patología basal del paciente (estenosis mitral reumática moderada e insuficiencia renal crónica reagudizada con aclaración de creatinina de 16ml/min.), dado que en caso de no iniciar diuresis adecuada con el tratamiento indicado podría haber precisado diálisis, dado que la sobrecarga de volumen en caso de persistir oliguria podía provocar insuficiencia cardíaca refractaria a los medios de que disponemos en nuestro hospital".*

**CUARTO.-** Mediante oficio de 13 de junio de 2008, el Director Gerente de Atención Especializada del hospital “*Santa M.<sup>a</sup> del Rosell*” remite la historia clínica del paciente. En informe de 19 de junio siguiente, señala que “*no existe constancia de infecciones producidas en los distintos quirófanos durante el periodo del 29 de abril al 11 de mayo de 2008*” (debe querer decir 2007).

**QUINTO.-** Mediante oficio de 2 de julio de 2008, dicho Director remite informe del día 1 anterior del doctor x, del Servicio de Cardiología, que expresa lo siguiente:

*"El paciente ingresa a nuestro cargo el día 07-04-07 desde el Servicio de Nefrología previa hoja de consulta con fecha del 06-04-07, con dx. de insuficiencia renal crónica reagudizada por insuficiencia cardíaca.*

*Se inician las medidas terapéuticas oportunas para el tratamiento de su fracaso cardíaco, con mejoría clínica y analítica del paciente.*

*Que durante el ingreso en S. Cardiología se interconsultó a otros especialistas (Reumatología y Neumología) para solventar los problemas de otras especialidades que fueron apareciendo durante los días de ingreso.*

*Durante su estancia en nuestro servicio fue valorado periódicamente por Nefrología.*

*El día 19-04-07 ingresa en UCI para acceso venoso central por imposibilidad de acceso venoso periférico con la finalidad de mejor manejo de fluidos y medición de presión venosa central.*

*Posterior al alta de UCI presenta dificultad respiratoria a pesar de VMNI (ventilación mecánica no invasiva), por lo que se decide ingreso en UCI a las pocas horas del alta, esta vez por motivos clínicos.*

*A partir de dicha fecha (19-04-07) el paciente ya continúa su ingreso y tratamiento a (en otros servicios. Prestando nuestra valoración en momentos puntuales según consultas de los facultativos responsables".*

**SEXTO.-** A petición de la instrucción, y en diferentes fechas, el Director del citado hospital remitió el protocolo de actuación del centro para la administración de nebulizadores, el protocolo de actuación para la implantación de catéter intravenoso central del Servicio de Medicina Intensiva, y diversos informes de otros Servicios que atendieron asimismo al paciente, los cuales procede sistematizar así:

1. Informe del Servicio de Medicina Interna-Infeciosas (Dra. x), de 24 de marzo de 2009, que resume todo el proceso asistencial, expresando lo siguiente:

*"Paciente ingresado en Hospital Rosell desde el 3/04/2007 a cargo de Nefrología, el 6/04 pasa a cargo de Cardiología, desde donde se consulta a UCI el 19/04, quedando ingresado y siendo alta a planta el día 29/04. Queda ingresado a cargo de Medicina Interna-Infeciosas (MIF).*

*Aporto informe de alta de MIF donde se explica extensamente todo el proceso del paciente y la evolución hasta su segundo ingreso en UCI.*

*Resumen: EPOC severo, HT pulmonar severa, estenosis mitral moderada, fibrilación auricular crónica por la que el paciente rechazó ser anticoagulado, neumectomía izquierda con bronquiectasia y bronconeumonías de repetición, AIT previo, insuficiencia renal crónica (creatinina 1.6 en mayo 2002), como antecedentes de mayor gravedad.*

*El paciente consultó en Urgencias del Hospital Los Arcos el 1/04/2007 por edemas de casi 1 mes de evolución y dolor agudo en hombro derecho. Se le prescribieron Aines, siendo alta, presentando empeoramiento de la clínica con aumento de los edemas y reagudización de insuficiencia renal de base, con AINEs como factor desencadenante. Fue derivado para ingreso en este hospital previo contacto con Nefrología, a cargo de quien estuvo, y posteriormente pasó a cargo de Cardiología. Al sufrir deterioro respiratorio importante ingresa el 19/04 en UCI, siendo alta a planta el 29/04 con diagnóstico principal de bronconeumonía nosocomial. Ya en este informe queda constatado el mal pronóstico del paciente y que a pesar de mejorar (los edemas no desaparecen) con diuréticos, no ocurre lo mismo con la clínica de insuficiencia cardíaca. Así mismo se constata que los edemas persisten y se desplazan a partes declives, y que empeora la retención de CO<sub>2</sub>, pudiendo entrar en fallo respiratorio y precisar ventilación mecánica invasiva. A partir del 23/04 permanece estable hemodinámicamente y mejoran los parámetros gasométricos, por lo que se decide alta a planta, donde pasa a cargo de MIF el 29/04.*

*En el informe de alta por precisar nuevo traslado a UCI el 8/05, se especifica la evolución del paciente en planta y el motivo de traslado nuevamente a UCI. Tal y como consta en la Historia clínica realizada por mí el 29/04, en la exploración física el paciente presenta desorientación temporoespacial, pero está consciente y conversa con normalidad, está taquipneico con cianosis labial y edemas palpebrales y pretibiales, ingurgitación yugular y reflujo hepatoyugular notables, ausencia de flapping, por lo que inicié de nuevo furosemida intravenosa (lo llevaba por vía oral) para conseguir balance negativo de líquidos. Es decir, la clínica de insuficiencia cardíaca no había mejorado, aunque las cifras de creatinina eran normales y no había oligoanuria.*

*Del día 29 al 30 es valorado por distintos facultativos de guardia y se le practican varias gasometrías, no valorándose la necesidad de ventilación de soporte. Se le explica a la familia por parte de los mismos la situación clínica, por qué el paciente está desorientado y su pronóstico, dejando constancia del bajo nivel de confianza en el personal sanitario que manifiesta la familia. En los días posteriores el paciente mantiene balances hídricos equilibrados, con diuresis aceptables y evolución respiratoria favorable, aunque sin modificar el pronóstico de base y así se lo informo a la*

*familia, la cual rechaza mis explicaciones y me dice que no está de acuerdo con el tratamiento. En ningún momento el paciente presenta clínica ni analíticamente dato de infección, aunque los días 4 y 5 tiene 37°C. Dejo constancia en hoja de evolución de las demandas familiares, como que el paciente sea valorado por Neurología, a pesar de las constantes explicaciones por parte mía de que no existen criterios para tal consulta, puesto que se trata de un problema metabólico y respiratorio. Sí se realiza interconsulta a Nefrología el 4/05, comentando el paciente personalmente. Internista de guardia deja reflejado en hoja de evolución la madrugada del 5/05 que le avisan de nuevo porque la familia está en desacuerdo con la evolución del paciente y que “antes estaba perfectamente”. Así mismo deja reflejado (texto literal): “Pregunta cosas absurdas: cómo respirar, cómo dormir, no sabe hacer crucigramas, cuando antes de este ingreso sí los realizaba, desearía saber si es por una trombosis cerebral...”, de nuevo solicitan consulta con Neurología. De nuevo se le explica a la familia el cuadro clínico del paciente, quedando “...sólo un poco más conforme.” La tarde del 5/05 se avisa de nuevo a internista de guardia por empeoramiento respiratorio y disminución franca de la diuresis. Intensifica oxigenoterapia y diuréticos. Es asistido de nuevo durante las siguientes 24 horas al no haber respuesta favorable de la diuresis, siendo el tratamiento ajustado de nuevo. A pesar de llevar drogas vasoactivas el paciente no mejora, por lo que conjuntamente con Nefrología y a pesar de estar el paciente desestimado de diálisis por la grave patología de base, se decide consultar nuevamente con UCI, que acepta el ingreso. Dejo constancia en hoja de evolución, ante la actitud de la familia de la no aceptación del pronóstico vital del paciente por su parte, del que se les había informado en multitud de ocasiones, de la acusación directa verbal que se me hace de haber estado informándoles que el paciente estaba bien, en contradicción clara con la realidad. En ningún momento les informé que el paciente tuviera expectativas favorables en su evolución. Fallecimiento en días posteriores en UCI. La familia rechaza autopsia del paciente.”*

Del informe de alta del Servicio de Medicina Interna-Infeciosas (para el posterior ingreso en UCI del paciente) al que se refiere la informante, se destaca lo siguiente:

*“Evolución: (...) se valoró la situación clínica del paciente como estable a pesar del mal pronóstico de la pluripatología de base, sobre todo condicionada por fracaso cardíaco derecho crónico e hipertensión pulmonar severa que dificultan el manejo farmacológico de los líquidos corporales, por lo cual se realizó interconsulta a Nefrología. En la evolución posterior el paciente presentó reagudización de insuficiencia respiratoria y disminución de la diuresis, entrando en oligoanuria e hipotensión, iniciándose tratamiento con drogas vasoactivas. Ante la falta de respuesta, a pesar del mal pronóstico de base y de haber sido descartado por Nefrología como candidato a diálisis, se consulta de nuevo con UCI, que acepta el reingreso.*

*Juicio Clínico:*

*Shock de probable origen cardiogénico.*

*Insuficiencia renal crónica reagudizada refractaria a tratamiento.*

*Insuficiencia respiratoria crónica global reagudizada.*

*Encefalopatía hipercápnica.*

*Neumonía nosocomial.*

*Epoc severo. Cor pulmonale.*

*Hipertensión pulmonar.*

*Bronquiectasias.*

*Insuficiencia cardíaca congestiva.*

*Estenosis mitral moderada.*

*Insuficiencia tricuspídea severa.*

*AC x FA crónica (no anticoagulado)*

*Antiguo ACV de territorio posterior.*

*Hepatopatía crónica. Infección por HCV.*

*Polineuropatía sensitivo-motora.*

*Síndrome prostático.*

*Se traslada a UCI (08/05/07).”*

2. Informe del Servicio de Medicina Intensiva -UCI- (Dr. x), de 23 de diciembre de 2008, que expresa lo siguiente:

*“En relación con la reclamación presentada le comunico que el paciente estuvo ingresado en nuestro Servicio desde el 08/05/07 al 11/05/07. Previamente había ingresado el 19/04/07 por dificultad en el control de la ventilación mecánica no invasiva en planta, siendo dado de alta el 29/04/07 después de haber sido estabilizado durante dichos días. Posteriormente, como se señala en el informe clínico que adjuntamos y después de haber llevado durante las primeras 48-72 horas una buena evolución, presenta fracaso renal oligoanurico e hipotensión arterial. El enfermo, como se relata en el informe, lleva una mala evolución, falleciendo finalmente el día 11 de mayo. Se emitió un informe de alta con los diagnósticos pertinentes. No tengo constancia de un segundo informe enviado a los ocho meses en el que se dice que aparece cambiado y subrayado con anotaciones a mano; en dicho informe se dice que se ha cambiado el diagnóstico principal de fracaso renal agudo y shock no filiado y está anotado a mano también descartar sepsis por catéter central. Si se analizan los diagnósticos del informe emitido a su alta, se ve que se hace constar que existía un fracaso multiorgánico con fracaso renal agudo oligoanúrico y shock séptico en relación por infección de catéter venoso central e infección respiratoria por *Cándida Guillermondii*. Por nuestra parte, en lo que se refiere a su estancia en la UCI, creo que se han seguido los pasos*

*adecuados en cuanto a diagnóstico y tratamiento. No estoy en condiciones de opinar sobre lo acontecido previo a su ingreso en nuestra Unidad.”*

Del informe de alta del referido Servicio, por fallecimiento del paciente, a que se refiere el informante, se destaca lo siguiente:

*“Evolución: a su ingreso en UCI, se intensifica sueroterapia y se inicia tratamiento con drogas vasoactivas (dobutamina y noradrenalina), además de dopamina diurética y perfusión de furosemida iv. Se realiza ecocardiografía, no encontrándose datos nuevos con respecto a los previos. No derrame pericárdico. Se cambia vía central tras corrección de la coagulopatía y se cursan cultivos de punta de catéter previo, secreciones, urocultivo y hemocultivos. Tras esto, se inicia tratamiento empírico con linezolid y ceftriaxona.*

*Situación de shock refractario al tratamiento, con sobrecarga de volumen iv y drogas vasoactivas, noradrenalina y dobutamina, en progresivo ascenso y fracaso renal agudo anúrico. En este contexto se decide intubación orotraqueal y conexión a ventilación mecánica y posteriormente se inicia hemodiafiltración venovenosa continua a través de catéter canalizado en vena femoral izquierda. Se mantiene desde entonces sedado y analgesiado.*

*Empeoramiento progresivo refractario al aumento al tratamiento con aumento de drogas vasoactivas, leucopenia y persistencia de la coagulopatía, trombopenia e hipoglucemia con discreto aumento de las transaminasas, bilirrubina y fosfatasa alcalina. En esta situación clínica de fracaso multiorgánico, presenta bradicardia progresiva hasta asistolia refractaria a medidas de reanimación cardiopulmonar, falleciendo a las 07:50 h. del día 11 de mayo de 2007. Se solicita estudio postmortem a la familia, siendo rechazado. Nota: en los días siguientes se recibe resultado de los cultivos cursados, hallándose cultivo de secreciones bronquiales y de punta de catéter central yugular izquierdo positivo a *Cándida guilliermondii*, urocultivo y hemocultivo bacteriológico negativo.*

*Diagnóstico principal:*

*Shock séptico. Infección de catéter intravenoso central y respiratorio por *candida guilliermondii*. Fracaso multiorgánico con fracaso renal agudo oligoanúrico, trombopenia, coagulopatía, exitus.*

*Diagnósticos asociados:*

*\* Insuficiencia cardíaca congestiva*

*\* Broncopatía crónica obstructiva*

- \* *Neumectomía izquierda*
- \* *Estenosis mitral moderada con hipertensión pulmonar*
- \* *Fibrilación auricular crónica (no anticoagulada)*
- \* *Insuficiencia renal crónica leve*
- \* *VHC Positivo*
- \* *Polineuropatía sensitivo motora*
- \* *Síndrome prostático*
- \* *Hiperuricemia*
- \* *Alérgico contrastes iodados”.*

Como complementarios a los anteriores, deben tenerse en cuenta los siguientes informes:

3. Informe del Servicio de Nefrología (Dra. x) de 14 de octubre de 2008, del que se destaca lo siguiente:

*“La anuria y el empeoramiento secundario de función renal, tal y como comentamos en aquel momento, eran secundarios a su patología cardiorrespiratoria de base, agravada por infección intrahospitalaria interrecurrente (lo cual es frecuente en estos pacientes "absolutamente inmunodeprimidos" que además precisan una "terapia de mantenimiento invasiva").*

*En aquel momento, la refractariedad de la situación hemodinámica, a pesar de drogas vasoactivas, hacía asimismo "imposible" la ejecución de técnicas de depuración extrarrenal (de lo cual también se informa a la familia). Por tanto, desde el prisma nefrológico, se agotan las opciones diagnóstico-terapéuticas".*

4. Informe del Servicio de Neumología (Drs. x, y) de 23 de octubre de 2008, del que se destaca lo siguiente:

*"El paciente fue valorado por Neumología en cuatro ocasiones en 24 horas (entre las 19:39 hh del 18 de abril y las 18:05 horas del 19 de abril).*

*Posteriormente el paciente sigue su evolución en UCI y planta de Medicina Interna, no requiriéndose seguimiento por nuestra parte:*

*Nuestra actuación puede resumirse en:*

1. *Añadir ventilación mecánica no invasiva ante el agravamiento de la insuficiencia respiratoria.*

2. *Añadir tratamiento antibiótico ante la aparición de infiltrado radiológico compatible con neumonía.*

3. *Proponer el ingreso en UCI ante el agravamiento radiológico y la necesidad de monitorización continua de la ventilación no invasiva".*

**SÉPTIMO.-** Obra en el expediente dictamen médico de 10 de mayo de 2009, aportado por la compañía aseguradora del SMS, realizado colegiadamente por varios especialistas en Medicina Interna, en el que se concluye:

*"1. El fallecimiento del paciente se produjo como consecuencia de la evolución conjunta y desfavorable de sus múltiples enfermedades crónicas, que en el momento del ingreso se encontraban ya en una fase muy avanzada (algunas de ellas en fase terminal).*

*2. No se ha apreciado ningún argumento para apoyar una mala práctica médica. Todos los procedimientos se ajustaron a la lex artis.*

*3. Se puede afirmar, de hecho, que gracias al seguimiento y tratamiento del que se benefició el paciente, su supervivencia se prolongó por encima de lo esperable.*

*4. No podemos analizar con la información disponible la parte de la reclamación que se relaciona con la posible modificación del informe de UCI. Desde un punto de vista médico este aspecto no es trascendente.*

*Determinar el peso de la infección por catéter en el fallo multiorgánico final no es posible. Sin embargo, la presencia o no de este factor no implica mala práctica médica, ni un desenlace diferente del proceso".*

**OCTAVO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 22 de febrero de 2010, con las siguientes conclusiones:

*"1. Paciente con pluripatología y comorbilidades elevadas que ingresa por empeoramiento de su patología de base, que afectaba a múltiples órganos (pulmón-corazón, hígado, riñón, sistema nervioso central, sangre...). Durante su ingreso mejora la función renal pero no la insuficiencia*

*cardiaca, apareciendo además sobreinfección respiratoria y posterior empeoramiento multiorgánico que origina el exitus del paciente.*

*2. La asistencia sanitaria prestada fue correcta, siendo valorado por múltiples facultativos de diferentes especialidades según sus necesidades y empleando todos los medios disponibles para la resolución de su proceso.*

*3. Los procesos infecciosos que ha padecido y la evolución de los mismos se enmarcan o tienen su origen, más que en la asistencia sanitaria recibida por el paciente, en las características particulares del mismo, afectación multiorgánica severa reagudizada y refractaria a los sucesivos tratamientos. Los gérmenes implicados en estos procesos no pueden ser considerados típicamente nosocomiales, infección respiratoria por un germen frecuente en la flora de pacientes con broncopatía crónica y frecuentemente implicado en sus reagudizaciones, y candida guilliermondii, hongo productor de enfermedad sistémica con rara frecuencia y siempre asociada a la presencia de inmunosupresión severa.*

*4. En el desenlace final del proceso son determinantes las patologías de base (disfunción renal, hepática, inmunológica, cardiológico y neumológica graves). La descompensación de cualquiera de esas patologías, en este caso la cardíaca con insuficiencia refractaria, provocó el empeoramiento en cascada del resto y el fracaso multiorgánico del paciente”.*

**NOVENO.-** Notificada a la reclamante la apertura de un periodo de prueba por plazo de treinta días, el 16 de junio de 2010 presentó escrito solicitando la ampliación del plazo, por haber pedido copia de diversos documentos del expediente. Mediante oficio de 21 de junio siguiente se concede un nuevo plazo de quince días.

**DÉCIMO.-** Mediante oficio de 14 de octubre de 2010 se acuerda un trámite de audiencia y vista del expediente a los interesados, no compareciendo ninguno, ni constanding la presentación de alegaciones.

**UNDÉCIMO.-** El 18 de enero de 2011 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que, en el caso planteado, de acuerdo con los informes médicos emitidos, no se ha acreditado la existencia de mala praxis médica en la actuación de los servicios sanitarios regionales, siendo tal acreditación un requisito indispensable, entre otros, para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

**DUODÉCIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, la reclamante está legitimada para solicitar indemnización por el daño moral inherente al fallecimiento de su cónyuge. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a los servicios públicos sanitarios de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

#### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.** **Consideraciones generales.**

La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración de la responsabilidad de la Administración que se

desprende del artículo 106.2 CE: “*los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “*el derecho a la protección de la salud*”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

-Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación de éste ha de regirse por la denominada “*lex artis ad hoc*”, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada

línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *“lex artis”* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. La *“lex artis”*, por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

Así, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

Asimismo, la STS, Sala 3ª, de 23 de marzo de 2011, expresa que *“la actividad sanitaria no permite exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, ya que su función ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria, utilizando al efecto los medios y conocimientos que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir en todo caso la curación del paciente.”*

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la “*lex artis*” responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que habría de declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que, por ejemplo, no pudieran evitar la muerte de un paciente, o la producción de lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica, cuando la correspondiente actuación sanitaria fue realizada conforme a la “*lex artis*”, responsabilidad que, por lo dicho, no puede admitirse.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Inexistencia.**

I. En el caso que nos ocupa, la reclamante imputa el fallecimiento de su marido, como hecho causante del daño moral por el que reclama indemnización, a las infecciones adquiridas por éste durante su estancia en el hospital “*Santa M<sup>a</sup> del Rosell*”, así como a lo que considera que fue una inadecuada asistencia prestada por los facultativos de dicho centro. Sin embargo, no aporta

informe médico alguno que sustente que el fallecimiento sea imputable a una infracción a la correcta praxis sanitaria, es decir, que en la actuación sanitaria en cuestión se hubiera infringido la "lex artis ad hoc". Ello, conforme con lo expuesto en la precedente Consideración, sería suficiente para desestimar la presente reclamación.

II. A lo anterior ha de unirse el hecho de que los informes médicos emitidos en el procedimiento concluyen en la ausencia de mala praxis médica, atribuyendo el fallecimiento del paciente al inevitable proceso evolutivo de las graves patologías de base que padecía cuando acudió al citado centro.

A) El informe médico de la aseguradora del SMS analiza las enfermedades de base que presentaba el paciente:

1º) Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica (EPOC).

*"En el caso que nos ocupa, el paciente sufría una EPOC en fase terminal. Estaba expuesto a las complicaciones asociadas a la misma: falta de oxígeno, exceso de anhídrido carbónico e infecciones por gérmenes cada vez más resistentes a los antibióticos. Además, como consecuencia de esta patología crónica el paciente había tenido que ser sometido a una neumectomía (extirpación de un pulmón) en 1985. Aunque no tenemos datos precisos, se puede estimar que la funcionalidad pulmonar del paciente era inferior al 30 %. A estos déficits, se había añadido una hipertensión pulmonar en fase Terminal. Ésta se había desarrollado como consecuencia de la falta crónica de oxígeno y del exceso de presión por la congestión continuada, a la que le sometía la valvulopatía mitral crónica. La hipertensión pulmonar condicionaba una congestión crónica del territorio venoso, con hepatopatía, neuropatía y edemas crónicos".*

2º) Insuficiencia Cardíaca Congestiva (ICC).

*"En el caso que nos ocupa el paciente sufría una ICC en fase terminal, como consecuencia principal de una cardiopatía asociada a una enfermedad en sus válvulas cardíacas. La degeneración de las mismas había producido la dilatación de las cavidades cardíacas y la aparición de una arritmia crónica. Estos dos factores habían reducido de forma irreversible la función del corazón. El manejo del proceso con fármacos sólo podía paliar de forma transitoria esta grave disfunción. Aunque no disponemos de datos precisos, es muy posible que la sustitución de la válvula mitral se desestimara a lo largo de la vida del paciente".*

3º) Insuficiencia renal crónica (IRC).

*"En el caso que nos ocupa, el paciente sufría una IRC en una fase avanzada. No disponemos de datos precisos, pero el comportamiento de la enfermedad desde su ingreso así lo confirma. Entre las causas que participaban en este fallo se encuentran las infecciones de repetición (pielonefritis crónica), el fallo cardíaco crónico, los fármacos y la aterosclerosis".*

*"Durante su estancia en UCI se desestimó, con buen criterio, la inclusión del paciente en un programa de diálisis. Ésta no hubiera revertido el fallo multiorgánico".*

4º) Hepatopatía Crónica por virus C (HVC).

*"En el caso que nos ocupa, el paciente padecía una hepatopatía crónica (causada por el virus C y por la congestión hepática crónica) que sin duda agravó su pronóstico. No podemos considerarla como un factor fundamental, pero en el contexto de gravedad del paciente, sin duda colaboró en un sentido negativo".*

Además, el informe expresa que, por todas esas patologías, *"la edad biológica del paciente era superior a la edad cronológica"* (71 años), y que *"al menos la enfermedad cardiopulmonar se encontraba en una situación terminal"* que *"implica una supervivencia estadística inferior a seis meses"*.

El citado informe indica asimismo que el paciente desarrolló una infección durante su ingreso en el Servicio de Cardiología, que fue tratada de forma correcta con los antibióticos correspondientes. Posteriormente presentó una nueva infección de probable origen respiratorio, que también fue tratada con los antibióticos oportunos que, aunque eliminaron algunas bacterias, no eliminó los hongos. Respecto a la influencia de estas infecciones en el fallecimiento, refiere:

*"Determinar el peso de los cultivos (de sangre y catéter) en el fallo multiorgánico final no es posible. La familia no accedió a la realización de la autopsia, que es el único procedimiento que hubiera podido aclarar la importancia del aislamiento de la Cándida en los cultivos. La presencia de este germen en los distintos órganos, y no su aislamiento en los hemocultivos, es lo que permite afirmar que fue un patógeno participante en el fallo multiorgánico. Muchos pacientes portadores de catéteres presentan candidemias detectables que no determinan enfermedad.*

*La presencia o no de este factor no implica una mala práctica médica, ni un desenlace diferente del proceso".*

B) Por su parte, el informe de la Inspección Médica del SMS analiza las patologías previas del paciente y las infecciones que sufrió, en parecido sentido al recogido en el informe anterior, indicando, en primer lugar, con carácter general, que parte importante de los pacientes tienen colonizada su vía aérea superior por bacterias, entre las que se encuentra la *"Haemophilus influenzae"* (que se detectó en el paciente) y añade que *"varios estudios también han demostrado la colonización persistente por H. influenzae en pacientes con EPOC, encontrando que las cepas aisladas de episodios de exacerbación secuencial son idénticas y que en los períodos asintomáticos, aún en casos de cultivos negativos, es posible detectar por técnicas moleculares ADN cromosómico de la misma cepa colonizadora"*. Respecto a la candidiasis (también detectada en el paciente), la Inspección Médica refiere que la presencia de *Candida* en la microflora normal de las superficies cutáneo-mucosas determina que *"la mayoría de las infecciones sean endógenas"* y que generalmente estas infecciones se localizan en la piel o tienen su origen en ella.

Respecto de la influencia de las infecciones en el fallecimiento, el informe señala que el aislamiento de los referidos gérmenes se produjo en las secreciones respiratorias y la punta del catéter, pero que los hemocultivos fueron negativos, por lo que *"no hay confirmación microbiológica de que ninguno de ellos produjera bacteriemia, es decir, paso al torrente sanguíneo de los mismos con infección generalizada"*.

Sin perjuicio de lo anterior, que ya permitiría cuestionar la incidencia de tales infecciones en la producción del resultado dañoso por el que se reclama, el informe señala también que aunque el paciente padeció las infecciones durante su ingreso en el hospital, *"en ningún caso eso significa que estos cuadros fueran provocados por el centro sanitario. Son las características del paciente, con pluripatologías avanzadas, el empeoramiento de las mismas refractario al tratamiento y con ello la necesidad de ingreso prolongado y realización de procedimientos invasivos, inserción de catéteres centrales, ingreso en UC1, ventilación mecánica..., los que hacen que sea un paciente de riesgo altísimo para las sobreinfecciones. Así, es bien sabido que aunque existen una serie de normas para disminuir las infecciones durante los ingresos hospitalarios, también es cierto que éstas no son, a día de hoy, erradicables. Este caso reúne todos los factores de riesgo intrínsecos o dependientes del paciente para la aparición de un proceso infeccioso, sin que exista ninguna evidencia de incumplimiento de las normas para la prevención de los mismos, ni evidencias de brote de infección nosocomial durante su ingreso"*. Sobre esto último, y en relación con las fechas a las que se refiere la reclamante en su escrito inicial a fin de determinar la posible existencia de infecciones nosocomiales en los quirófanos del hospital, su Director informó que no existía constancia de que se hubieran producido tales infecciones.

El informe de la Inspección Médica responde también a ciertas afirmaciones de la reclamante. Así, respecto a que *"no se realizó ninguna extracción de la vía central ni de la sonda vesical para su hemocultivo"*, manifiesta que el mismo día en que se advierte el esputo hemoptoico se cursó urocultivo y cultivo de esputo, iniciándose tratamiento antibiótico. Aclara, respecto a la ausencia de toma de hemocultivo, que la principal indicación del mismo se produce cuando el paciente tiene o se sospecha bacteriemia acompañada de fiebre mayor de 38°, *"cosa que no ocurrió durante su ingreso en planta, donde tenía programada la extracción de los mismos en caso de que apareciera la fiebre"*. Añade que los hemocultivos tomados en UCI fueron todos negativos y, por tanto, no ayudaron ni al diagnóstico ni al tratamiento. Y concluye que, como ya se indicó anteriormente, al haberse negado por parte de la familia la posibilidad de realizar la autopsia al fallecido, se ha restringido en gran manera la oportunidad de aclarar las últimas causas del óbito y la posible inexistencia de bacteriemia en el torrente sanguíneo del paciente.

III. En relación con los dos informes de alta en UCI presuntamente contradictorios a que se refiere la reclamante, debe decirse que el documento del que afirma que aparece cambiado y subrayado con anotaciones a mano y sin firma, no puede calificarse como un informe de alta precisamente por no estar firmado, tratándose, según indica la Inspección Médica, de un *"documento de trabajo en el que, tras recoger los antecedentes, los síntomas actuales y los resultados de la exploración, se hace un juicio diagnóstico con las posibles explicaciones para la situación actual del paciente. Juicio diagnóstico que los resultados de las exploraciones y la evolución del paciente se encargarán de confirmar o por el contrario de modificar o descartar, pero que de forma inicial son hipótesis que sirven para establecer un plan con los pasos diagnósticos y terapéuticos a seguir. Se trata por tanto de una parte de la historia clínica que refleja las reflexiones de los facultativos en un momento determinado del curso de la enfermedad que probablemente serán modificados posteriormente, y no un informe de alta"*.

Por otra parte, y en lo que se refiere a la alegación relativa a la infracción del deber de recabar el consentimiento informado para los tratamientos realizados al paciente, debe destacarse, en primer lugar, lo expresado en el informe del Servicio de Medicina Interna-Infecciosas de 24 de marzo de 2009 (Antecedente Sexto) en relación con la continua información a la familia; además, la única intervención realizada al paciente que requería la obtención de un formal consentimiento informado, conforme a la normativa aplicable en la materia, fue la colocación de un catéter venoso central, para lo que se obtuvo tal consentimiento, documentado en los folios 33 y 34 del expediente, en el que se expresa, como complicaciones potencialmente graves, las *"complicaciones infecciosas (20-60%)"*, así como las alternativas a dicho procedimiento. Ello ponía de manifiesto, en fin, el riesgo de infección inherente a los tratamientos a los que tuvo que someterse el paciente,

justificados por las graves patologías que padecía (que intensificaban especialmente tal riesgo) y que final e inevitablemente para la ciencia y técnica médicas, determinaron su fallecimiento.

IV. En conclusión de todo lo anterior, y conforme con lo expresado en la precedente Consideración, el daño por el que se reclama indemnización no puede imputarse, de forma jurídicamente adecuada y a los efectos resarcitorios pretendidos, a la actuación sanitaria pública, no concurriendo a tal fin la necesaria y adecuada relación de causalidad, por lo que no procede reconocer la pretendida responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No se ha acreditado la existencia de infracción a la *“lex artis ad hoc”* o mala praxis médica en el caso de que se trata, no existiendo, entre los daños por los que se reclama indemnización y el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales, la relación de causalidad que es jurídicamente necesaria y adecuada para determinar la responsabilidad de la Administración regional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 228-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 09/11/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.

- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades en el tratamiento dado a 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada a x, según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrado por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dio traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán nº. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido nº. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que*

*demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que *“efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 27 años.*

*Antecedentes personales: No alergias. Fumador. No otros factores de riesgo cardiovascular. Síndrome depresivo en 2003, resuelto con tratamiento. No cirugía previa.*

*Enfermedad oncológica:*

*Diagnóstico: Tumor testicular izquierdo no seminoma (teratocarcinoma con predominio de carcinoma embrionario y presencia de seno endodérmico).*

*Estadio: Is (T1 NO M0 S1)*

*Fecha del diagnóstico: 1/Febrero/2007*

*Tratamiento de la neoplasia: Orquiectomía inguinal izquierda el 1/2/07. Remitido a nuestro Servicio, dada la elevación de marcador postquirúrgica, se inició quimioterapia con esquema BEP (cisplatino: 20 mg/m<sup>2</sup>/día x 5 días; etopósido: 100 mg/m<sup>2</sup>/día x 5 días; bleomicina: 30 UI/semanal; cada 21 días) el día 5/3/08. Toxicidad del 1º ciclo: diarrea grado 1. Se administró segundo ciclo a las mismas dosis los días 26 al 30/3/2007.*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de cisplatino: situación en el momento de la administración del tratamiento: buen estado general y excelente tolerancia al primer tratamiento. En el momento del segundo ciclo, neutropenia grado 2 (1100 S).*

*Fecha de administración: 26-30/3/2007.*

*Dosis total prescrita de cisplatino: 37 mg/día x 5 días.*

*Toxicidad aguda (máxima):*

*Digestivo: náusea grado 1, sin vómitos.*

*Mielotoxicidad: no.*

*Ototoxicidad: acúfeno grado 2; no pérdida auditiva (audiometría: caída de audición de 10 dB a partir de 2000Hz).*

*Nefrotoxicidad: no.*

*Neurotoxicidad: grado 1 periférica (neuropatía sensitiva distal).*

*Otras toxicidades: astenia grado 2.*

*Ingreso hospitalario: no.*

*Evolución posterior y situación actual:*

*Evolución de la neoplasia: Se prescribió el tercer ciclo a las mismas dosis. Tras el tercer ciclo, respuesta completa serológica con estudios de imagen negativos. En el seguimiento posterior no hay evidencia de recaída de la neoplasia (última revisión el 4/4/08).*

*Toxicidad crónica o residual:*

*Ototoxicidad: no (si bien no hay audiometría posterior).*

*Nefrotoxicidad: no.*

*Neurotoxicidad: grado 1 en la revisión de Septiembre-07; posteriormente no figura neurotoxicidad en la historia clínica.*

*Otras toxicidades: no.*

*Situación actual: vivo y sin evidencia de recaída. No tratamiento antineoplásico activo.*

*Juicio diagnóstico:*

- *Carcinoma testicular tipo no seminoma mixto, estadio Is, en respuesta completa tras quimioterapia.*
- *Toxicidad por cisplatino residual: no”.*

En la nota 2 del informe se hace referencia a que la valoración de la ototoxicidad se ha hecho con los datos disponibles en el Servicio, si bien es posible que existan datos adicionales en el Servicio de Otorrinolaringología.

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cistaplino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal del paciente por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 18 de diciembre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, de 30 de octubre de 2009, de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presentó el paciente con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que en este caso las 5 dosis dentro del segundo ciclo (entre el 26 y el 30 de marzo de 2007) fueron elaboradas con el lote Z-012, que corresponde al Cisplatino de 100 mg., produciéndose la sobredosificación. También que los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de este paciente presentó como toxicidad aguda:

- Náuseas grado 1 sin vómitos.
- Ototoxicidad grado 1: no pérdida auditiva, caída de la audición de 10 dB a partir de 2000 Hz. Acúfeno grado 2.
- Neurotoxicidad: grado 1 (neuropatía periférica sensitiva distal).

También expone, en cuanto a la toxicidad residual, que presentó Neurotoxicidad grado 1 (neuropatía sensitiva distal).

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y

solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que valoró el daño causado en la cuantía de 2.105,23 euros.

Dicho importe se desglosa valorando un periodo de incapacidad temporal, que asciende a 705,01 euros por 7 impeditivos (a 50,35 euros por día), y 13 no impeditivos (a 27,12 euros por día). Por las secuelas permanentes se establecen 2 puntos por parestesias de miembros superiores e inferiores que ascienden a 1.400, 22 euros (700,11 euros el punto). En este caso el importe no se reduce en un porcentaje por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino.

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cisplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta que el afectado compareciera y formulara alegaciones.

**DUODÉCIMO.-** Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**DECIMOTERCERO.-** La propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (1.403,33 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (701,66 euros), más los intereses legales correspondientes.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 9 de mayo de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que el paciente recibió ciclo de quimioterapia con Cisplatino en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cisplatino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el

servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 18 de diciembre de 2009).

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

#### **CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un posible error de medicación en el suministro de medicación a 25 pacientes afectados de procesos oncológicos (una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino).

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica, en su informe de 18 de diciembre de 2009:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso "registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos".

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la

que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación, etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el precitado informe de 18 de diciembre de 2009 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a pruebas de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

**QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

I. Relación de causalidad.

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”*.

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al

funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”*. También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección *“en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%”* (informe de 30 de octubre de 2009). De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, si no imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro,

que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento. Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

**SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 2.105 euros al afectado, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Por parte del afectado no se han presentado alegaciones, ni se ha cuestionado la cuantía indemnizatoria propuesta.

Encontrándose justificada la cuantía indemnizatoria fijada por el órgano instructor, este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente al afectado, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA.**- No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad (Consideración Quinta).

**TERCERA.**- La cuantía indemnizatoria se considera justificada, salvo la cuestión suscitada en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá



**DICTAMEN 229-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	09/11/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.

- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada al afectado x, según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrado por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dió traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que*

*demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que *“efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 73 años.*

*Antecedentes personales: No alergias. Ex-fumador. HTA. Diabetes mellitus II en tratamiento médico. EPOC tipo bronquitis crónica. ACVA hemorrágico hace 6 años, con recuperación sin secuelas. Cirugía de cataratas. RTU prostética por hipertrofia benigna. Cirugía de fístula coxígea en la juventud.*

*Enfermedad oncológica:*

*Diagnóstico: Carcinoma urotelial de vejiga estadio pT2 N2 M1 (adenopatía supraclavicular derecha, adenopatías pélvicas e inguinales y retroperitoneales).*

*Estadio: IV*

*Fecha del diagnóstico: Enero-2007*

*Tratamiento de la neoplasia: El paciente fue intervenido en Enero-2007 mediante cistectomía radical y exéresis de masa ganglionar ílica derecha, quedando enfermedad residual ganglionar. Tras ser remitido a nuestro Servicio, se planteó tratamiento con quimioterapia. Se administró primer ciclo de cisplatino y gemcitabina (80 mg/m<sup>2</sup> iv, día 1; 1200 mg/m<sup>2</sup> iv días 1 y 8; cada 21 días) el día 22/3/2007.*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de cisplatino:*

*Situación en el momento de la administración del tratamiento: Buen estado general (ECOG 1). Primer ciclo de tratamiento de su neoplasia.*

*Fecha de administración: 22/3/2007*

*Dosis total de cisplatino prescrita: 137 mg iv*

*Toxicidad aguda (máxima):*

*Digestivo: náuseas y vómitos grado 2*

*Mielotoxicidad: neutropenia grado 2*

*Ototoxicidad: pérdida auditiva grado 4 de 48 horas de duración, con mejoría posterior a grado 2 (hipoacusia neurosensorial entre 20-90 dB simétrica, con revisión a los 6 meses sin cambios.*

*Nefrotoxicidad: grado 2 (Creatinina máxima 2.16 mg/dL), resuelta con hidratación ambulatoria (Creatinina 1.07 mg/dL el 19/4/07).*

*Neurotoxicidad: no.*

*Otras toxicidades: no.*

*Ingreso hospitalario: no.*

*Evolución posterior y situación actual:*

*Evolución de la neoplasia: Posteriormente, el 19/4/07 se continuó tratamiento con carboplatino y gemcitabina (se cambió el esquema dada la nefrotoxicidad previa), del que se administraron un total de 6 ciclos hasta Julio/07, obteniéndose una buena respuesta parcial de la neoplasia, que en la evolución posterior era completa. En el seguimiento posterior, no evidencia de progresión de la neoplasia (última revisión el 26/2/08).*

*Toxicidad crónica o residual:*

- *Ototoxicidad: grado 2 en la última revisión audiométrica por ORL.*
- *Nefrotoxicidad: no.*
- *Neurotoxicidad: no.*
- *Otras toxicidades: no.*

*Situación actual: Vivo y sin enfermedad neoplásica evidente en este momento; no tratamiento antineoplásico activo. En el momento de la última revisión (26/2/08), buen estado general y prácticamente asintomático.*

*Juicio diagnóstico:*

- *Carcinoma urotelial de vejiga estadio IV tratado con quimioterapia, en respuesta completa, sin evidencia de progresión actual.*
- *Toxicidad por cisplatino residual: ototoxicidad grado 2".*

En la nota 2 del informe se hace referencia a que la valoración de la ototoxicidad se ha hecho con los datos disponibles en el Servicio, si bien es posible que existan datos adicionales en el Servicio de Otorrinolaringología.

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cisplatino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal del paciente por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 14 de octubre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, de 1 de octubre de 2009, de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presentó el paciente con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que en este caso no hay seguridad de que se realizara la sobredosis, si bien la fecha de administración del primer ciclo (el 22 de marzo de 2007) coincide con el periodo en que se utilizó la doble concentración. También que los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de este paciente presentó como toxicidad:

1. La sintomatología digestiva se resolvió sin problemas.
2. La toxicidad hematológica no ocasionó complicaciones.
3. La nefrotoxicidad se resolvió con hidratación ambulatoria.

#### 4. Queda ototoxicidad grado 2.

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que valoró inicialmente el daño causado en la cuantía de 3.123.79 euros.

Dicho importe se desglosa valorando un periodo de incapacidad temporal, que asciende a 1.247,41 euros por 7 días improductivos (a 50,35 euros por día), y 33 no improductivos (a 27,12 euros por día), y la incapacidad permanente, que asciende a 2.706,75 euros por las secuelas de acúfenos y pérdida auditiva (5 puntos en total), a razón de 541,35 euros por punto, sin que se tenga en cuenta ningún factor de corrección al no tenerse constancia de que pudiera aplicarse. El importe así obtenido se aminora en un 21% es decir, en la cuantía de 830,37 euros por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino.

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cisplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha

fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a los interesados, por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**DUODÉCIMO.-** En representación del paciente, x presenta escrito de alegaciones (folio 381 y ss.), en el que expresa que el x, a consecuencia del tratamiento, ha sufrido una importante pérdida auditiva, que ha motivado que precise de forma permanente audífonos, cuya adquisición le ha supuesto un desembolso de 4.448 euros, según la factura que acompaña, solicitando que se le abone. Asimismo manifiesta su discrepancia con la valoración del grado de ototoxicidad (grado 3, en lugar de 2), y que no se tenga en cuenta que dicha pérdida auditiva le supone un menoscabo en sus actividades diarias, que debería ser merecedora de que se le reconozca un 50% del grado de incapacidad permanente parcial, acompañando un informe médico del Hospital Morales Meseguer donde se expresa que la pérdida auditiva reviste carácter permanente, así como la audiometría realizada al paciente. Por último, señala que deberían utilizarse las cuantías previstas en el baremo correspondiente al año 2011, y no las del 2007.

**DECIMOTERCERO.-** Examinadas las alegaciones precitadas por el perito de la correduría de seguros, se realiza un nuevo dictamen valorativo, admitiendo la propuesta del afectado de incrementar el grado de las secuelas permanentes por acúfenos y pérdida auditiva, pasando a ser valoradas conjuntamente en 21 puntos, resultando por este concepto la cantidad de 14.505,75 euros, que sumada a la cuantía indicada con anterioridad en concepto de incapacidad temporal (1.247,41 euros), aminorada en un 21 % correspondiente a la toxicidad intrínseca del Cisplatino, resulta la cantidad propuesta de 12.445 euros, más la actualización correspondiente.

**DECIMOCUARTO.-** Otorgado un nuevo trámite de audiencia al paciente, su representante presenta escrito de alegaciones (folios 398 y 399), en el que reitera su petición de que se le indemnice por los gastos de adquisición de los audífonos, cuya factura ha aportado.

**DECIMOQUINTO.-** La propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (8.296,66 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (4.148,33 euros), más los intereses legales correspondientes, sin que contenga un pronunciamiento sobre la partida reclamada por el paciente en relación con la adquisición de los audífonos (4.448 euros).

**DECIMOSEXTO.-** Con fecha 10 de mayo de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que el paciente recibió ciclo de quimioterapia con Cisplatino en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el

artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): “*Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*”.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cistaplino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de

la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 14 de octubre de 2009).

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

#### **CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un error de medicación, al suministrar a 25 pacientes afectados de procesos oncológicos una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino.

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error

humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso "registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos".

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación, etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las

que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el precitado informe de 14 de octubre de 2009 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a pruebas de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

#### **QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

##### I. Relación de causalidad.

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”*.

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”*. También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del

medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección “*en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%*” (informe de 1 de octubre de 2009). De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador

por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, si no imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro, que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas

adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento. Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

**SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el último dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 12.445 euros al afectado, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Por parte del interesado se siguen manifestando discrepancias sobre dicha cuantía indemnizatoria, al no tener en cuenta sus últimas alegaciones tendentes al reconocimiento del coste de adquisición de los audífonos, cuya cuantía acredita con la factura correspondiente (4. 448 euros).

Este Consejo Jurídico considera que el órgano instructor ha de entrar a valorar dicha partida (se omite cualquier consideración a este respecto en la propuesta), y estimarla en el caso de que la adquisición de estos aparatos y su utilización por el paciente esté justificada por el incremento de los efectos adversos debido a la sobredosis del principio activo Cisplatino; y también que la elección del 21% por la toxicidad intrínseca debe ser motivada.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente al afectado, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA**.- No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad (Consideración Quinta).

**TERCERA**.- La cuantía indemnizatoria se considera justificada, salvo lo indicado en la Consideración Sexta, sobre la exclusión del importe de los audífonos y la justificación del porcentaje del 21%.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 230-2011**

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto por el que se establecen normas adicionales aplicables a las instalaciones eléctricas aéreas de alta tensión con objeto de proteger la avifauna y atenuar los impactos ambientales
<b>Consultante</b>	Consejero de Agricultura y Agua (2004)
<b>Fecha</b>	14/11/2011

**Extracto doctrina**

No está justificado suficientemente en el expediente la aplicación de determinadas prescripciones técnicas a las instalaciones eléctricas aéreas de alta tensión fuera de las zonas de protección

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Las Consejerías competentes en materia de medio ambiente, industria y energía constituyeron una comisión mixta, integrada por funcionarios de las Direcciones Generales del Medio Natural e Industria, Energía y Minas, a fin de elaborar la normativa técnica aplicable a las instalaciones eléctricas aéreas de alta tensión, con el objeto de proteger la avifauna y atenuar los impactos ambientales (folios 32 y ss.). También estuvo presente un representante de la Secretaría General de la entonces Consejería de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio.

Las reuniones de dicha comisión se desarrollaron durante los días 4, 18 y 25 de abril, 9, 16 y 22 de mayo, y 6 de junio (folios 34 a 105) del año 2008, según las actas que obran en el expediente, fruto de las cuales fue el primer borrador del Proyecto de Decreto por el que se establecen las normas adicionales de carácter técnico, aplicables a las instalaciones eléctricas aéreas de alta tensión, con el objeto de proteger la avifauna y atenuar los impactos ambientales (folios 106 a 117), que se tramita a propuesta conjunta de las Consejerías competentes en materia de medio ambiente e industria y energía.

**SEGUNDO.-** El primer borrador fue sometido a informe de los distintos Servicios que integran la Dirección General del Medio Natural, así como a los Directores Generales de Calidad Ambiental y de Energías Limpias y Cambio Climático, a fin de recoger sus sugerencias antes de iniciar su tramitación, que fueron convenientemente valoradas por el técnico de gestión (informe de 29 de septiembre de 2008).

**TERCERO.-** El 6 de octubre de 2008, el Director General de Patrimonio Natural y Biodiversidad propone al titular de la Consejería competente en materia de medio ambiente que se inicie el procedimiento de elaboración del borrador que se acompaña (núm. dos según la diligencia obrante en el folio 143), uniendo la siguiente documentación:

- Memoria justificativa con aspectos técnicos y jurídicos e índice de los datos de mortalidad en la avifauna registrados en la Región de Murcia entre los años 2002 y 2007.
- Estudio económico.

**CUARTO.-** Por escrito de 17 de octubre de 2008 se otorgó un trámite de audiencia a las Consejerías de Presidencia y Administraciones Públicas, Obras Públicas y Ordenación del Territorio, y Economía y Hacienda, obrando las alegaciones formuladas por el Servicio Jurídico del departamento citado en primer lugar (folios 185 a 188).

**QUINTO.-** Con posterioridad, se completaría el procedimiento de elaboración con el informe de impacto por razón de género y la relación de disposiciones afectadas, así como otro informe emitido por la Asesora Jurídica del Servicio de Protección y Conservación de la Naturaleza (folios 189 a 205).

**SEXTO.-** El Consejo Asesor Regional de Medio Ambiente informó el Proyecto de Decreto en su sesión de 23 de julio de 2009, proponiendo incorporar la sugerencia realizada por la representante de la Universidad de Murcia sobre la inclusión de los humedales interiores, en relación con la adopción de medidas anticollisión.

**SÉPTIMO.-** Paralelamente se siguieron los trámites internos en la Consejería de Universidades, Empresas e Investigación (que ostenta las competencias en materia de energía), evacuando un informe el Servicio Jurídico de dicha Consejería el 17 de noviembre de 2009, proponiendo concretas modificaciones al título, parte expositiva, articulado y disposiciones finales.

Seguidamente, la Dirección General de Industria, Energía y Minas, mediante escrito de 13 de enero de 2010, otorgó un trámite a los siguientes organismos, corporaciones y empresas:

- Cámaras Oficiales de Comercio de Murcia, Cartagena y Lorca.

- Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales y de Caminos, Canales y Puertos, e Ingenieros Técnicos Industriales.
- Unión de Consumidores de Murcia (UCE).
- Federación Murciana de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios.
- Federación Regional de Empresarios del Metal (FREMM).
- --, S.A.U. (-- en lo sucesivo), --, --, S.A.U. (--, en lo sucesivo) y --.

**OCTAVO.-** En fecha 17 de febrero de 2010, X, en nombre y representación de --, presenta escrito de alegaciones frente a la regulación proyectada, en el que se contienen los siguientes argumentos:

1. Consideraciones jurídicas de carácter general.

La regulación proyectada supone una ampliación considerable de lo establecido en la normativa básica estatal aprobada sobre esta misma materia, tanto en el ámbito de las zonas protegidas como en las prescripciones técnicas exigidas, considerando que no está justificada la necesidad de esta ampliación, cuando con la normativa estatal se pueden conseguir los objetivos perseguidos por la Administración autonómica. De otra parte, se alega que no se prevén las consecuencias de esta regulación, sobre todo las económicas de compensación a las empresas eléctricas por el exceso de obligaciones respecto a la normativa estatal, pero tampoco las técnicas y la demora en los plazos de ejecución de las instalaciones derivadas del aumento de tales exigencias.

También se sostiene que se infringe el principio de igualdad entre los todos los españoles, en tanto los requisitos adicionales afectan a la tarifa única para todo el territorio nacional, encareciendo la ejecución de las líneas eléctricas, sin prever la retribución por este sobrecoste, en tanto se trata de una actividad regulada.

2. Consideraciones particulares al articulado.

Se realizan observaciones a los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12, así como a la Disposición transitoria única y Anexos.

Dichas observaciones fueron objeto de estudio y valoración por el informe de 24 de febrero de 2010 del Asesor Facultativo de la Consejería de Universidades, Empresas e Investigación, que afirma que el texto propuesto ha sido elaborado con criterios técnicos de carácter eléctrico y de protección de la avifauna que lo avalan, teniendo un carácter complementario a la regulación básica estatal, con sustento en las competencias autonómicas en la materia.

**NOVENO.-** El 19 de abril de 2010 presenta escrito de alegaciones --, representada por su Delegada Regional x, quien expone lo siguiente:

- La innecesariedad de adoptar medidas tendentes a evitar la electrocución, en tanto sostiene que las instalaciones de transporte no deben verse sujetas a tales restricciones territoriales al tratarse de un impacto imposible de ocasionar.
- Las medidas propuestas para la protección del paisaje, tanto la que establece la obligatoriedad de adaptarse a los pasillos de infraestructuras, como las que obligan a adaptarse al relieve, deberían tener un carácter indicativo, sin ser preceptivas.
- Se produce una colisión con la normativa sectorial, en tanto el impacto sobre la avifauna y el paisaje debe ser objeto del correspondiente análisis a través de la evaluación de impacto ambiental, además de que no se ha tenido en cuenta la repercusión sobre los derechos de terceros en el caso de la medida de permanencia de apoyos, tras el desmantelamiento de líneas existentes.
- El texto no ha tenido en cuenta la necesidad de mantenimiento, como la financiación en el caso de que deba efectuarse por imperativo legal.

Finalmente se aporta un borrador del Proyecto alternativo, que, en su opinión, garantiza la compatibilidad con el resto del ordenamiento jurídico.

Dichas observaciones fueron objeto de estudio por el Asesor Facultativo de la Dirección General competente en materia de energía, proponiendo la estimación de las que figuran en el folio 406.

**DÉCIMO.-** Por parte de la Consejería competente en materia de industria y energía se incorporaron al expediente las siguientes actuaciones:

- Informe de 5 de julio de 2010 sobre la necesidad y la oportunidad del nuevo Decreto, elaborado por el Asesor Facultativo de la Dirección General de Industria, Energía y Minas.
- Informe sobre la repercusión económica también de 5 de julio de 2010.

- Certificación del acuerdo del Consejo Asesor Regional de Industria, que examinó el Proyecto.
- Informe de impacto por razón de género de 26 de agosto de 2010.
- Propuesta del Director General competente en materia de industria y energía al titular de la Consejería.
- Informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación, de 2 de septiembre de 2010, con el visto bueno de la Vicesecretaria.

**UNDÉCIMO.-** Por parte de la Consejería competente en materia de industria y energía se remite a la Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad, mediante comunicación anterior, copia del procedimiento de elaboración allí sustanciado, recordando la necesidad de cumplimentar lo establecido en el artículo 16 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

**DUODÉCIMO.-** El Centro directivo competente en materia de medio ambiente, tras la emisión de informes complementarios del Servicio de Protección y Conservación de la Naturaleza, entre ellos el de carácter económico, acuerda someter el Proyecto de Decreto (borrador núm. cuatro), fechado el 8 de noviembre de 2010, a un plazo de exposición pública de quince días en la página Web de la Consejería para recoger sugerencias por parte de cualquier interesado. De igual modo se publicó la exposición pública en el Boletín Oficial de la Región de Murcia (BORM) de 29 de noviembre de 2010.

Acogiéndose a este plazo de información pública, vuelve a presentar alegaciones --, representada por x, reiterando las ya realizadas anteriormente, señalando que no se han cumplimentado ciertos trámites, como la relación de disposiciones cuya vigencia puede quedar afectada, y el informe de impacto por razón de género.

Dichas alegaciones fueron objeto de valoración por los informes evacuados por los técnicos y jurídicos de la Dirección General del Patrimonio Natural y Biodiversidad (folios 387 a 401), remitiéndose la contestación a la mercantil interesada (folios 407 y ss.).

**DECIMOTERCERO.-** Elaborada una propuesta conjunta por ambas Consejerías, el Proyecto de Decreto se somete a informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, que lo emite el 28 de marzo de 2011 en el sentido de destacar:

1. En el expediente no se encuentra justificada la extensión del régimen de protección frente a la electrocución y colisiones a todo el territorio de la Región de Murcia, que la norma básica restringe a determinadas zonas del territorio.

2. Sería deseable que se incorporara al expediente un informe detallado sobre los motivos que impulsan a hacer extensiva la obligación de protección específica de las líneas eléctricas, cuya tensión nominal eficaz entre fases sea igual o superior a 1 KV, a todo el territorio de la Región y, no sólo, frente a la electrocución, sino también frente a la colisión, que permita sustentar la regulación proyectada, en tanto que las medidas que se imponen deben resultar proporcionadas al fin que se persigue; así como que no sean contrarias al principio de solidaridad o al equilibrio económico, cuando las empresas eléctricas obligadas a cumplir la norma no pueden, en principio, repercutir los costes económicos que su cumplimiento comporta, ya que buena parte de sus ingresos (cobro a los consumidores) están sujetos a tarificación.

3. Se evidencian contradicciones del ámbito espacial del Proyecto de Decreto con el régimen de protección previsto, considerando que la categoría de “alta peligrosidad” confunde y distorsiona el entendimiento de la norma.

4. Se realizan observaciones particulares a los artículos 1, 3, 4, 5, 6 y 12 del Proyecto de Decreto.

Las observaciones realizadas son objeto de estudio y valoración por el Servicio de Biodiversidad, Caza y Pesca Fluvial y por la Asesora Jurídica de la Dirección General del Patrimonio Natural y Biodiversidad, así como por el Servicio Jurídico de la Consejería competente en materia de medio ambiente.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 7 de junio de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico sobre el Proyecto de Decreto, que figura como versión núm. seis y diligenciado en fecha 19 de mayo de 2011 (folios 465 a 485), acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, conforme con lo previsto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al tratarse de una disposición reglamentaria con un doble cometido: ejecutar la normativa básica del Estado, concretamente el Real Decreto 1432/2008, de 29 de agosto, por el que se establecen medidas para la protección de la avifauna contra la colisión y la electrocución en líneas eléctricas de alta tensión, así como desarrollar las previsiones de la Ley regional 7/1995, de 21 de abril, de la Fauna Silvestre de la Región de Murcia (modificada por la Ley 7/2003, de 12 de noviembre), conforme se recoge en la parte expositiva del Proyecto.

### **SEGUNDA.- Procedimiento de elaboración.**

El artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en adelante Ley 6/2004), establece los trámites a seguir para el ejercicio de la potestad reglamentaria.

En su aplicación al presente supuesto, este Consejo Jurídico destaca el esfuerzo de ambas Consejerías proponentes para integrar y completar la elaboración del Proyecto de Decreto desde el primer momento (no siempre fácil en una norma propuesta conjuntamente), valorándose positivamente la constitución de una comisión mixta de elaboración, la participación tanto en el campo medioambiental, como en el sector eléctrico, con la incorporación de la audiencia pública conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 27/2006, ya citada, ofreciendo una participación real y efectiva al público en la elaboración de este Proyecto. De otra parte, consta que las alegaciones fueron objeto de estudio por parte de los Servicios correspondientes.

No obstante lo anterior, cabe realizar las siguientes observaciones:

1. Al tratarse de una norma de carácter técnico medioambiental destinada a las instalaciones eléctricas de alta tensión, con su caracterización de norma técnica de seguridad (artículo 11 del Proyecto de Decreto), que añade nuevos requisitos a los previstos en la normativa básica estatal, no se ha justificado en el expediente la falta de sometimiento al trámite de información a la Comisión Europea en materia de normas y reglamentaciones técnicas (artículo 5 del Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio) o, en su defecto, la no procedencia de dicho trámite en el presente caso.

2. Se echa en falta en el documento de la Memoria justificativa que se recoja un apartado, exigido por el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, que incluya la motivación técnica de las concretas prescripciones técnicas aplicables (Anexo I), con el grado de detalle suficiente que requieran, para

descartar cualquier eventual contradicción con la reglamentación electrotécnica, si bien dicha ausencia se ha visto en parte suplida por los informes de contestación a las alegaciones presentadas por las compañías eléctricas.

Por último, cabe señalar que se ha plasmado adecuadamente en el expediente la evolución del contenido del Proyecto, con la agregación de las sucesivas modificaciones.

## **SEGUNDA.- Competencias y habilitación legal.**

### 1. Normativa comunitaria.

En la parte expositiva del Proyecto de Decreto, se cita la Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril, para sustentar la adopción de medidas por los Estados miembros para mantener o adaptar las poblaciones de todas las especies de aves contempladas en su ámbito (aves, huevos, nidos y hábitats), si bien ha de ser sustituida por la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre, que deroga la anterior (artículo 18). La adopción de tales medidas por el Proyecto también se sustenta en la Directiva 1992/43/CEE, de 21 de mayo, de Conservación de los Hábitats Naturales y de la Fauna y Flora Silvestres, que tiene por objeto contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres en el territorio europeo de los Estados miembros a los que se aplica el Tratado, señalando que las medidas que se adopten con arreglo a citada Directiva tendrán en cuenta las exigencias económicas, sociales y culturales, así como las particularidades regionales y locales.

La preocupación por la electrocución de las aves migratorias se reflejó en la Resolución 7.4 de la Convención sobre la conservación de las especies migratorias de la fauna silvestre, aprobada en Bonn (18 a 24 de septiembre de 2002), en la que se exhorta a los Estados a que incluyan medidas apropiadas en las leyes y en otras disposiciones relativas a la autorización y planificación de las líneas de transmisión de electricidad, para asegurar construcciones seguras, y de esa manera reducir al mínimo las consecuencias de la electrocución de las aves, al igual que se exhorta a los constructores y operadores a que incorporen medidas tendentes a la protección de las aves migratorias frente a la electrocución.

En el marco de las ayudas europeas (Programa Life, proyecto LIFE06NAT/E/000214, sobre corrección de tendidos eléctricos peligrosos en Zonas de Especial Protección para las Aves en la Región de Murcia), la Comunidad Autónoma se comprometió a la aprobación de una normativa electrotécnica para la protección de la avifauna, según se expresa en la parte expositiva del Proyecto.

## 2. Normativa estatal.

En ejercicio de las competencias estatales para dictar la legislación básica sobre protección de medio ambiente (artículo 149.1, 23.<sup>a</sup> de la Constitución Española), el artículo 52 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, establece que las Comunidades Autónomas adoptarán las medidas necesarias para garantizar la conservación de la biodiversidad que vive en estado silvestre, atendiendo preferentemente a la preservación de sus hábitats y estableciendo regímenes específicos de protección para aquellas especies silvestres cuya situación así lo requiera.

En la vertiente de medidas de carácter electrotécnico, en ejercicio de las competencias estatales para dictar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y bases del régimen energético (artículo 149.1, 13.<sup>a</sup> y 25.<sup>a</sup> de la Constitución), la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, recoge en su articulado el cumplimiento de las medidas ambientales de protección del medio ambiente (por ejemplo, en los artículos 21.3, 28.3, 36 y 40.3). En su desarrollo, el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalación de energía eléctrica, establece (Disposición adicional undécima) que al objeto de prevenir daños a la avifauna, a propuesta de los Ministerios de Economía y Medio Ambiente, se establecerán las medidas de carácter técnico que se deberán adoptar para evitar la colisión y electrocución de las aves con las líneas eléctricas.

En desarrollo de las citadas normas estatales, se ha aprobado el Real Decreto 1432/2008, ya citado, por el que se establecen medidas para la protección de la avifauna contra la colisión y electrocución en líneas eléctricas de alta tensión, si bien limitadas a las zonas de protección definidas en el artículo 4, llamando al complemento autonómico a lo largo de su articulado, por ejemplo, para la determinación de las zonas de protección (artículo 4) y de las líneas en dichos ámbitos que no se ajusten a las prescripciones de la normativa (artículo 5), o para la adopción de determinadas medidas (artículo 7), así como para la fijación de las líneas eléctricas de alta tensión que provocan una alta mortalidad para su modificación voluntaria y acogimiento a la financiación prevista en la Disposición adicional única (Disposición transitoria única del citado Real Decreto).

De otra parte, en la disposición precitada se deja a salvo la normativa electrotécnica que sea aplicable a las instalaciones (artículo 5.1), destacando el Real Decreto 223/2008, de 15 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en líneas eléctricas de alta tensión y sus instrucciones técnicas complementarias. En dicho

Reglamento se establece (artículo 6.2) que sus prescripciones tendrán la consideración de mínimos obligatorios a los efectos de lo previsto en el artículo 12.5 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, que a su vez establece que las Comunidades Autónomas, con competencia legislativa sobre esta materia, pueden introducir requisitos adicionales sobre las mismas materias, cuando se trate de instalaciones radicadas en su territorio.

### 3. Normativa regional:

En ejercicio de las competencias autonómicas de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de protección de medio ambiente, así como para dictar normas adicionales de protección en esta materia (artículo 11.3 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, EA en lo sucesivo), el artículo 31.1 de la Ley 7/1995 (derogado por la Ley 7/2003 en lo que concierne a las especies de aprovechamiento cinegético) establece que se desarrollarán reglamentariamente normas de carácter técnico-ambiental aplicables a las instalaciones eléctricas de alta y baja tensión, cuando discurran por el territorio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, con el fin de reducir y eliminar los riesgos para la integridad física y la vida de las aves nidificantes, migratorias o invernantes, así como el efecto barrera y de corte en los hábitats naturales. La referencia estatutaria a esta competencia debe ser completada en la parte expositiva (penúltimo párrafo), concretándose el apartado del artículo 11 de nuestro Estatuto de Autonomía que la sustenta.

De otra parte, el artículo 10.Uno, 28 EA recoge la competencia exclusiva autonómica en materia “de instalaciones de producción, de distribución y de transporte de energía cuando el transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra Comunidad Autónoma”, recomendándose, de igual modo, que se recoja en la parte expositiva (penúltimo párrafo) el apartado concreto del artículo 11 del Estatuto de Autonomía que la sustenta. También le corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la competencia de desarrollo legislativo y ejecución del régimen energético (artículo 11.4 EA).

A la vista de lo señalado en los apartados anteriores, el Proyecto de Decreto se sustenta en una doble habilitación:

- a) Ejecución y desarrollo de la normativa básica estatal, concretamente del R.D. 1432/2008.
- b) Desarrollo reglamentario de la legislación sectorial autonómica, concretamente del artículo 31 de la Ley regional 7/1995.

Otro aspecto que será tratado con posterioridad es el alcance de la competencia autonómica para dictar normas adicionales de protección en relación con las prescripciones técnicas introducidas por el Proyecto, cuestión que ha sido suscitada por alguna alegación.

#### **CUARTA.- Observaciones al conjunto normativo.**

##### **I. Ámbito de aplicación.**

Se ha discutido a lo largo de la tramitación del presente Proyecto de Decreto su objeto, en tanto el artículo 1 establece que las prescripciones técnicas establecidas serán aplicables a todas las instalaciones eléctricas aéreas de alta tensión que discurran por el territorio de la Comunidad Autónoma.

En efecto, por parte de Iberdrola se considera que el objeto del Proyecto es excesivamente amplio, al referirse de forma genérica a las instalaciones eléctricas aéreas que discurran por el territorio regional, en lugar de restringirse a las zonas de protección contenidas en el Anexo II, además de extralimitarse, al contemplar no sólo medidas de protección frente a la avifauna, sino también paisajísticas. Se apoya, para ello, en que la normativa estatal aprobada (R.D. 1432/2008) se contrae a las zonas protegidas, no estando justificada dicha ampliación por parte autonómica, además de las consecuencias técnicas y económicas que se producirían para las empresas distribuidoras de la Región, que tampoco se encuentran analizadas en el expediente.

Por otras razones cuestiona la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, en su informe de 28 de marzo de 2011, el ámbito espacial de la norma, en tanto si el objeto del Proyecto es la adaptación de determinadas instalaciones eléctricas en todo el territorio de la Región de Murcia, no tiene sentido la figura de líneas de alta peligrosidad para la avifauna prevista en el artículo 7. De otra parte, considera que sería más coherente priorizar las instalaciones que se encuentran en las zonas de protección, para gradualmente obtener su adaptación técnica, pues si lo que se pretende es la financiación del Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino, basta con sustituir las líneas de alta peligrosidad por aquellas que determina el RD. 1432/2008 y priorizar su adaptación; en su opinión, no se puede afirmar un ámbito territorial y después superponer otro con criterio no territorial, sin contemplar la coordinación de los dos ámbitos.

En el examen de tales argumentos, el Servicio de Biodiversidad, Caza y Pesca Fluvial sostiene (folios 486 y ss.) que la normativa básica tiene un ámbito de aplicación muy restringido, limitado a unas zonas de protección y las medidas anticolidión se establecen como voluntarias, en

lugar de obligatorias, habiendo sido superada su reglamentación por otras Comunidades Autónomas, que normaron antes de la aprobación del R.D. 1432/2008. También sostiene que la problemática de la electrocución no se limita a determinados territorios, de ahí la importancia de establecer unas mínimas prescripciones técnicas a todas las nuevas líneas que hayan de construirse en el territorio regional, junto a otras más restrictivas en las áreas de mayor valor para la avifauna: espacios protegidos, espacios de la Red Natura, humedales, áreas de interés, etc. En suma, destaca como principales características del Proyecto en este aspecto:

- Su aplicación a todo el territorio regional para las instalaciones eléctricas aéreas de nueva construcción, ampliación o modificación de las existentes, con tensión nominal superior a 1 KV.
- El establecimiento de unas prescripciones técnicas diferentes para las instalaciones, en función de si están o no ubicadas en zonas de protección.
- El incremento de las zonas de protección previstas en la normativa básica.
- La creación de la figura de las instalaciones de alta peligrosidad para la avifauna para las ya existentes, que están produciendo muertes de aves incluso fuera de las zonas de protección,

Finalmente, se expresa que el proyecto Life que se está desarrollando en la Comunidad Autónoma (2007-2011) afecta a un número muy limitado de apoyos (1.131 apoyos) en 5 Zonas de Especial Protección de Aves (ZEPAS), si bien sus resultados son de muy elevada efectividad y un coste adicional reducido.

Expuestas las distintas posturas, conviene desgranar, en primer lugar, las previsiones de la normativa básica al respecto, así como su plasmación en el Proyecto sometido a consulta:

- El ámbito de aplicación del R.D. 1432/2008 son las líneas de alta tensión con conductores desnudos situadas en las zonas de protección que se especifican en el artículo 4 del mismo: ZEPAS, ámbitos de los planes de recuperación y conservación elaborados por las Comunidades Autónomas para las especies incluidas en el Catálogo Español de las Especies Amenazadas o en los catálogos autonómicos, así como las áreas prioritarias de reproducción, alimentación, dispersión y concentración local de aquellas especies incluidas en el Catálogo Español de Especies Amenazadas o en los autonómicos correspondientes, facultando a las Comunidades Autónomas para delimitar dichas áreas, previo informe de la Comisión Estatal para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad. También, en virtud de dicha disposición, se ordena la publicación de las citadas áreas de protección en el correspondiente diario regional (artículo 4.2). En su cumplimiento, por

Orden del titular de la Consejería competente de 8 de febrero de 2011 se han publicado las áreas de protección previstas en la normativa básica estatal.

- El Proyecto de Decreto extiende su aplicación, no sólo a las áreas indicadas protegidas por la normativa básica estatal, sino también a las siguientes:

a) Instalaciones eléctricas de alta tensión (nominal superior a 1 KV) de nueva construcción o de ampliación o modificación de las existentes en la Región de Murcia. Para éstas serán de aplicación los criterios de diseño general previstos en el artículo 5 y las prescripciones técnicas del Anexo I, apartados 1, 2.

b) Nuevas zonas de protección:

- Las ZEPAS (incluidas en la normativa básica), más una franja adicional de protección de 1,5 kilómetros alrededor de éstas.

- Los espacios naturales protegidos, en referencia a la Ley regional 4/1992, de 30 de julio, de Ordenación y Protección del Territorio, cuyo Título VI no fue objeto de derogación por la Ley regional 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia (hoy Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia).

- Espacios para los que existan actualmente instrumentos de planificación o se encuentren aprobados inicialmente.

- Lugares de Importancia Comunitaria y Zonas de Especial Conservación.

- Inventario Regional de Humedales.

- A los anteriores se añaden los ya previstos en la normativa estatal de “áreas prioritarias de reproducción, alimentación, dispersión y concentración” de especies incluidas en los catálogos anteriormente citados y los ámbitos de aplicación de Planes de Recuperación, de Conservación, de Manejo, de Protección y Mejora Cautelar o de Reintroducción, para las especies de aves catalogadas como “en peligro de extinción, vulnerables, de interés especial o extinguidas”, conforme a lo dispuesto en la Ley regional 7/1995.

c) Además, para las instalaciones existentes, se crea la figura de “instalaciones eléctricas de alta peligrosidad para la avifauna”, que en muchos casos están ubicadas fuera de zonas de protección, según se expresa en el expediente, y cuya declaración obligará a su adecuación al Decreto en un plazo no superior a tres años.

A la vista de lo indicado, se realizan las siguientes observaciones:

1ª) La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en ejercicio de sus competencias para aprobar normas adicionales en materia de medio ambiente, puede añadir a las zonas ya previstas en la legislación básica estatal otros ámbitos protegidos en donde se establezcan medidas tendentes a la preservación de la avifauna, como se ha recogido en el Anexo II del Proyecto, si bien se recomienda, al igual que se ha previsto en el R.D. 1432/2008, que se recoja el mandato de publicar sus ámbitos en un plazo determinado. Llama singularmente la atención que entre el listado de espacios no figuren las Áreas de Protección de la Fauna Silvestre (artículo 22 de la Ley 7/1995), con independencia de que hayan sido o no delimitados sus ámbitos geográficos, salvo que se entienda por el órgano ambiental proponente que ya se encuentran protegidos con otras figuras de protección relacionadas. De otra parte, las limitadas medidas para la reducción del impacto paisajístico de las instalaciones contenidas en el Proyecto, además de insertarse con naturalidad en las competencias autonómicas en materia de medio ambiente y normas adicionales de protección, aparecen redactadas con cierta generalidad y no con carácter restrictivo. Así, a título de ejemplo, el Anexo I. 1, c) establece que en zonas de relieve accidentado, se procurará evitar las cumbres o lomas, adaptándose en lo posible al relieve y evitando la afección a lugares prominentes o singulares; o en el apartado 5 del mismo Anexo, sobre medidas correctoras para atenuar el impacto paisajístico, referido sobre todo a las zonas de protección, enumera un abanico de posibilidades, pero siempre con la posibilidad de su adaptación al caso concreto.

2ª) Sin embargo, no es en este punto donde se objetiva la mayor controversia, sino en que determinadas prescripciones técnico-ambientales sean aplicables a todas las instalaciones eléctricas de alta tensión que se realicen en la Región de Murcia, aunque no estén en las zonas protegidas, con la finalidad de reducir los riesgos de electrocución y colisión para la avifauna.

Parece razonable que la aplicación de estas normas de carácter técnico-medioambiental, como sugiere el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, se apliquen de forma escalonada, comenzando por las zonas ya protegidas y las susceptibles de protección en el territorio regional, sin perjuicio de su posterior extensión o generalización de algunas prescripciones a todo el territorio regional, siempre que ello estuviera justificado. Congruente con este planteamiento, la opción normativa hubiera sido someter a las normas

establecidas en el Proyecto las instalaciones eléctricas aéreas de tensión nominal superior a 1 KV, que discurran por las zonas de protección contenidas en el Anexo II (artículo 3.2), teniendo en cuenta que se han incrementado de forma sustancial frente a las protegidas en la normativa básica estatal, desconociéndose qué porcentaje representan respecto al conjunto del territorio regional, pues cabe entender que pueden producirse duplicidades en los ámbitos en las distintas figuras de protección recogidas. Para las existentes dentro y fuera de esos ámbitos, resulta de interés la figura prevista en la norma proyectada (instalaciones eléctricas que sean declaradas de alta peligrosidad), en razón de la mortalidad que ocasionan, cuyo mantenimiento en el texto tendría plena justificación también desde esta opción normativa.

Sin embargo, no es ésta la opción acogida por las Consejerías proponentes, habilitadas para ello por el artículo 31 de la Ley regional 7/1995, que permite esta extensión, conforme su tenor literal: *“se establecerán las normas de carácter técnico-ambiental aplicables a las instalaciones eléctricas de alta y baja tensión, cuando discurran por el territorio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”*.

Por ello, este Consejo Jurídico no encuentra obstáculo legal a la redacción del artículo 1 del Proyecto, cuando hace referencia al objeto de la disposición: instalaciones eléctricas aéreas de alta tensión que discurran por el territorio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al igual que se ha dispuesto en otras normas autonómicas de contenido similar (téngase en cuenta que las instalaciones eléctricas de alta peligrosidad pueden estar dentro o fuera de las zonas de protección). Tampoco encuentra obstáculo a la redacción del apartado 1 del artículo 3, que deja a salvo la aplicación del R.D. 1432/2008, en tanto el ámbito de la disposición analizada es mayor que el del Real Decreto citado, habilitado para ello por la Ley 7/1995.

Por el contrario, sí conviene realizar la observación de que no está justificado suficientemente en el expediente la aplicación de determinadas prescripciones técnicas a las instalaciones eléctricas aéreas de alta tensión fuera de las zonas de protección, a tenor de los siguientes datos: en el informe de 11 de enero de 2011 del Servicio de Protección y Conservación de la Naturaleza (folio 388) se recoge, como motivo de esta extensión, que sólo el 13% de los apoyos causantes de la muerte por electrocución están en las ZEPAS, produciéndose el 48,33 % en un radio de 1.500 metros de distancia, lo que explicaría, en todo caso, la existencia de una franja de protección de 1,5 kilómetros alrededor de éstas, como se ha recogido en la norma objeto de Dictamen, pero no su extensión a todo el territorio regional. Tampoco ayuda a ello la observación realizada en este sentido por el informe del asesor facultativo de la Dirección General de Industria, Energía y Minas (de 10 de diciembre de 2007), acerca de que el impacto sobre la avifauna es de esencial importancia en determinadas áreas, no así en todo el territorio regional. En

consecuencia, debería justificarse la aplicación de determinadas prescripciones técnicas a todas las líneas de alta tensión de nueva creación, modificación o ampliación de las existentes en la Región de Murcia de tensión nominal superior a 1 KV, fuera de las áreas protegidas, como recomienda la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma.

También conviene aclarar, en relación con otra objeción señalada por el centro directivo preinformante sobre la omisión en el texto de las instalaciones de tensión nominal igual a 1 KV, que los técnicos informantes han señalado que dicha previsión contenida en el R.D. 1432/2008 contradice la reglamentación de alta tensión, justificando de este modo por qué se ha suprimido del texto.

## II. Prescripciones técnico-ambientales aplicables a las líneas eléctricas de alta tensión.

Por parte de las compañías eléctricas se han presentado alegaciones (--), que han cuestionado las prescripciones técnicas contenidas en el artículo 5 y Anexo I, sobre la base de que van más allá de lo establecido en la normativa estatal y que tendrán el efecto de encarecer la ejecución de líneas eléctricas sin que se haya previsto la retribución del sobrecoste, cuando se trata de una actividad regulada por la Administración. De forma particular, se discuten la idoneidad de algunas soluciones técnicas (folios 265, 266, 278 y ss.).

### 1. Alcance de las normas adicionales de protección de medio ambiente.

Ha de tenerse en cuenta que la legislación básica en materia de medio ambiente posee las características de normas mínimas de protección que permiten “normas adicionales” o un plus de protección. Es decir, la legislación básica del Estado no cumple en la competencia de medio ambiente una función de uniformidad relativa, sino más bien de ordenación mediante mínimos que han de ser respetados en todo caso, pero que pueden permitir que las Comunidades Autónomas, con competencias en la materia, establezcan niveles de protección más altos que no entrarían por sólo eso en contradicción con la normativa básica del estado. De forma que la protección concedida por la normativa estatal puede ser ampliada o mejorada por la normativa autonómica; lo que resulta constitucionalmente improcedente es que resulte disminuida o restringida aquélla (Sentencias del Tribunal Constitucional 170/1989, 19 de octubre, y 196/1996, de 28 de noviembre).

En su aplicación al presente caso, se ajusta plenamente a la doctrina expuesta la propuesta normativa de incrementar la protección respecto a la normativa básica (R.D. 1432/2008), así como la creación de una figura específica de protección como son “las instalaciones de alta peligrosidad para la avifauna” respecto a las existentes, que vendría a complementar (extendiéndola no sólo a

las zonas protegidas) el mandato de adaptación de las líneas aéreas de alta tensión existentes que provocan una contrastada mortalidad contenido en el Real Decreto citado (Disposición transitoria única, 3).

2. Introducción en la regulación proyectada de nuevas prescripciones técnicas tendentes a la protección medioambiental.

Las líneas eléctricas pueden presentar impacto sobre la avifauna, siendo los accidentes de dos tipos: la electrocución en los apoyos y la colisión con los cables. La electrocución, que tiene un impacto notable, está muy relacionada con las características electrónicas del apoyo, mientras que la colisión se puede producir contra un conductor de línea, sea de distribución o de transporte, o contra un cable de tierra. Se aportan datos concretos en el expediente sobre la mortalidad de las aves en la Región de Murcia.

Por parte de -- se sostiene, conforme a lo indicado anteriormente, que el Proyecto de Decreto establece unas prescripciones técnicas que van más allá de lo establecido en la normativa básica, si bien en ningún caso se alega que el presente desarrollo reglamentario contradiga, ignore, reduzca o limite la protección establecida en la legislación básica del Estado (STC 90/2000, de 30 de marzo). Téngase en cuenta, además, que otras Comunidades ya establecieron sus reglamentaciones técnicas con anterioridad (por ejemplo, el Decreto 34/2005, de 8 de febrero, de la Comunidad de Aragón, o el Decreto 178/2006, de 10 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía).

Pero la cuestión que ha de determinarse es si con tales prescripciones la Administración regional propone establecer divergencias irrazonables o desproporcionadas al fin perseguido (protección de la avifauna), respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio, afectando al reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38 CE), cuyo ejercicio los poderes públicos deben garantizar y proteger, siendo contraria a la unidad de mercado nacional que impone la misma Constitución (artículo 139.2), por imponer una carga excesiva y desproporcionada para las empresas.

Sin embargo, no resulta acreditada en el expediente la desproporción e irracionalidad de las prescripciones técnicas propuestas, en atención a:

1. Los informes técnicos de las Direcciones Generales competentes en materia de medio ambiente e industria y energía, cuya cualificación se presume en la materia, han analizado y

valorado las observaciones técnicas sobre las concretas medidas propuestas, en relación con las alegaciones de las compañías eléctricas.

2. Se advierte cierta flexibilidad en la exigencia de determinadas medidas, necesaria ante la evolución de los sistemas utilizados para la protección, a saber:

- En el artículo 5.2 se establece que la instalación de líneas subterráneas aéreas o subterráneas con cable aislado resulta la solución más adecuada desde la protección de la avifauna, si bien se permite la elección de otras soluciones técnicas siempre que se justifiquen en el Proyecto.

- En el artículo 5.3 se dispone, con carácter general, que las nuevas líneas no discurrirán por las zonas que figuran en el Anexo II (zonas protegidas), pero también se permite cuando se justifique la imposibilidad de un trazado alternativo.

- En el Anexo I, apartado 2, las distancias que se fijan pueden ser excepcionadas con el cumplimiento de determinados requisitos.

3. Tampoco se desprende tal desproporción o irracionalidad si se examina el texto alternativo del Proyecto que presentó la compañía -- (folios 282 y ss.), que mantiene en su mayoría la redacción del Proyecto de Decreto.

No obstante lo anterior, este Consejo Jurídico recomienda que se complete la Memoria justificativa con el examen de la compatibilidad de las prescripciones técnicas añadidas por este Proyecto (a las recogidas en el R.D. 1432/2008), en relación con el Real Decreto 223/2008, ya citado, por el que se aprueba el Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en líneas eléctricas de alta tensión y sus instrucciones técnicas complementarias ITC-LAT 01 a 09, normativa que ha sido posterior a los decretos autonómicos citados, en los que se ha basado la norma dictaminada.

También se sugiere, en relación con la evolución de los sistemas técnicos para la protección de la avifauna, y puesto que se establece en el artículo 9 del Proyecto de Decreto que las Consejerías y las compañías eléctricas promoverán estudios técnicos para la mejora de los sistemas técnicos, que se recoja una cláusula (podría ser a través de una Disposición adicional) que permita incorporar dichos resultados a las prescripciones técnicas aplicables.

Resta por analizar el alegato de las empresas eléctricas sobre los costes económicos desproporcionados que implican tales medidas, cuando se trata de una actividad que se encuentra económicamente regulada:

a) El ámbito material de aplicación del Proyecto son las instalaciones de nueva construcción, ampliación o modificación de las existentes, respetando el régimen jurídico de las autorizaciones ya otorgadas, salvo en el caso de las declaradas de alta peligrosidad, respecto a las que se han previsto los mecanismos de colaboración y financiación (artículo 7.6), que vienen a complementar lo dispuesto en la normativa básica estatal, que también se extiende a las existentes en las zonas de protección allí determinadas, de forma obligada respecto a las medidas de electrocución (artículo 3.2 R.D. 1432/2008).

b) En ningún caso, las empresas eléctricas que han presentado alegaciones han concretado económicamente las repercusiones de aplicar tales prescripciones técnicas añadidas por el Proyecto de Decreto, teniendo, no obstante, que recordar el principio comunitario de “quien contamina paga”, que obliga a las empresas a internalizar los costes ambientales. Tampoco han justificado en sus alegaciones las diferencias de costes en su aplicación respecto a otros decretos autonómicos ya aprobados y en vigor desde hace varios años.

#### **QUINTA.- Observaciones particulares y correcciones de técnica normativa.**

I. Al articulado y parte final.

-Artículo 5. Criterios de diseño de carácter general.

El apartado 5 establece, para las líneas que dejen de prestar servicio, que serán desmontadas en su totalidad por el titular de la instalación, previa autorización de cierre por el órgano competente en materia de industria y energía, con arreglo al procedimiento legalmente previsto, si bien recoge una excepción: dejarán de desmantelarse aquellos apoyos utilizados por especies protegidas que determine el órgano competente en materia de medio ambiente, aunque se suprimirán los cables y todos los elementos que supongan algún riesgo de accidente para las aves, añadiéndose que el titular podrá ceder la propiedad del apoyo al centro directivo competente en materia de medio ambiente.

Conforme al artículo 135 R.D. 1955/2000, al que se remite la Orden de 25 de abril de 2001, de la entonces Consejería de Tecnologías, Industria y Comercio, por la que se establecen procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica de tensión superior a 1 Kv, el

titular de la instalación que pretenda su cierre debe solicitar autorización ante el órgano competente de la Administración regional, acompañando un proyecto de cierre, que deberá contener una memoria, en la que se detallen las circunstancias técnicas, económicas, ambientales o de cualquier otro orden, por las que se pretende el cierre, así como los planos actualizados de la instalación a escala adecuada, acompañando un plan de desmantelamiento de la instalación, si el solicitante así lo pide. En todo caso, la autorización de cierre de la instalación podrá imponer a su titular la obligación de proceder a su desmantelamiento (artículo 138.2 del citado Real Decreto).

En este contexto se incardina el requisito ambiental para el desmantelamiento (eliminando incluso dicha posibilidad en determinados apoyos), sustentados en la protección de la avifauna, que debería incorporarse a la autorización de cierre, cuestión que no se especifica en el texto, al igual que se presume que dicho condicionante irá referido a las zonas de protección, en las que está previsto que se emite un informe por el centro directivo competente en materia de medio ambiente (artículo 6.2), y no en las restantes. No obstante, para evitar que tal medida, incluida la posibilidad de la consiguiente cesión de la propiedad del apoyo, pudiera producir perjuicios a los titulares, deberían enmarcarse en acuerdos a suscribir por el centro directivo competente, previo otorgamiento de un trámite de audiencia al titular, antes de la adopción de la resolución de autorización de cierre por la Dirección competente en materia de industria y energía.

Por último, aunque resulta innecesario reiterar las definiciones de la normativa básica, no obstante, mejoraría la comprensión del texto si se añadiera las definiciones de las líneas eléctricas de tercera categoría, de segunda categoría y especial, que son así citadas por el Proyecto.

-Artículo 6. Procedimiento de autorización y contenido de los proyectos.

Sobre la base de que el título VII del Real Decreto 1955/2000 no ostenta carácter básico para aquellos procedimientos administrativos en los que sean competentes las Comunidades Autónomas (Disposición final primera), el Proyecto contiene las peculiaridades procedimentales exigidas por la finalidad de la protección de la avifauna, introduciendo, de una parte, un informe preceptivo y vinculante de la Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad (debería suprimirse la denominación concreta del centro directivo) en el caso de las instalaciones que discurran por las zonas de protección contenidas en el Anexo II, cuando no estén sujetas al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, que habrá de evacuarse en el plazo de treinta días; por otra parte, se establece, con carácter general, que los proyectos de instalaciones deberán contener un apartado específico donde se aporte información, en formato digital, sobre adecuación de las prescripciones técnicas de esta norma, particularmente sobre los aspectos recogidos en el apartado 4, letras a), b), c), d), e), f), g) y h).

No se observa ningún inconveniente en la inserción del informe del centro directivo competente en materia de medio ambiente en los procedimientos de las instalaciones en las zonas

protegidas, modificando, en realidad, la Orden de 25 de abril de 2001 ya citada, en contra de la opinión expresada por la técnica superior del Servicio de Protección y Conservación (folios 191 y 192), que sostiene que no se modifica ninguna norma vigente, ni tampoco al carácter del informe respecto a dichas áreas (preceptivo y vinculante), en tanto una norma de carácter legal o reglamentario puede atribuir expresamente dicha naturaleza (STS, Sala 3ª, de 22 de octubre de 2010), a tenor de lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). En el caso de no emitirse en plazo, los efectos vienen establecidos en el artículo 83.3 LPAC.

Respecto a las exigencias dirigidas a los contenidos de los proyectos (apartado 4), la norma dictaminada desarrolla las previstas en el artículo 8 del RD. 1432/2008, aplicándola a los supuestos sujetos a su ámbito de aplicación, si bien cabe realizar las siguientes observaciones:

1. La exigencia de una escala de los planos aparece establecida en el artículo 8.2 del Real Decreto citado (se dice "al menos, 1:25.000"), por lo que la exigencia contenida en el Proyecto de una escala igual o superior a 1/10.000 no entraría en colisión con dicha determinación, siempre y cuando no se sobrepasara.

2. Sí parece excesiva la imposición de un formato concreto digital en el texto, en lugar de recogerse como opción, en atención a que la Administración debe elegir, en cuanto a los requisitos para el desarrollo de una actividad, las medidas que sean menos restrictivas (artículo 39 bis LPAC), sin que se hayan aportado en el expediente razones que motiven dicha necesidad.

-Artículo 7. Instalaciones de Alta Peligrosidad para la Avifauna.

No se concreta en el articulado a qué prescripciones técnicas del Proyecto deben adecuarse las instalaciones declaradas de alta peligrosidad para la avifauna, si a las generales o a las impuestas en las zonas de protección, puesto que el precepto analizado sólo hace referencia a la adopción de medidas correctoras, sin más, ni tampoco se desprende de los siguientes:

- El artículo 5 (criterios de diseño general) hace referencia a las instalaciones recogidas en el artículo 3.2, apartados a) y b), excluyendo precisamente a dichas instalaciones (apartado c).

- El artículo 7.5 establece que habrán de adecuarse, sin más, en el plazo de tres años, pero tampoco concreta a qué prescripciones técnicas.

- Las prescripciones técnicas del Anexo I van referidas a las previstas en el precitado artículo 3.2, a) y b), ya citadas, o a las ubicadas en las zonas de protección del Anexo II.

Por lo tanto, habrá de completarse la regulación en tal sentido.

En cuanto al plazo de adecuación de tres años, cabría plantearse si dicho plazo se ajustaría al fijado en el artículo 31.2 de la Ley 7/1995 (diez años), si bien este último viene referido, en concreto, a las instalaciones que atraviesen las Áreas de Protección de la Fauna Silvestre, cuando así lo consideren en los planes de gestión, lo que habrá de tenerse en cuenta en el caso de que pudiera concurrir dicha circunstancia. También habrá de tenerse en cuenta que cuando esa declaración recaiga sobre una línea incluida en el artículo 3.2 R.D. 1432/2008, los titulares deberán presentar en el plazo de un año, a partir de la resolución de la Administración regional, el proyecto de adaptación a las prescripciones técnicas, lo que no resulta incompatible, en principio, con el plazo de tres años para su adaptación.

- Artículo 10. Vigilancia y seguimiento de las instalaciones.

En el apartado 3 se establece que los titulares y responsables del mantenimiento de las instalaciones eléctricas deberán obligatoriamente poner en conocimiento de los agentes medioambientales o del SEPRONA la presencia de cualquier ave muerta o herida que se halle en las inmediaciones de la instalación.

A este respecto cabe señalar que el artículo 39.1 LPAC establece la obligación del deber de colaboración sólo en los casos previstos por una Ley (“los ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en los casos previstos en la Ley”), sin que se justifique o documente en el expediente la norma de rango legal que sustenta dicha obligación de las compañías eléctricas, fuera de la regulación del régimen sancionador, en el que sí se establece el deber de colaborar del infractor, o como circunstancia atenuante para la aplicación de la sanción. Esta exigencia legal del deber de colaboración se expresa, entre otras, en la Sentencia núm. 185/2007, de 28 de febrero, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia:

“Además, esa vinculación ha de hacer nacer por Ley, la obligación de facilitar la información. En este caso no se justifica que exista ese vínculo especial, ni que la Ley imponga el deber de aportar la información requerida”.

Por lo tanto, sin la previa habilitación legal, no puede imponerse obligatoriamente este deber de colaboración; distinto es que dicho deber de colaboración se incardine en los acuerdos o convenios previstos en la norma proyectada con las empresas eléctricas.

- Artículo 11. Régimen Sancionador.

Se establece que las disposiciones contenidas en el presente Decreto tienen el carácter de normas técnicas de seguridad industrial a los efectos de lo establecido en el Título X de la Ley

54/1997, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el Título VI de la Ley 42/2007, y en el Título V de la Ley 7/1995.

En relación con la redacción de este precepto convendría diferenciar, de una parte, los preceptos concretos en los que se apoya dicha caracterización de normas técnicas de seguridad industrial, como se ha hecho en otros decretos autonómicos, citando a este respecto, entre otros, el artículo 51 de la Ley 54/1997, que considera como tales las reglamentaciones que tienen por objeto la protección del medio ambiente, o el artículo 12 de la Ley 21/1992, de Industria, ya citada, que establece que las Comunidades Autónomas pueden establecer requisitos adicionales sobre las mismas materias cuando se trate de instalaciones radicadas en su territorio; de otra, la remisión al régimen sancionador aplicable en caso de incumplimiento, respecto a lo que tiene pleno acomodo las citas a los preceptos de las leyes anteriormente citadas.

- Disposición transitoria única. Adaptación de instalaciones.

En el caso de proyectos presentados ante la Administración y pendientes de aprobación en las zonas protegidas específicamente por el Proyecto de Decreto, se establece la necesidad de adaptación en el plazo de tres meses desde su entrada en vigor, siendo más garantista para los peticionarios de las líneas que la Administración les notifique la necesidad de dicha adaptación, en tanto se trata de un expediente que se encuentra en tramitación en el centro directivo correspondiente.

Del apartado 5, sobre medidas correctoras para atenuar el impacto paisajístico y otros impactos ambientales, parece desprenderse que sólo los proyectos de las zonas que figuran en el Anexo II deberán contar obligatoriamente con medidas para atenuar el impacto paisajístico. En tal sentido, debería ser aclarado el régimen de aplicación de tales medidas.

## II. Correcciones de técnica normativa.

- En la parte expositiva, párrafo sexto, la referencia a los artículos 36.3 y 40.3 de la Ley 54/1997 debería figurar entre paréntesis, pues así mejoraría su incardinación en la frase.

- Podría mejorarse la redacción del artículo 5.2.

- Debería suprimirse la coma delante de “utilizados” en el artículo 6.4,f).

- En el artículo 7.4 se debería suprimir la coma delante de BORM, que debería escribirse con las siglas completas en la primera cita, indicándose entre paréntesis la abreviatura para la siguiente referencia. También la remisión a los apartados a y b del punto anterior, se debería sustituir por los apartados 2, a) y b), puesto que entre ambos se encuentra el núm. 3.

- Debería suprimirse a lo largo del articulado la referencia concreta a las denominaciones de los centros directivos (por ejemplo, en los artículos 5.5, 6.2, 7.1. 8.1 y 10.1).

- En el Anexo I, el apartado 2,d), segundo párrafo, deberían suprimirse los dos puntos detrás de “serán”; también en el apartado 4, la primera referencia a las ZEPAS debería ir con la denominación completa, pudiendo utilizarse ya en siglas en el Anexo II.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- El Consejo de Gobierno ostenta competencias para aprobar el presente Proyecto de Decreto, habilitado para ello por la normativa básica estatal y la legislación regional, si bien las citas a los preceptos estatutarios que las sustentan habrán de ser completas en la parte expositiva (Consideración Segunda, apartado 3).

**SEGUNDA.**- En cuanto al procedimiento seguido, no consta el cumplimiento del trámite de información a la Comisión Europea por tratarse de una reglamentación técnica, o la justificación de su no procedencia, conforme a lo indicado en la Consideración Segunda.

**TERCERA.**- Se consideran observaciones de carácter esencial:

- La realizada sobre la necesidad de justificar la aplicación de determinadas prescripciones técnicas contenidas en el Proyecto a las líneas de alta tensión que discurran por el territorio de la Región de Murcia, fuera de las zonas de protección, por las razones indicadas en la Consideración Cuarta, I, penúltimo párrafo.

-La concreción del régimen de adaptación de las líneas declaradas de alta peligrosidad para la avifauna (Consideración Quinta, I, artículo 7).

- La imposición de un concreto formato digital en los contenidos de los proyectos (Consideración Quinta, I, artículo 6).

-La observación realizada sobre la obligación del deber de colaboración de las empresas eléctricas (Consideración Quinta, I, artículo 10).

**CUARTA**.- Las restantes observaciones contribuyen a la mejora e inserción del texto en el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 231-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	14/11/2011

**Extracto de doctrina**

Cuando las reclamaciones de los particulares se refieren a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por la prestación de servicios sanitarios, el requisito de que la actuación médica se haya ajustado o no a la lex artis ad hoc adquiere un singular relieve, debido a que si la actuación de los facultativos se acomodó y desarrolló con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia médica, si así queda probado en la instrucción del procedimiento, los resultados lesivos no podrán atribuirse a la Administración sanitaria,

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 23 de mayo de 2007, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud (SMS), por los daños padecidos como consecuencia de la tardanza en recibir atención médica tras acudir en su demanda al Centro de Salud de El Albuñón. Según la interesada los hechos se produjeron del siguiente modo:

- El día 8 de mayo de 2007, sobre las 9:30-9:45 horas, estando en su puesto de trabajo, comenzó a sentir un fuerte dolor de garganta y síntomas de asfixia, por lo que acudió al Centro de Salud de El Albuñón, en el que no fue atendida porque, según la administrativa del centro, sólo había un médico y tenía muchos pacientes que atender
- Ante esta situación avisó a su familia para que la recogieran y trasladaran a su Centro de Salud en Santo Ángel. Allí le administraron Urbasón y la remitieron al Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca" (HUVA).
- En el HUVA fue atendida por el servicio de otorrinolaringología, practicándosele una fibroscopia, siendo diagnosticada de edema de glotis, administrándosele corticoides, pero, al no mejorar, fue ingresada en la UCI donde se procedió a su intubamiento. En dicha unidad permaneció, con ventilación asistida, hasta el día 14 del mismo mes.

Considera la reclamante que se produjo un mal funcionamiento de los servicios sanitarios regionales al no serle prestada asistencia en el Centro de Salud de El Albuñón, lo que determinó un

agravamiento de sus dolencias, con peligro para su salud, por lo que solicita una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, aunque no fija cantidad alguna por dicho concepto.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y encomendada la instrucción del procedimiento al Servicio de Régimen Jurídico del SMS, por dicho órgano instructor se procede a:

a) Comunicar la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

b) Solicitar a los Directores Gerentes del HUVA y de la Gerencia de Atención Primaria, la remisión de las historias clínicas de la reclamante e informes de los profesionales que la asistieron.

c) Comunicar a la reclamante la información indicada por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

d) Comunicar a la Compañía Aseguradora del SMS la presentación de la reclamación.

**TERCERO.-** Recibidas las historias clínicas se incorporan al expediente, así como los informes que las acompañan, entre los que destaca, a los efectos que aquí nos ocupa, el emitido por el Coordinador del Centro de Salud de Pozo Estrecho, en el que se manifiesta lo siguiente:

*“Una vez hablado con la administrativa del Albuñón refiere no recordar nada de lo sucedido. Las personas que consultan por citas urgentes son atendidas en el CS de Pozo Estrecho y en sus periféricos en ese momento no existen órdenes de esperar a la llegada de ningún facultativo.*

*No existe historia clínica de esta paciente del Centro de Salud de Pozo Estrecho”.*

**CUARTO.-** La Compañía de Seguros envía a la instructora del procedimiento informe colegiado emitido por cuatro doctores especialistas en Medicina interna y en Cirugía, en el que, tras resumir los hechos y efectuar las consideraciones médicas que en el informe se recogen, concluyen del siguiente modo:

*“1. La falta de asistencia en el Centro de Salud Pozo Estrecho no ha tenido, sin lugar a dudas, ningún efecto negativo en la evolución del cuadro clínico de la paciente.*

2. La atención se demoró entre 20 y 30 minutos al realizarla en su centro, al que pudo y debió desplazarse desde un primer momento, sin que ello haya cambiado la evolución del proceso”.

**QUINTO.-** Solicitado informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, es emitido con fecha 15 de septiembre de 2010. En él el Inspector informante, tras realizar las consideraciones que estima oportunas, concluye afirmando lo siguiente:

*“1. Mujer de 25 años de edad en el momento de los hechos cuya responsabilidad reclama a la Administración que, sufriendo proceso respiratorio de varias horas de evolución, acude el 08/05/2007 a un Consultorio médico de Salud en demanda de asistencia sanitaria y que, al no recibirla inmediatamente, se traslada a otro Consultorio, desde el cual, tras una primera atención es remitida al servicio de urgencias hospitalario, donde es tratada y queda en observación, siendo posteriormente ingresada en UCI por falta de respuesta a la medicación corticoide y antihistamínica suministradas”.*

*2. Del estudio de la documentación médica obrante en el expediente queda acreditado que la persistencia y agravamiento del estado de la reclamante, y que motivó su posterior ingreso en UCI, se debió a su falta de respuesta al tratamiento farmacológico instaurado, no siendo atribuible a demora alguna atribuible al funcionamiento del Sistema Público de Salud”.*

**SEXTO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante y a la Compañía de Seguros, no hicieron uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

Seguidamente fue formulada propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos necesarios para la declaración de la responsabilidad patrimonial, al no haber acreditado la interesada una relación de causalidad entre la asistencia sanitaria recibida y los daños que alega haber sufrido.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 19 de enero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

La reclamante, al sufrir en su persona los perjuicios imputados a la actuación administrativa, consistente en la atención sanitaria recibida del sistema público de salud, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en cuanto titular del servicio sanitario a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño.

La reclamación se ha presentado en el plazo de prescripción de un año legalmente establecido en el 142.5 LPAC.

Por último, si bien es cierto que el artículo 12.2 RRP, señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, también lo es que para un correcto pronunciamiento sobre dichos extremos el Consejo Jurídico ha de valorar el resto de presupuestos que inciden sobre dicho instituto, incluido el examen del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir. Pues bien, aunque la tramitación ha respetado, en términos generales, lo que sobre este tipo de procedimientos se establece tanto en LPAC como en el RPP, se observa que la instructora debió instar a la reclamante para que concretara la cuantificación económica del daño, dando así cumplimiento a lo que, al respecto, se contiene en el segundo párrafo del artículo 6.1 RRP.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 de la Constitución Española: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, cuando las reclamaciones de los particulares se refieren a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por la prestación de servicios sanitarios, el requisito de que la actuación médica se haya ajustado o no a la *lex artis ad hoc* adquiere un singular relieve, debido a que si la actuación de los facultativos se acomodó y desarrolló con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia médica, si así queda probado en la instrucción del procedimiento, los resultados lesivos no podrán atribuirse a la Administración sanitaria, bien porque no pueda afirmarse que concurra aquel nexo causal, bien porque ni siquiera

pueda determinarse la existencia de una lesión indemnizable, debido a que los resultados lesivos normalmente serán consecuencia de la evolución de las propias enfermedades del paciente, aun a pesar del correcto funcionamiento de los servicios sanitarios. Y es que, tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados, obligación que, según STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994, puede condensarse en los siguientes deberes: 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación del médico se produzca por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y de los riesgos potenciales del mismo; 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que el abandono le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

Como se indicó en los Antecedentes, la reclamante no concreta la evaluación económica de la indemnización, aspecto que resulta obligado a tenor de lo establecido en el artículo 13.2 RRP que exige que la resolución de una reclamación de esta clase se pronuncie sobre la valoración del daño causado, en su caso (es decir, de existir éste y ser resarcible), y, en consecuencia, sobre la cuantía de la indemnización. Ahora bien, que la interesada no haya cuantificado la evaluación económica del daño eventualmente resarcible no obsta a un pronunciamiento sobre la eventual responsabilidad patrimonial y la indemnización en su caso procedente, siempre que se alegue la existencia de daños imputados al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, como así hace la interesada (agravamiento del cuadro clínico que presentaba con peligro para su vida), sin perjuicio de la valoración económica que de ellos pueda hacer la Administración en el caso de que los mismos se consideren resarcibles por concurrir los presupuestos legales del referido instituto jurídico.

Sentado lo anterior, procede examinar ahora si ha quedado acreditada la existencia de la necesaria relación de causalidad entre la actividad sanitaria y el daño, en virtud del cual se reclama. Para la reclamante, la causa del daño que dice haber sufrido radica en la falta de asistencia médica del Consultorio Médico de El Albuñón, lo que habría ocasionado un agravamiento de sus dolencias, llegando incluso a poner en peligro su vida.

La determinación en cada supuesto de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública.

Se debe analizar en primer lugar si efectivamente se negó a la paciente asistencia sanitaria en el Centro Médico de El Albuñón. A este respecto, el análisis de la documentación que obra en el expediente nos lleva a señalar que no ha quedado acreditado en el expediente que tal circunstancia se produjera. En efecto, la reclamante, a quien corresponde acreditar la veracidad de sus afirmaciones de conformidad con la regla de la distribución de la carga de la prueba contenida en el artículo 217 LEC, no ha desplegado actividad alguna en dicho sentido, en tanto que la Administración lo ha hecho de la única forma posible, es decir, mediante interrogatorio a la administrativa de dicho centro que afirma no recordar lo alegado por la paciente. Sin perjuicio de lo anterior, conviene traer a colación lo informado por la Inspección Médica respecto de la naturaleza del centro sanitario al que dice haber acudido la reclamante:

*“El consultorio de El Albuñón al que acude la paciente primeramente carece de Servicio de Urgencias, éstas se atienden en el Centro de Salud de Pozo Estrecho situado a 5 Km. de El Albuñón, donde podría haber acudido en vez de dirigirse hacia Santo Ángel.*

*El consultorio de Santo Ángel, adscrito al Centro de Salud de la Alberca que tampoco tiene servicio de urgencias, si bien allí se le administró Urbasón, se encuentra a unos 30-35 Kms. del Albuñón, y comparte casi la totalidad del recorrido con el Hospital Virgen de la Arrixaca, donde también pudo haber sido llevada directamente por los familiares si tan mal se encontraba”.*

De lo anterior se desprende que, además de no haber quedado acreditada la afirmación de la interesada, se constata que ésta tampoco acudió a un servicio de urgencias que, por otro lado, se encontraba ubicado tan sólo a 5 kms. de la localidad donde desarrollaba su actividad laboral, optando por desplazarse 30 kms. para dirigirse a otro consultorio en vez de hacerlo a un centro hospitalario (el HUVA) por cuya puerta prácticamente pasaron. De esta manera la tardanza en recibir asistencia sanitaria que, por otro lado, según se desprende de los datos de la reclamación, tan sólo fue de treinta minutos, resulta en gran medida imputable a la propia actuación de la paciente.

Por otra parte, incluso en el supuesto de admitir que la asistencia fuese tardía, tampoco puede afirmarse que la demora sufrida incidiera en un agravamiento de los síntomas que presentaba la reclamante. En efecto, según consta en la historia clínica de la paciente cuando ésta llega al HUVA presentaba una buena luz glótica, sin compromiso aéreo, pero, posteriormente, a pesar de haberle administrado corticoides, los síntomas empeoraron exigiendo intubación e ingreso en la UCI. Se constata, pues, que, tal como afirma el Inspector Médico en su informe, el ingreso en la UCI se produce por la *“persistencia de los síntomas y la no respuesta a la medicación corticoide y antihistamínica”* y no *“por demora alguna atribuible al funcionamiento del Sistema Público de Salud”*.

Ante este informe evacuado por quien tiene los conocimientos técnicos y científicos adecuados para ello, las manifestaciones vertidas por la interesada en su reclamación tendentes a establecer una relación directa entre la pretendida demora en la asistencia sanitaria recibida y la evolución del cuadro patológico que presentaba, carecen de eficacia enervante por constituir meras afirmaciones de parte no avaladas por dictamen médico alguno.

En consecuencia, a juicio del Consejo Jurídico no ha sido acreditado por la reclamante, sobre quien recae la carga de la prueba, ni resulta del expediente que se haya producido una violación de la *lex artis* médica en la prestación sanitaria desplegada por el sistema de salud regional.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 232-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

**Fecha** 14/11/2011

**Extracto de doctrina**

Es un funcionamiento anómalo del servicio público docente permitir en el patio del colegio la presencia de piedras de grandes dimensiones (informe del Director del centro obrante al folio 6), con el riesgo que ello supone, lo que ha llevado, en supuestos similares, tanto al Consejo de Estado (Dictámenes 2002/2001, 2636/2002, 1090/2003 y 49/2004, entre otros) como a este Órgano Consultivo (por todos, los Dictámenes a los que se hace referencia en el párrafo anterior), a concluir que el centro escolar ha de responder por los daños causados por sus alumnos mediante actuaciones propiciadas por dichas condiciones arquitectónicas.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El día 17 de febrero de 2011 tiene entrada en el Registro de la Consejería consultante escrito de x, en el que solicita una indemnización de 203,55 euros, por los daños sufridos en el vehículo de su propiedad, un Mercedes, matrícula --, como consecuencia del impacto en el capó y en la luna delantera del mismo, de una piedra procedente del Centro de Educación Infantil y Primaria (CEIP) Ramón y Cajal de Águilas (Murcia).

**SEGUNDO.-** Por la Dirección del Instituto se remite el expediente del citado siniestro, al que se acompaña la siguiente documentación:

- a) Fotocopia del DNI de la reclamante.
- b) Presupuesto de reparación del vehículo por el importe antes citado.
- c) Informe de la Dirección del Centro de 1 de diciembre de 2010, en el que se hace constar lo siguiente:

*"Varios alumnos en horario de comedor escolar tiraron una piedra de grandes dimensiones, intentando darle a una pelota que había quedado en un árbol, esta piedra salió fuera del Colegio, dándole a un coche, al que le ocasionó daños".*

**TERCERO.-** Admitida a trámite la reclamación y designado instructor mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, aquél dirigió escrito a la reclamante requiriéndole el envío de diversa documentación relativa al vehículo siniestrado, entre ellas fotocopia compulsada de la factura de reparación.

Asimismo se dirige al Director del CEIP solicitando informe sobre las circunstancias que rodearon al incidente.

**CUARTO.-** Con fecha 29 de marzo de 2011, el instructor dirige escrito al Parque Móvil Regional solicitando informe sobre la adecuación del importe del presupuesto presentado por la reclamante con los daños sufridos en el vehículo siniestrado.

El Jefe de Taller de dicho Parque cumplimenta el requerimiento, haciendo constar que la cantidad reclamada de 203,55 euros por los conceptos que se detallan en el presupuesto, se ajusta aproximadamente a los precios reales de mercado por la reparación de dichos conceptos.

**QUINTO.-** La interesada atiende el requerimiento aportando la documentación que se le había pedido, entre la que figura la siguiente:

- Copia de una factura por importe de 236 euros, correspondiente a la reparación del capó y pintura del automóvil siniestrado. También acompaña documentación relacionada con la sustitución de la luna delantera, aunque no solicita indemnización por este concepto debido a que el pago de dicho gasto lo ha satisfecho la compañía aseguradora del vehículo
- Ficha técnica del vehículo en el que aparece como propietario del mismo el marido de la reclamante, x.

**SEXTO.-** Con fecha 29 de abril de 2011 el Director del CEIP emite informe en el siguiente sentido:

*"Este centro está rodeado de un gran patio con zonas deportivas y otra zona compuesta de árboles que delimitan el centro de la avenida José Jiménez Ruano, muy transitada. En esta zona hay, debajo de los árboles, algunas piedras, tipo chinarro y otras un poco más grandes y pesadas.*

*El día 22 de noviembre de 2010, a las 15,50 horas, en el patio que rodea el centro se encontraban los alumnos de comedor, que habían terminado de comer y jugaban en el patio con*

*una pelota. En un momento del juego la pelota se quedó enganchada en una rama de los árboles que delimitan el recinto del colegio y que están situados junto a la valla que separa el patio de la calle, en ese momento tres alumnos: x, y, z se dirigieron a la zona para intentar recuperar la pelota, observado las monitoras que dos de los niños, x, y, estaban cogiendo piedras del suelo y tirándolas en dirección al balón para que cayera al suelo, ordenándoles que dejarán de tirar piedras, y así lo hicieron.*

*En ese momento estaban presentes en el patio del colegio las monitoras del comedor, y dentro del centro la encargada de comedor x. Cuando se abrieron las puertas del centro para que salieran los alumnos de comedor, pues ya eran las 16 horas, entró una señora, concretamente x, con una piedra en la mano, diciendo que había caído desde el patio del centro, unos minutos antes, golpeando en la luna delantera a su coche Mercedes, modelo C250(202), versión D. Elegance, matrícula --.*

*La encargada del comedor preguntó a las monitoras sobre lo que decía la señora, afirmando las monitoras que efectivamente 10 minutos antes habían regañado a tres alumnos por lanzar piedras, del mismo tipo de la que traía la señora, a un balón enganchado en la rama de uno de los árboles colindante con la avenida José Jiménez Ruano. Este árbol está situado a la misma altura de la avenida en la que la señora indicaba que le había golpeado la piedra.*

*La encargada de comedor intentó localizar a los alumnos que habían tirado las piedras para preguntarles, pero ya se habían marchado en el transporte escolar.*

*Al día siguiente localizó a estos tres alumnos, preguntándoles sobre el lanzamiento de las piedras, contestando los alumnos que sí, que habían tirado a piedras en esa zona para que cayera el balón, y que no sabían dónde habían caído las piedras, afirmando los niños que ellos no se habían dado cuenta que las piedras podían caer a la calle y golpear a alguna persona o cosa.*

*Se avisó a sus padres y se les citó para el día siguiente en la Secretaría del Centro a una reunión con la Jefa de estudios. Los padres acudieron puntuales a la cita, en ella fueron informados de lo sucedido y se les comunicó la intención del centro de aplicar la normativa del RRI (comedor escolar), manifestando los padres que eran niños muy pequeños, (son alumnos de tercero de primaria) y que no querían causar daño a nada ni a nadie y que tampoco tenían ni edad ni madurez para comprender el posible alcance de sus actos. Finalmente se llegó al acuerdo de concienciar a las familias y a los alumnos de prestar servicios en beneficio de la comunidad escolar”.*

**SÉPTIMO.-** Con fecha 6 de mayo de 2011, el instructor confiere trámite de audiencia a la reclamante, al tiempo que le indica que al corresponder la titularidad del vehículo siniestrado a su marido, x, deberá aportar apoderamiento que la legitime para el inicio del procedimiento de reclamación por responsabilidad patrimonial. El requerimiento es cumplimentado por la interesada que adjunta escrito del x autorizando a su esposa para efectuar la reclamación por los daños sufridos en el automóvil de su propiedad.

**OCTAVO.-** Seguidamente el instructor formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial por considerar que existe nexo causal entre el funcionamiento del CEIP y el daño ocasionado en el vehículo del reclamante, por un importe de 236 euros importe de la reparación de aquéllos, de acuerdo con la factura que se acompaña.

**NOVENO.-** Mediante oficio registrado el 23 de mayo de 2011, el Consejero de Educación, Formación y Empleo solicita de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente, extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Tramitación.**

Si bien es cierto que el artículo 12.2 RRP señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, también lo es que para un correcto

pronunciamiento sobre dichos extremos el Consejo Jurídico ha de valorar el resto de presupuestos que inciden sobre dicha institución, incluido el examen del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir.

La legitimación activa corresponde, cuando de daños materiales en las cosas se trata, en quien ostenta su propiedad, dado que éste será el que sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. En definitiva, la legitimación para actuar deriva de la condición de perjudicado que, en el caso que nos ocupa, reside tanto en x, propietario del vehículo, como en su esposa, x, que hizo efectivo, como se acredita con la factura que obra incorporada al expediente, el gasto de la reparación de los daños sufridos, circunstancias que han quedado debidamente acreditadas en la tramitación del procedimiento.

En lo que atañe a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería consultante la competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el CEIP en el que ocurrió el siniestro.

Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en los sucesivos LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

Por lo que se refiere al procedimiento, en términos generales se ha cumplido lo establecido en el RRP.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Centrándonos en el expediente objeto de Dictamen, hemos de recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1998, que tan reiteradamente ha sido invocada por este Órgano Consultivo, mediante la que el Alto Tribunal señala que “durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”. En el supuesto examinado puede afirmarse que ese grado de diligencia no fue observado en la medida adecuada para evitar los daños que pueden producirse a los miembros de la comunidad escolar o a terceros, como consecuencia de la conducta normalmente imprevisible e imprudente de los alumnos confiados a su cuidado. En el presente caso los daños se han producido a un tercero ajeno al servicio público educativo, por los que la Administración tiene el deber de responder en los términos que reiteradamente se ha señalado tanto por el Consejo de Estado (Dictamen 1.470/1999, de 27 de mayo) como por este Consejo Jurídico (entre otros, Dictámenes 106/2001 y 207/2002).

Del análisis de la documentación obrante en el expediente resulta acreditado que el siniestro se produjo como consecuencia de que unos alumnos lanzasen, mientras jugaban en el patio en horario de recreo, unas piedras con la intención de descolgar un balón que se había quedado enganchado en un árbol, pero que acabaron impactando sobre el vehículo propiedad del esposo de la reclamante; esta circunstancia evidencia para este Consejo Jurídico la existencia de un funcionamiento anómalo del servicio público docente, al permitir en el patio del colegio la presencia de piedras de grandes dimensiones (informe del Director del centro obrante al folio 6), con el riesgo que ello supone, lo que ha llevado, en supuestos similares, tanto al Consejo de Estado (Dictámenes 2002/2001, 2636/2002, 1090/2003 y 49/2004, entre otros) como a este Órgano Consultivo (por todos, los Dictámenes a los que se hace referencia en el párrafo anterior), a concluir que el centro escolar ha de responder por los daños causados por sus alumnos mediante actuaciones propiciadas por dichas condiciones arquitectónicas.

Finalmente, en lo que al *quantum* indemnizatorio se refiere, si bien es cierto que la cuantía solicitada como indemnización que fue conformada por el Parque Móvil fue la que se hacía constar en el presupuesto que se acompañaba a la reclamación, por importe de 203,35 euros, no parece que la pequeña diferencia existente entre aquella cantidad y la finalmente acreditada mediante la incorporación al expediente de la factura abonada por la reclamante (236 euros), desvirtúe aquel informe que mostraba su conformidad tanto a los conceptos como a su valoración; por ello este Consejo Jurídico comparte la apreciación vertida por el instructor en la propuesta de resolución sobre la pertinencia de abonar a la reclamante la cantidad de 236 euros, más las actualizaciones que legalmente correspondan.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en cuanto estima la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial, al ser imputables al funcionamiento del servicio público docente los daños materiales producidos en el vehículo, que han de valorarse por el importe reclamado.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 233-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 14/11/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.

- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada al afectado x según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrado por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dió traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que*

*demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que *“efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 35 años*

*Antecedentes personales: No alergias. No hábitos tóxicos. No factores de riesgo cardiovascular. Trombopenia en la infancia (no informes). No cirugía previa.*

*Enfermedad oncológica:*

*Diagnóstico: Osteosarcoma osteoblástico extraóseo, grado 3, del vasto lateral del muslo derecho.*

*Estadio: T2 Nx M0 G3.*

*Fecha del diagnóstico: Febrero-2007.*

*Tratamiento de la neoplasia: Exéresis-biopsia, con borde afecto, en Febrero-07. Tras ser remitido a nuestro Servicio, se decide quimioterapia con adriamicina y cisplatino (75 mg/m<sup>2</sup> y 100 mg/m<sup>2</sup> iv /21 días). Se administró primer ciclo el día 16/3/07. Tras el inicio de la quimioterapia, en probable relación con los antieméticos, presentó fibrilación auricular con respuesta ventricular rápida y alteraciones de la repolarización, sin elevación de enzimas y con estudio cardiológico posterior (ecocardiograma, Holter) normal. Dado que el cuadro se había considerado compatible con cardiotoxicidad se modificó el esquema a cisplatino+adriamicina en infusión continua (con ingreso hospitalario y monitorización continua).*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de cisplatino:*

*Situación en el momento de la administración del tratamiento: Buena situación general (ECOG 0).*

*Fecha de administración: 20/3/2007*

*Dosis total prescrita: 195 mg ív*

*Toxicidad aguda (máxima):*

- Digestivo: Náuseas y vómitos grado 3 retardados. Mucositis grado 2.*
- Mielotoxicidad: Neutropenia grado 4 (nadir: 1100 leucocitos, con 100 S), con fiebre neutropénica que requirió ingreso. Trombopenia grado 4 (nadir: 12.000 plaquetas) que requirió transfusión de plaquetas.*
- Ototoxicidad: Acúfeno grado 2, no limitante, con disminución de la audición grado 2 (no dispongo de audiometría).*
- Nefrotoxicidad: Grado 2, con insuficiencia renal aguda (Creatinina máxima de 2.3 mg/dL), resuelta posteriormente.*
- Neurotoxicidad: no*
- Otras toxicidades: toxicidad hepática grado 2 (ALT máxima: 177 ui/L), resuelta tres semanas después.*

*Ingreso hospitalario: sí*

- Fechas: 29/3 al 8/4/2007*
- Diagnósticos: Insuficiencia renal moderada por cisplatino y deshidratación. Emesis retardada grado 3. Hepatotoxicidad grado 2. Mucositis grado 2. Neutropenia febril (neutropenia grado 4) sin aislamientos microbiológicos.*
- Complicaciones sobreañadidas: Fiebre. Necesidad de transfusión de plaquetas.*

*Evolución posterior y situación actual:*

*Evolución de la neoplasia: Tras recuperación de la toxicidad del tratamiento, el paciente fue reintervenido mediante exéresis tumoral con extirpación de cicatriz previa y de parte del vasto externo del cuádriceps derecho; el informe AP no mostró tumor residual. Tras la cirugía se reinició quimioterapia adyuvante con el mismo esquema (cisplatino-adriamicina), pero con fraccionamiento del cisplatino para evitar toxicidad adicional y con la adriamicina en infusión continua también fraccionada (cinco ciclos entre el 25/5/07 y el 20/8/07). Como complicaciones presentó nuevos episodios de taquicardia supraventricular, fiebre neutropénica (ingreso en Julio-07), anemia grado 3 que precisó transfusión de hematíes, trombopenia grado 4 que precisó transfusión de plaquetas, mucositis grado 3, alopecia grado 3, neurotoxicidad periférica grado 2. Posteriormente, radioterapia entre Septiembre y Octubre-07, sin complicaciones. En el seguimiento posterior, no evidencia de recaída (última revisión en Abril-08).*

*Toxicidad crónica o residual:*

- *Ototoxicidad: acúfeno grado 2 persistente, aunque no limitante; pérdida de audición grado 2, no.*
- *Nefrotoxicidad: no (Creatinina: 1.23 mg/dL el 21/2/08).*
- *Neurotoxicidad: neurotoxicidad grado 2, con polineuropatía sensitiva (parestias, hipoestesia) distal en pies y manos.*
- *Otras toxicidades: no*

*Situación actual: Vivo, sin enfermedad, con buen estado general.*

*Juicio diagnóstico:*

- *Osteosarcoma osteoblástico extraóseo (vasto externo del muslo derecho) tratado con cirugía, quimioterapia y radioterapia, sin evidencia actual de enfermedad neoplásica.*
- *Toxicidad por cisplatino residual: ototoxicidad grado 2 y neurotoxicidad grado 2”.*

En la nota 2 del informe se hace referencia a que la valoración de la ototoxicidad se ha hecho con los datos disponibles en el Servicio, si bien es posible que existan datos adicionales en el Servicio de Otorrinolaringología.

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cistaplino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si

bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal del paciente por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 4 de diciembre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, de 20 de octubre de 2009, de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presenta el paciente con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que en este caso los ciclos suministrados los días 16 y 20 de marzo de 2007 coinciden con el periodo en el que se utilizó la doble concentración, si bien no hay seguridad de sobredosis en el suministro de Cisplatino del día 20 de marzo. También que los pacientes pueden tener efectos

adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de este paciente presentó como toxicidad aguda:

*“- La toxicidad digestiva se resolvió sin problemas.*

- La neurotoxicidad se resolvió.*
- La toxicidad hematológica no ocasionó complicaciones.*
- La ototoxicidad: acúfenos grado 2, caída brusca de frecuencias a partir de 2000 Hz (audiometría 8/5/07)”.*

También expone que presentó como toxicidad residual Ototoxicidad (acúfeno grado 2 persistente aunque no limitante y pérdida auditiva grado 2, según audiometría de 11 de marzo de 2008) y Neurotoxicidad grado 2 con polineuropatía sensitiva (parestesias e hipoestesia) distal en pie y manos.

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo trascurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que valoró el daño causado en la cuantía de 8.993,57 euros.

Dicho importe se desglosa valorando un periodo de incapacidad temporal, que asciende a 1.677, 22 euros, por 11 días de hospitalización (a razón 61,97 euros/día), 9 días improductivos (a razón de 50,35 euros/día) y 20 días no improductivos (a razón de 27,12 euros/día), y un periodo de incapacidad permanente que asciende a 9.707,04 euros, por las siguientes secuelas: pérdida de agudeza auditiva (valorada en cuatro puntos), acúfenos (valorado en tres puntos), parestesia en miembros superiores (valorada en tres puntos) y parestesia en miembros inferiores (valorada en dos puntos), lo que suman un total de doce puntos, a razón de 808,92 euros/punto, sin que se valore ningún factor de corrección, al no tenerse constancia de que estuviera en situación de aplicarse. El importe así obtenido se aminorar en un 21% (2.390,69 euros) por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino.

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cisplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, el paciente presenta un escrito de 11 de febrero de 2011, al que acompaña dos informes médicos de pruebas realizadas (electromiografía y neurología) para que fueran valorados antes de adoptar la resolución definitiva (folio 637).

**DUODÉCIMO.-** Remitido el escrito de alegaciones a la División Médica de la Correduría de Seguros, --, ésta realiza una ampliación del dictamen, en el que puntualiza lo siguiente, en relación a la documentación clínica incorporada por el paciente: que el informe neurológico aportado no añade ninguna nueva patología o secuela del afectado a las ya diagnosticadas anteriormente; que el informe electromiográfico confirma la existencia de una polineuropatía sensitiva, que afecta

preferentemente a extremidades inferiores, y en menor medida a las superiores. Concluye que si se considerara como fecha de valoración de estas secuelas la de estos últimos informes, habría que rectificar los puntos otorgados por cada una de ellas en el dictamen anterior, valorando la primera en dos puntos, y la segunda en tres puntos, aunque no obstante el daño neurológico se seguiría valorando en cinco puntos, por lo que no se modificaría el importe total a percibir por el afectado.

**DECIMOTERCERO.-** Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**DECIMOCUARTO.-** Con posterioridad a la emisión del informe complementario por la correduría de seguros, se otorgó un nuevo trámite de audiencia a los interesados, sin que conste que hayan presentado alegaciones.

**DECIMOQUINTO.-** La propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (5.995,71 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (2.997,85 euros), más los intereses legales correspondientes, si bien atribuye la responsabilidad subsidiaria de la Administración respecto a la cuantía a abonar al paciente por el citado Laboratorio.

**DECIMOSEXTO.-** Con fecha 18 de abril de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que el paciente recibió ciclo de quimioterapia con Cisplatino en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cisplatino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de sistemas de utilización a prueba de errores.

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un error de medicación, al suministrar a 25 pacientes afectados de procesos oncológicos una dosis doble a la pauta de del principio activo Cisplatino.

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica, en su informe de 24 de noviembre de 2009:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso "registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos".

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase

coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra

enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación, etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el informe de 4 de diciembre de 2009 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a pruebas de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

**QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

I. Relación de causalidad.

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño,*

*quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”.*

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”* (informe de 4 de diciembre de 2009). También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección *“en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%”* (informe de 20 de octubre de 2009). De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que

envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de

2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, si no imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como

consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro, que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la

extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento. Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

### III. Responsabilidad directa de la Administración.

Por último, debe suprimirse de la propuesta de resolución la referencia a la responsabilidad subsidiaria de la Administración regional respecto al pago de la cuota correspondiente al Laboratorio Farmacéutico, en tanto la responsabilidad de aquélla es directa, como ha reconocido este Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 2/2000, 9, 20, 31 y 32, todos de 2002, y 177/2006, en la interpretación sistemática del artículo 97 TRLCAP.

En el presente caso, ante el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial por la Administración, ésta debe resolver respondiendo directamente de los daños ante el afectado, sin perjuicio de la acción de regreso que deba ejercitar contra la contratista a fin de atribuirle la cuota de responsabilidad que le pudiera corresponder por los hechos. A este respecto el Consejo de Estado ha declarado que los particulares no tienen el deber de soportar la incertidumbre jurídica de

la última imputación del daño (Dictámenes de 18 de junio de 1970, 21 de julio de 1994 y 28 de enero de 1999). En este mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo al afirmar que la naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad de la Administración impide a ésta desplazar la misma al contratista, sin perjuicio de la acción de repetición de aquella contra éste (entre otras, Sentencias de la Sala 3ª, de 19 de mayo de 1987 y de 23 de febrero de 1995).

#### **SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 8.993,57 euros al afectado, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Por parte del afectado se aportaron posteriores pruebas médicas, que no alteran la cantidad fijada como indemnización por el perito de la correduría de seguros, según la propuesta de resolución elevada, sin que se hayan presentado nuevas alegaciones en el segundo trámite de audiencia otorgado.

Encontrándose justificada la cuantía indemnizatoria fijada por el órgano instructor, salvo la aplicación del coeficiente reductor del 21% por la toxicidad intrínseca del Cisplatino, este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a lo señalado anteriormente sobre la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente al afectado, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA**.- No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad y la supresión de la mención a la responsabilidad subsidiaria (Consideración Quinta).

**TERCERA**.- La cuantía indemnizatoria se considera justificada, salvo la observación realizada en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 234-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 14/11/2011

**Extracto de doctrina**

Procede que por el órgano instructor se recabe de la Inspección Médica un nuevo informe en el que se pronuncie acerca de la adecuación de la actuación del cirujano a la “lex artis” y el carácter evitable o no de la lesión vascular producida, analizando si una correcta praxis médica exigía la adopción de medidas precautorias adicionales.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 17 de octubre de 2007, x, y sus hijos x, y, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial en solicitud de una indemnización por los daños sufridos por su esposa y madre, x, a consecuencia de la asistencia sanitaria que se le dispensó en el Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca”, de Murcia.

Según los reclamantes, la paciente falleció en el citado Hospital el 22 de diciembre de 2006, tras permanecer ingresada desde el 25 de octubre de ese año, para ser intervenida de un rescate y sustitución de prótesis de cadera, que llevaba colocada desde hacía tiempo. En el trascurso de la operación el cirujano lesionó con una broca el plexo venoso sacro, ocasionándole una grave hemorragia, que sólo pudo ser controlada tras diez horas de quirófano y numerosas transfusiones de hemoderivados, con la intervención del Servicio de Cirugía Cardiovascular.

Para los reclamantes, el fallecimiento fue debido a una negligencia médica que produjo una grave hemorragia y desencadenó una serie de complicaciones de tipo pulmonar, renal, vascular y metabólico, que condujeron a la enferma a una situación clínica irreversible que conllevó el fallecimiento.

Afirman que la complicación surgida no es un riesgo normal en una intervención de prótesis de cadera, máxime cuando, tal y como indicó el Servicio de Anestesiología del Hospital, la paciente no padecía factores de riesgo que pudieran ocasionarla. Y, de hecho, los riesgos en la intervención de reemplazo de prótesis de cadera eran bastante bajos, (en concreto de un 1,7%, según el

informe pericial aportado), de los que el de infección de la herida operatoria era la complicación de mayor porcentaje.

Los reclamantes solicitan una indemnización total de 177.774 euros, más los intereses legales correspondientes, acudiendo para la valoración del daño al Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en su actualización operada por Resolución de 7 de enero de 2007, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Como elemento destacable para la valoración del daño, se alega que tanto el esposo como una de las hijas de la fallecida son discapacitados que recibían asistencia de la finada.

Proponen los interesados la prueba siguiente:

- Documental, tanto la aportada con el escrito de reclamación (documentación acreditativa de la legitimación de los reclamantes y de la condición de minusvalía de dos de ellos, y parte de la historia clínica de la paciente) como el historial clínico completo e informe del Banco de Sangre del Hospital, cuya aportación al expediente se solicita expresamente a la Administración.

- Testifical, de los facultativos y demás ayudantes que colaboraron en la intervención practicada, así como de los facultativos del Servicio de Cirugía Cardiovascular y del Servicio de Anestesia, que también participaron. Asimismo, se solicita que se tome declaración al autor del informe pericial adjuntado con la reclamación.

- Pericial, consistente en el informe valorativo de la asistencia prestada a la paciente, ya aportado junto a la reclamación. En dicho informe, se destaca que:

a) En el momento de afrontar la intervención, la paciente no padecía enfermedad sistémica grave y así fue valorada por el Servicio de Anestesiología al asignarle una valoración de riesgo ASA II, que descartaba la existencia de riesgos previos sobreañadidos a los propios de la intervención.

b) En el transcurso de la intervención "*sobrevino un accidente*" cuando al utilizar una broca se produce daño vascular en el plexo venoso sacro, originando un sangrado grave que exige la intervención de cirujanos cardiovasculares y abundantes transfusiones, lo que determina un shock hemorrágico y, quizás también, el síndrome de distress respiratorio. Se relata toda la evolución de la paciente hasta el fallecimiento y se destaca que los facultativos hacen constar en la historia clínica que la causa primera del cuadro clínico es la hemorragia sufrida durante la intervención.

Coincide con ellos el perito de los reclamantes, para quien *“la causa desencadenante fue la grave hemorragia que sufrió la paciente en el transcurso de la intervención”*.

c) Señala el perito que en las intervenciones de reemplazo de prótesis de cadera, los problemas que se dan con más frecuencia son la infección, el sangrado, la luxación, la trombosis venosa profunda y otros como lesiones arteriales o nerviosas. Surgen complicaciones en un 21% de los casos, con una mortalidad del 1,7%. La hemorragia, el colapso vascular y alteraciones hemodinámicas suponen el 0,4% de las complicaciones.

**SEGUNDO.-** Por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud se dicta resolución de admisión a trámite, que es notificada a las partes interesadas, a la aseguradora de la Administración, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la Dirección de los Servicios Jurídicos.

Del mismo modo, se solicita al Hospital copia de la historia clínica de la paciente, e informes de los facultativos que la atendieron.

**TERCERO.-** Remitida por el Hospital la documentación solicitada, consta en ella informe del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica, evacuado por el cirujano que realizó la intervención de recambio de prótesis de cadera.

Se informa que la paciente, de 77 años de edad, acude a consulta por dolor en cadera. Con el diagnóstico de *“aflojamiento aséptico protésico con protrusión intrapélvica del elemento acetabular”*, se informa a la paciente de las posibilidades de tratamiento (reducidas al recambio de prótesis) y del riesgo de protrusión acetabular hacia la pelvis si no se operaba. Programada para ser operada, la paciente no acude, pero al no poder soportar el dolor que la patología le ocasionaba decide intervenir, lo que se lleva a cabo el 26 de octubre de 2006.

El informe describe la operación en los siguientes términos:

*“Se le realiza extracción de su prótesis antigua, sin ninguna incidencia, y se implanta nueva prótesis que, en el momento de finalizarla, con ocasión de colocar el último tornillo de fijación al hueso, se le provoca por acción de la broca una herida venosa en un plexo venoso, que no se puede ver desde la zona de implantación. Se produce grave hemorragia. Con compresión se logra que ceda la hemorragia, pero no (sic) por lo que se avisa al Servicio de Cirugía Cardiovascular, el cual por una vía anterior, accede a dicho plexo venoso sacro, procediendo a su coagulación tras intensas horas de cirugía, ya que la debilidad vascular que presentaba y la especial configuración*

*del plexo lo impedían, estando la enferma en colapso circulatorio general global que fue tratado con éxito por el Servicio de Anestesia (la intervención duró 10 horas).*

*Pasó a reanimación con el diagnóstico de shock hemorrágico. En reanimación superó postoperatorio inmediato. Dicho postoperatorio debido a la consecuencia del shock hemorrágico y del tiempo de las cirugías se desarrolló con multitud de complicaciones: infecciones, luxaciones, derrame pleural, úlceras de decúbito.*

*Fue tratada por Geriátría y Medicina Interna en planta y vista su evolución por Traumatología, Cirugía Plástica y CCV, así como Cirugía Digestiva (probable neoplasia de recto) y Nutrición. Al principio evolucionó favorablemente dentro de su gravedad, pero desde el 14 de diciembre de 2006, su estado general fue deteriorándose, informando a la familia del mal pronóstico el cual produjo éxitus el día 22 de diciembre de 2006”.*

En otro informe posterior del mismo facultativo, de fecha 22 de febrero de 2008, señala que *“todo lo que relatan los reclamantes es cierto, cuando se estaba a punto de terminar la cirugía, en el último tornillo a colocar con una broca se produjo una hemorragia por lesión del plexo venoso, que conocemos donde está, pero que no lo vemos y no sabemos si es más grande o más pequeño, si es más frágil o no. Aparte de esto, la especial posición que precisaba el implante protésico puede hacer variar el sitio de colocación del tornillo. Esto es lo que pasó, pero no por negligencia, porque sabemos lo que hacemos y sabemos lo que necesita el enfermo. Es un gesto habitual en nuestros implantes, de los cuales he realizado los que ni puedo recordar y siempre hago lo mismo, lo hago, lo he hecho y lo sigo haciendo. Y no ha pasado nunca nada más que con este caso desgraciadamente que concluyó con el exitus de la paciente”.* Finaliza su informe negando que cometiera negligencia alguna y calificando lo sucedido de accidente preoperatorio (sic) que fue informado en el oportuno documento de consentimiento.

**CUARTO.-** Constan asimismo los siguientes informes:

- El del Servicio de Cirugía Cardiovascular, que se expresa como sigue:

*“En referencia a la complicación quirúrgica ocurrida, en la cirugía de recambio de prótesis de cadera, como consecuencia de la debilidad del hueso en este tipo de intervenciones de rescate, se nos avisa, de forma urgente, para atender sangrado en sábana de apariencia venosa. Tras control parcial con hemostasia compresiva, se hace necesario el cambio de posición de la paciente, para abordaje retro-peritoneal desde la cara anterior del abdomen, lo cual se realiza avisando a otro compañero y así, mientras se realizaba compresión en la zona de sangrado, se disecaba el*

*acceso a dicha zona por vía anterior. Se encontró sangrado del plexo venoso sacro, se exploraron arteria y vena iliaca principal sin encontrar lesión en ellas, y se realizó hemostasia compresiva dada la debilidad de la zona. Tras conseguir control de la hemorragia terminaron nuestros servicios requeridos”.*

- El del Servicio de Hematología, que concretó los hemoderivados que se transfundieron a la paciente durante la intervención:

*“C. de hematíes: 43 Unidades. Plasma fresco congelado: 18 Unidades. Concentrado de plaquetas: 20 Unidades. Crioprecipitados: 20 Unidades”.*

**QUINTO.-** Por la instrucción se admite la prueba documental aportada con el escrito de reclamación y la consistente en petición de la historia clínica; sin embargo se rechaza por innecesaria la de petición de informe al banco de sangre del Hospital sobre las sustancias con que se realizaron las transfusiones, al no cuestionarse el hecho de la importante hemorragia que sufrió durante la intervención, que quedaba suficientemente acreditada en el expediente.

Respecto a la prueba pericial, se admite el informe aportado junto a la reclamación, que queda incorporado al expediente. Por el contrario, se rechaza la prueba testifical, por innecesaria, toda vez que el órgano instructor ya había solicitado, a los propuestos como testigos, la emisión de los informes facultativos. Del mismo modo, también se considera innecesaria la declaración testifical del perito de los reclamantes, al haberse admitido como prueba pericial el dictamen por él emitido.

**SEXTO.-** Por la aseguradora del Servicio Murciano de Salud se aporta informe pericial emitido por tres especialistas, dos de ellos en Traumatología y un tercero en Cirugía Plástica y Reparadora, que alcanzan las siguientes conclusiones:

*“1. x fue operada de la cadera derecha donde existía una PTC movilizada para ser recambiada por un nuevo implante.*

*2. En la cirugía presentó una complicación por una lesión accidental de un plexo venoso intrapélvico que originó una hemorragia y posterior hematoma retroperitoneal. Precisó transfusión masiva con hematíes, crioprecipitados, plaquetas, plasma, gelofundina y volumen, consiguiendo controlar hemorragia.*

3. *Pasó a Reanimación con inestabilidad hemodinámica y SDRA que evolucionaron a la estabilización, consiguiendo mantener hematocrito estable con límites bajos de la normalidad, pudo ser extubada y fue trasladada a planta, encontrándose hemodinámica estable y el SDRA controlado.*

4. *Presentó disproteinemia con anasarca, ascitis y derrame pleural bilateral. Infección de herida quirúrgica. Fue tratada por Medicina Interna, Infecciosas, Geriátrica, Traumatología, Cirugía Plástica y Vascular, así como Digestivo.*

5. *La enferma presentó un fracaso multiorgánico, posiblemente en relación con el desequilibrio provocado por la hemorragia quirúrgica que desequilibró la polipatología de la que era portadora, falleciendo el 22-12-06.*

6. *En la revisión y estudio de la historia clínica, no se ha encontrado ninguna causa de mala praxis. La lesión vascular es una complicación previsible, poco frecuente y no evitable. Esta complicación originó un cuadro de alteraciones multiorgánicas que contribuyeron a desequilibrar la patología de la que la paciente era portadora. Se ha actuado según lex artis ad hoc”.*

**SÉPTIMO.-** Recabado el preceptivo informe del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica), se emite el 24 de septiembre de 2010. Tras resumir la historia clínica, se informa que la intervención se inició sin problemas en esta ocasión, aunque fue larga y agresiva, saliendo la paciente muy deteriorada del quirófano. Su debilidad constitucional y las agresiones del entorno propiciaron el asentamiento de infecciones nosocomiales, que impidieron que remontara la situación basal a pesar de los cuidados posteriores. La conclusión final del informe es que *“no queda suficientemente documentada la previsión de complicaciones en cirugía de sustitución de prótesis de cadera con hemorragia fortuita”*.

**OCTAVO.-** El 24 de noviembre, el órgano instructor solicita a la Dirección del Hospital ser informado sobre los siguientes extremos:

- Protocolo de actuación en intervenciones como la practicada (recambio de prótesis de cadera), respecto a reserva de sangre, a fin de prever posibles complicaciones que pudieran surgir durante la intervención.

- Protocolo de actuación en cuanto a la retirada de antiagregantes y antiplaquetarios, para intervenciones quirúrgicas de alto riesgo.

Contesta el Jefe de Servicio de Traumatología en los siguientes términos:

*“Adjunto protocolo de petición de sangre, donde se especifica la intervención a realizar, cuándo se va a utilizar, y qué cantidad se reserva. Habitualmente se piden 3-4 unidades de concentrado. Respecto a protocolo de utilización de antiagregantes, previamente a la cirugía se suspende la medicación anticoagulante y se sustituye por heparina de bajo peso, continuando posteriormente a la cirugía. Si no toma anticoagulantes se comienza con heparina de bajo peso tras cirugía”.*

Solicitada aclaración al citado Servicio sobre determinados extremos de su informe, contesta que *“el protocolo de reserva de sangre estaba en vigor ya en 2006, y en el caso que nos ocupa se siguió correctamente. Igualmente se siguió correctamente el protocolo de retirada de antiagregantes con paso a heparina de bajo peso molecular”.*

**NOVENO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, comparece la Letrada de los reclamantes quien, tras obtener vista del expediente, formula escrito de alegaciones. En él se reitera lo expuesto en el escrito inicial, en cuanto a que queda acreditado que durante la intervención quirúrgica de la paciente, el cirujano le lesionó el plexo venoso con una broca, cuando iba a colocar el último tornillo de su prótesis de cadera, y causó la disección de una arteria y de las venas ilíacas, tal como reconoció la Inspección Médica en su informe (aunque no concretó el motivo de la disección). También considera acreditado que la hemorragia fue la causa de las complicaciones posteriores que desembocaron en su muerte.

Se enfatiza, además, que, aunque de conformidad con el protocolo se pedían de 3 a 4 unidades de concentrado, en el caso de esta paciente no fue suficiente, debido a la gravedad de la hemorragia, que obligó a trasfundir 101 bolsas de sangre y compuestos sanguíneos, motivo por el que reiteran su valoración de que lo ocurrido no fue un riesgo típico, sino una grave negligencia médica.

Asimismo, y con apoyo en la conclusión de la Inspección Médica relativa a que no estaba acreditada la previsión por el Servicio de Traumatología de las posibles complicaciones en esta cirugía, como la hemorragia sufrida, afirman que en el consentimiento informado que firmó la paciente no se le informó de forma suficiente sobre los riesgos de la intervención, que fueron mucho más graves que los que se recogieron en el documento, el cual, además, carecía de valor al haberse suscrito seis meses antes de la intervención.

**DÉCIMO.-** Con fecha 14 de junio de 2011, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no resulta acreditada la concurrencia de los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración, al entender que no existió mala praxis durante la intervención y que se informó debidamente a la paciente de los riesgos de aquélla.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 23 de junio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo de la acción resarcitoria y procedimiento.**

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a los reclamantes, por ser quienes sufren los daños por los que reclaman indemnización, derivados del fallecimiento de su esposa y madre, respectivamente.

La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia.

II. Por lo que se refiere a la temporaneidad de la acción resarcitoria, la reclamación, de 17 de octubre de 2007, ha de considerarse presentada dentro del plazo de un año contado desde la determinación del alcance de los daños por los que se reclama (fallecimiento de la paciente, acaecido el 22 de diciembre de 2006), conforme con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin perjuicio de destacar una trascendental omisión en la instrucción, a cuyo análisis se dedica la Consideración Cuarta de este Dictamen, y la excesiva tardanza en resolver el procedimiento, que ya ha alcanzado los 4 años de tramitación, sin que se adviertan en el expediente circunstancias que justifiquen dicha demora.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.**  
**Consideraciones generales.**

La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración de la responsabilidad de la Administración que se desprende del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que

el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación de éste ha de regirse por la denominada “lex artis ad hoc”, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la “lex artis” como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La “lex artis”, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la “lex artis” responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la “lex artis”, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento del servicio público sanitario. Su análisis bajo el prisma de la “lex artis”: necesidad de completar la instrucción.**

Al margen del déficit de información tendente a obtener el consentimiento de la paciente, la imputación principal, sobre la que se construye y gravita toda la argumentación que da soporte a la pretensión indemnizatoria de los reclamantes, es que durante la intervención quirúrgica se cometió una negligencia profesional por parte del cirujano que realizaba la operación, quien, al utilizar la broca para posibilitar la fijación del último tornillo de fijación de la prótesis, lesiona el plexo venoso

sacro, produciendo la grave hemorragia de la que derivan todas las complicaciones ulteriores y que llevan a la muerte de la paciente.

La valoración que de dicho episodio realizan los informes médicos obrantes en el expediente es que se trata de un “*accidente*” (perito de los reclamantes) o un acontecimiento “*previsible pero no evitable*” (peritos de la aseguradora de la Administración).

Desde el punto de vista del ajuste de dicha actuación a normopraxis, la pericial de la parte actora no lo valora, limitándose a afirmar que las incidencias surgidas durante la operación fueron las causantes de las complicaciones posteriores y, en última instancia, de la muerte de la paciente, pero sin detenerse en considerar si la técnica quirúrgica fue la adecuada, ni si se cometieron errores o actuaciones contrarias a los dictados de la ciencia médica.

Por el contrario, los peritos de la aseguradora afirman expresamente que la hemorragia no se debe a mala praxis. Al respecto, indican que la afección del plexo venoso sacro se debe a que éste no es visible para el cirujano que trabaja en la pelvis externa, pues dichos vasos sanguíneos se encuentran en la pelvis interna, quedando ocultos por el esqueleto. Señalan que “*la posibilidad de lesión vascular es previsible pero no evitable, es previsible porque el hueso tiene una mala calidad y la resistencia disminuye, no es evitable porque el anclaje de los tornillos se realiza a ciegas, en una zona anatómica donde hay un plexo vascular, que como demuestra el Tratado de Anatomía de Testut, presenta variaciones anatómicas*”.

La Inspección Médica, por su parte, no incide en absoluto en la corrección o no de la maniobra quirúrgica que produce la hemorragia, ni la califica como evitable o no, ni efectúa una valoración de la misma, en fin, como ajustada o no a normopraxis. La referencia al episodio de la hemorragia se limita a una mera constatación objetiva de los hechos, y así se indica que “*durante la operación, el día 26 de mayo, se produce un sangrado muy intenso que no pudo resolver totalmente el equipo de traumatología. Intentan corregirlo los cirujanos cardiovasculares con apertura de retroperitoneo y sutura de desgarró venoso tras disección de arteria y venas ilíacas. En esta maniobra se observó sangrado en sábana (¿lesión por maniobras operatorias, debilidad vascular, coagulopatía no prevista?...). Se valoró desde este momento una posible coagulopatía. No podemos determinar el tiempo y la cantidad de sangrado antes de la intervención del Servicio de Cirugía Cardiovascular*”. A continuación, el informe se concentra sobre la situación hemodinámica de la paciente hasta que pasa a reanimación, con indicación de los productos sanguíneos que le son transfundidos durante las horas que permanece en quirófano y analiza la evolución postoperatoria, deteniéndose en la situación neurológica de la paciente, la aparición de infecciones y la desnutrición proteica.

En relación con este tipo de intervenciones, la Inspección afirma que habitualmente cursa con pérdidas de sangre que suelen requerir transfusión, debiendo atender a las probables pérdidas y al estado general, a los padecimientos concomitantes y a la terapéutica si se tiene. Llega finalmente a la conclusión de que *“no queda suficientemente documentada la previsión de complicaciones en cirugía de sustitución de prótesis de cadera con hemorragia fortuita”*.

De la lectura de este informe, cuya trascendencia para la Administración ya ha sido puesta de relieve en la Consideración Tercera de este Dictamen, surgen a este Consejo Jurídico diversas dudas, cuya resolución debe anteceder a la emisión de un parecer acerca de la concurrencia o no de los elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el supuesto sometido a consulta, pues en estos casos el razonamiento jurídico ha de apoyarse en cimientos técnico-médicos, lo más precisos y sólidos posibles.

Así, en primer lugar, la carencia de una valoración a la luz de la ciencia médica de la actuación del cirujano cuando lesiona los vasos sanguíneos con la broca utilizada para la fijación de la prótesis al hueso de la paciente, impide contrastar el parecer técnico de los peritos de la aseguradora, que no advierten mala praxis alguna en dicho episodio, pues parten del entendimiento de que no era evitable tal lesión al estar oculto el plexo venoso por el propio esqueleto. A tal efecto, sería necesario determinar si una correcta técnica quirúrgica obligaba a adoptar alguna medida de precaución adicional que hubiera permitido evitar la lesión vascular, tales como identificar previamente la ubicación exacta de los vasos, aislarlos o protegerlos de alguna forma antes de aplicar la broca a ciegas sobre la pelvis, limitar la profundidad del orificio a practicar para evitar lesiones a estructuras ocultas, etc.

Por otra parte, de la conclusión alcanzada en el indicado informe inspector, parece desprenderse que la Inspección considera que hubo una actuación no totalmente ajustada a normopraxis en cuanto a la previsión de complicaciones en este tipo de cirugía con hemorragia fortuita. Sin embargo, los términos tan genéricos en que se expresa dicha conclusión impiden a este Consejo Jurídico discernir qué concretas medidas de previsión fueron omitidas y qué incidencia tuvieron tales carencias preventivas sobre la negativa evolución de la salud de la paciente durante el postoperatorio y su fallecimiento, extremos éstos cuya determinación en el ámbito médico son presupuesto necesario para extraer las correspondientes consecuencias jurídicas en el terreno de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Ha de destacarse, además, que las incertidumbres expuestas se acrecientan con la oposición de los peritos de la aseguradora a dicha conclusión de la Inspección (folio 295 del

expediente) y con la contestación del Jefe de Servicio de Traumatología del Hospital a las preguntas formuladas por el órgano instructor al afirmar que se cumplieron los protocolos de reserva de productos sanguíneos para transfusión y de retirada preoperatoria de medicamentos antiagregantes.

En consecuencia, procede que por el órgano instructor se recabe de la Inspección Médica un nuevo informe en el que se pronuncie acerca de la adecuación de la actuación del cirujano a la "lex artis" y el carácter evitable o no de la lesión vascular producida, analizando si una correcta praxis médica exigía la adopción de medidas precautorias adicionales. Del mismo modo, en dicho informe debería requerirse de la Inspección Médica una especificación de las circunstancias en las que se basa la conclusión de su primer dictamen acerca de una posible falta de previsión de eventuales complicaciones en el tipo de cirugía empleado, precisando qué concretas medidas de previsión fueron omitidas y qué incidencia tuvieron tales carencias preventivas sobre la negativa evolución de la salud de la paciente durante el postoperatorio y su fallecimiento.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**PRIMERA.**- Procede completar la instrucción del procedimiento con la actuación a que se refiere la Consideración Cuarta de este Dictamen y en los términos allí indicados.

**SEGUNDA.**- Una vez emitido el nuevo informe y tras conferir audiencia a los interesados, deberá formularse nueva propuesta de resolución y remitirse de nuevo el expediente a este Consejo Jurídico para la emisión de Dictamen sobre el fondo.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 235-2011**

<b>Asunto</b>	Anteproyecto de Ley de Presupuesto Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2012.
<b>Consultante</b>	Consejera de Economía y Hacienda (2008)
<b>Fecha</b>	16/11/2011

**Extracto doctrina**

La STC 7/2010, de 27 de abril, expone que existe una sustancial identidad entre las normas del bloque de la constitucionalidad aplicables a la institución presupuestaria de las Comunidades Autónomas y lo dispuesto respecto de los Presupuestos Generales del Estado en el artículo 134.2 CE, pudiendo deducirse en su consecuencia la existencia de "un principio general de que el contenido de la Ley de Presupuestos autonómica se adecue a la función institucional que le es propia, sin que puedan incluirse en ella normas que no guarden relación directa con el programa de ingresos y de gastos o con los criterios de la política económica en que se sustentan, o que no sean un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto". Esta conclusión se ha visto reforzada, en otros aspectos, por la nueva redacción del artículo 135 CE, en virtud del cual puede afirmarse que el principio de estabilidad presupuestaria es módulo para ponderar la adecuación de las medidas al contenido propio del presupuesto.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Por Orden del Consejero de Economía y Hacienda de 18 de julio de 2011 (BORM nº 166, de 21 de julio) se dictaron normas para la elaboración de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2012. Son parte del expediente formado a tal efecto las propuestas de las siguientes Consejerías y organismos: la Dirección General de Tributos (5-9-11; 5 y 31-10-11 y 2-11-2011); el Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios (28-7-11 y 7 y 8-11-2011); la Consejería de Sanidad y Política Social (8 y 9-11-2011); la Consejería de Agricultura y Agua (8-11-2011); la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación (9-11-2011); el Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia (7 y 8-11-2011); la Intervención General (5-9-2011; 21-10-2011 y 4 y 9-11-2011) la Dirección General de Patrimonio (8-11-2011); la Dirección General de Administración Local y Relaciones Institucionales (8-9-11); la Consejería de Educación, Formación y Empleo (escrito sin fecha y otro de 5 de septiembre de 2011 del Director General de Infraestructuras y Promoción Educativa); y la Agencia Regional de Recaudación (25-10-2011). Constan también a los folios 187 a 207 diversos escritos de las Consejerías sobre propuestas para la declaración de créditos ampliables. Producto de ello y

de las aportaciones de la propia Consejería impulsora, se elabora el texto articulado del Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Región de Murcia para el año 2012.

**SEGUNDO.-** En la instrucción del procedimiento constan las siguientes actuaciones:

a) Memoria de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas, someramente descriptiva de las modificaciones a introducir en el Anteproyecto respecto al contenido del texto vigente en el ejercicio 2011 (9-11-2011). Para justificar que los presupuestos proyectados cumplen el objetivo de estabilidad presupuestaria acompaña una copia del acuerdo del Consejo de Ministros publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) de 12 de julio de 2011, ratificado por el Pleno del Congreso el 14 de julio siguiente.

b) Informe de impacto por razón de género (9-11-2011), que analiza las políticas de gasto dirigidas de un modo específico a la promoción y atención de las necesidades de las mujeres.

c) Informe de Vicesecretaría (9-11-2011). Contiene observaciones sobre diversos preceptos del Anteproyecto, siendo las principales las referidas a: 1) las Disposiciones adicionales vigesimosexta a vigesimonovena no formarían parte del contenido propio de la Ley de Presupuestos, así como tampoco la modificación del Canon de Saneamiento; las primeras, además, deben ser objeto de negociación colectiva y de informe del Consejo Regional de la Función Pública, todo ello en función de lo establecido en los artículos 33.1 y 37.1, k) del Estatuto Básico del Empleado Público, que son básicos, y del 13, 2.1, a), del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, Decreto-Legislativo 1/2001, de 26 de enero; 2) la Disposición adicional vigesimoprimeras presenta el problema de determinar si la apelación al principio de estabilidad presupuestaria es causa suficiente para ubicar en la Ley de Presupuestos la regulación de las modificaciones contractuales que se proyecta; 3) la Disposición adicional vigesimocuarta contiene una regulación excepcional carente de motivación; 4) Finalmente se refiere a ciertas discordancias relativas al encaje de los nuevos preceptos en el ordenamiento vigente, por la incertidumbre de su efectos de derogación de normas anteriores.

**TERCERO.-** La Comisión de Secretarios Generales examinó el texto el 9 de noviembre de 2011, informándolo favorablemente con carácter previo a su elevación al Consejo de Gobierno. En esa misma fecha éste, a propuesta del Consejero de Economía y Hacienda, acordó que se recabase el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, lo que se hizo mediante escrito que tuvo entrada en el registro de esta institución el 15 de noviembre de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

En atención a lo dispuesto por el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, ya que la Ley de Presupuestos goza de las características generales de las leyes, a pesar de sus peculiaridades materiales y procedimentales.

También es procedente emitir el Dictamen con la urgencia con que se solicita, ya que, aunque se haya rebasado el plazo estatutario para su remisión a la Asamblea Regional (art. 46.2 EA), es evidente que el adecuado funcionamiento de los órganos institucionales de la Región reclama que el Anteproyecto ingrese en dicha Asamblea lo antes posible, aunque es preciso señalar, por una parte, que el no remitir el Proyecto de Presupuestos Generales a la Asamblea Regional en la fecha prevista por el Estatuto de Autonomía y, además, sin motivo que se explique en el expediente, es una anomalía en el funcionamiento de tales instituciones que debiera ser excepcional, aunque excepcional es también que no se hayan elaborado a esta fecha los presupuestos generales del Estado.

### **SEGUNDA.- Sobre el contenido del Anteproyecto.**

I. El Anteproyecto presenta la estructura habitual, componiéndose de 56 artículos divididos en 6 Títulos, 30 Disposiciones Adicionales y 2 finales.

II. La doctrina del Tribunal Constitucional (TC), recogida por el Consejo Jurídico en diversos Dictámenes, viene señalando que el texto articulado del Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma presenta unas connotaciones constitucionales desde las que debe enfocarse su análisis, de las cuales resulta que su contenido ha de circunscribirse a unas pautas derivadas de lo dispuesto en los artículos 66.2 y 134.2 CE, siendo esencial que su función consiste en aprobar las previsiones contables consustanciales al Presupuesto, pero también ser vehículo de dirección de la política económica (SSTC 27/1981, 76/1992, 178/1994, 274/2000 y 3/2003, entre otras).

De ahí que las materias que no constituyen el núcleo esencial mínimo e indispensable de las leyes de Presupuestos pueden ser admisibles en éstas, según el TC, con dos condiciones: la

conexión de la materia con el contenido propio de este tipo de leyes, y la justificación de que tal inclusión es necesaria.

También ha señalado el TC que, aunque de la literalidad del artículo 134 CE se deduce, en principio, que las reglas en él contenidas tienen como objeto directo la regulación de una institución estatal, de modo que de los preceptos constitucionales que regulan las instituciones del Estado no pueden inferirse, sin más, reglas y principios de aplicación, por vía analógica, a las instituciones autonómicas homologas, es evidente que existen una serie de reglas y principios constitucionales que son predicables de toda institución presupuestaria, estatal o autonómica (STC 116/1994, de 18 de abril; también las SSTC 174/1998, de 23 de julio; 130/1999, de 1 de julio, y 3/2003, de 16 de enero).

En igual sentido la STC 7/2010, de 27 de abril, expone que existe una sustancial identidad entre las normas del bloque de la constitucionalidad aplicables a la institución presupuestaria de las Comunidades Autónomas y lo dispuesto respecto de los Presupuestos Generales del Estado en el artículo 134.2 CE, pudiendo deducirse en su consecuencia la existencia de "un principio general de que el contenido de la Ley de Presupuestos autonómica se adecue a la función institucional que le es propia, sin que puedan incluirse en ella normas que no guarden relación directa con el programa de ingresos y de gastos o con los criterios de la política económica en que se sustentan, o que no sean un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto". Esta conclusión se ha visto reforzada, en otros aspectos, por la nueva redacción del artículo 135 CE, en virtud del cual puede afirmarse que el principio de estabilidad presupuestaria es módulo para ponderar la adecuación de las medidas al contenido propio del presupuesto.

III. Examinado el Anteproyecto puede afirmarse que, en términos generales, el conjunto de su contenido se encuentra dentro de los límites constitucionales que le son propios, incluida la modificación del Canon de Saneamiento que se realiza en el artículo 52, que no encuentra obstáculo actual en la interpretación que del artículo 134.7 CE realiza el Tribunal Constitucional, aunque debe señalarse que la ley de presupuestos autonómica no es el vehículo formal adecuado para ejercer las competencias normativas de la Región en materia tributaria (Dictamen de este Consejo Jurídico 219/2010), máxime cuando los Presupuestos se han hecho acompañar, como procede, de una ley específica para ello. No obstante, esta tesis general sobre adecuación de contenidos ha de verse matizada para algunos aspectos particulares con las observaciones que se recogen en la Consideración cuarta.

IV. También influyen en el contenido del Anteproyecto las limitaciones derivadas de las competencias estatales sobre las materias del Presupuesto, por lo que viene estimando el Consejo Jurídico que los elementos de contraste fundamentales para el análisis jurídico del Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Región deben permitir comprobar, necesariamente, las siguientes partes de su contenido:

1º) El principio de estabilidad presupuestaria, en los términos que se define por el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, TRLGEP), y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior. Esta materia adquiere una relevancia especial después de la nueva redacción del artículo 135 CE, en virtud del cual la estabilidad presupuestaria es un principio constitucional al que todas las Administraciones han de ajustar su actividad, teniendo prohibido aprobar un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros. El primer dato del Presupuesto, a los efectos del cumplimiento del principio de estabilidad, es la constatación de que a través del mismo se proporciona una situación financiera instrumentada a través de los medios previstos en los artículos 7 a 10 bis, TRLGEP, aspecto que se trata en el expediente mediante la documentación reseñada en los folios 231 a 256 (Antecedente Segundo de este Dictamen). A tenor de ello resulta que el objetivo individual de estabilidad presupuestaria para el año 2012 se cifra en -1,30 del PIB regional, condicionado a la presentación o actualización del plan económico-financiero de reequilibrio; de no cumplirse tal condición, el objetivo será el equilibrio presupuestario. No existe información en el expediente sobre las vicisitudes del citado plan económico-financiero de reequilibrio.

2º) El cumplimiento de la normativa básica estatal en materia de retribuciones del sector público y su incremento anual, de forzoso seguimiento por todas las Administraciones Públicas, según la jurisprudencia del TC. El dato es desconocido por la inexistencia de Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, por lo que el Anteproyecto, partiendo de que las retribuciones no experimentarán incremento respecto a las vigentes al 31 de diciembre de 2011, prevé en el artículo 31 la adecuación que pueda resultar de lo que disponga tal normativa básica estatal.

3º) Los límites que el artículo 14 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas impone a éstas en materia de endeudamiento, aspecto sobre el que no consta dato directo en el expediente. Dado que su cumplimiento ha venido siendo habitual, sería conveniente que en el futuro se incorporara al expediente.

**TERCERA.- Sobre el procedimiento.**

En cuanto al procedimiento seguido, se han instruido los trámites procedimentales básicos establecidos por la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno, para el ejercicio de la iniciativa legislativa, si bien algunos contenidos debieran haber sido objeto de una tramitación especial. Como afirma el informe de la Vicesecretaría, las Disposiciones Adicionales vigesimosexta a vigesimonovena deben ser objeto de negociación colectiva y de informe del Consejo Regional de la Función Pública, todo ello atención a lo establecido en los artículos 33.1 y 37.1, k), del Estatuto Básico del Empleado Público, que son básicos, y del 13, 2.1, a), del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, trámite que no consta en el expediente.

Se omite memoria justificativa sobre algunas de las regulaciones que se incorporan al Anteproyecto, por ejemplo la relativa al módulo económico de distribución de fondos públicos para el sostenimiento de centros concertados; también las de otros contenidos significativos que innovan el ordenamiento, tales como la regulación de los avales, cuya cantidad se eleva respecto a la de años anteriores. Tampoco se da explicación sobre otras medidas excepcionales, tales como las contenidas en la Disposición Adicional vigésimocuarta y en el artículo 51.4, y la nueva tarifa del Canon de Saneamiento carece de estudio económico que la justifique. Por el contrario lo propuesto por la Agencia Regional de Recaudación, la Intervención General y la Dirección General de Patrimonio está suficientemente motivado.

Aun comprendiendo que, por su propia naturaleza, un Anteproyecto como el consultado es de compleja elaboración, el Consejo Jurídico ha de dejar constancia de que sería conveniente poder disponer de una información suficiente para valorar las razones de muchos de los contenidos del Anteproyecto, así como el importe de los créditos a aprobar y su distribución.

Finalmente, carece el texto también de Exposición de Motivos, la cual es imprescindible para remitir el Proyecto a la Asamblea Regional (art. 119 del Reglamento de la Asamblea Regional).

#### **CUARTA.- Sobre el articulado.**

El Consejo Jurídico ha de resaltar, en particular, las siguientes consideraciones:

1) Artículo 32. Contratación de personal laboral con cargo a los créditos de inversiones. El Consejo Jurídico ha indicado en diversos Dictámenes (62/2000, 167/2003, 131/2004, 145/2005, 161/2006) que la regulación establecida, además de ser reiterada año tras año en las Leyes de Presupuestos, demuestra en gran parte de su contenido un marcado carácter reglamentario. Que

esta norma haya permanecido invariable en todas las leyes de presupuestos desde que se incluyó por vez primera (hace más de 10 años), demuestra que materialmente no es una norma de vigencia anual. Pero, además, nada impediría que, en uso de la potestad reglamentaria que al Consejo de Gobierno otorga el artículo 9 TRLH, dictase un Decreto regulador de dicho procedimiento, aplicable cuando la norma sustantiva (la Ley de Presupuestos anual) permitiese este tipo de contrataciones. Es decir, con independencia del mandato inicial, el precepto carece de efectos presupuestarios directos, ya que contiene normas de alcance general, capaces de surtir efecto con independencia de la anualidad presupuestaria correspondiente. Se separan un tanto del contenido no ya esencial, sino del que eventualmente puede formar parte de la Ley de Presupuestos.

2) Artículo 46. Módulo económico de distribución de fondos públicos para el sostenimiento de centros concertados. La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, indica en el artículo 117.1 que "la cuantía global de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros privados concertados, para hacer efectiva la gratuidad de las enseñanzas objeto de concierto, se establecerá en los presupuestos de las Administraciones correspondientes", dato que se omite en el texto articulado dictaminado.

También debe recordarse aquí -como se hiciera en el Dictamen 114/2010- que ese mismo artículo 117 de la citada Ley Orgánica 2/2006, dispone en el apartado 4 que "las cantidades correspondientes a los salarios del personal docente (de los centros concertados), posibilitarán la equiparación gradual de su remuneración con la del profesorado público de las respectivas etapas". A su vez, la Disposición Adicional vigesimoséptima de dicha Ley Orgánica, relativa a la revisión de los módulos de conciertos, establece que, durante el periodo de aplicación de la Ley, todas las partidas de tales módulos se revisarán anualmente en un porcentaje equivalente al de las retribuciones de los funcionarios públicos dependientes de las Administraciones del Estado, mandatos ambos que debe cumplir la Comunidad Autónoma. Estos mandatos legales, sin embargo, no justifican que la Administración educativa asuma incrementos retributivos fijados en convenio colectivo por encima del incremento establecido para el profesorado de la enseñanza pública, ni que asuma la condición de cuasi-empleador, suscribiendo acuerdos tripartitos con las organizaciones patronales y sindicales comprometiéndose a la mejora retributiva del profesorado de los centros concertados, ya que su relación con ellos es el concierto, que es un contrato administrativo.

3) Artículo 51. En el párrafo 1 eleva a 1.500.000.000 de euros el importe total de los avales que puede prestar el sector público autonómico. La magnitud de la cifra llama la atención especialmente a la vista de lo que se prevé en el párrafo 4 sobre el beneficio de excusión en los

avales del Instituto de Crédito y Finanzas. Este último precepto dispone: *"En el supuesto de otorgamiento de avales por parte del Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia, durante el ejercicio 2012, no le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 81.4 TRLH"*. El citado 81.4 TRLH, por su parte, establece: *"El Tesoro Público Regional responderá de las obligaciones de amortización y del pago de intereses, si así se estableciera, solamente en el caso de incumplir las obligaciones avaladas el deudor principal. Podrá renunciarse al beneficio de excusión establecido en el artículo 1830 del Código Civil, sólo en el supuesto de que los beneficiarios de los avales fuesen organismos autónomos o corporaciones locales"*. En la Memoria no hay explicación sobre los motivos que pueden llevar a adoptar una regulación semejante. De la literalidad expuesta (*"no será aplicable"*, dice el primero de los preceptos) cabría entender que no se aplicará ninguno de los dos incisos del 81.4 o sólo la facultad que el segundo concede al órgano administrativo, por lo que tampoco en el caso de organismos autónomos y corporaciones locales podrá renunciarse al beneficio de excusión; por otro lado, tampoco se aprecia sentido a la interpretación opuesta, que llevaría a que la finalidad de lo que se pretende es la renuncia general a dicho beneficio de excusión.

En el compromiso que implica el aval se asume un significativo riesgo económico que, en cierta manera, se puede moderar con la previsión de contragarantías y con el beneficio de excusión, que procede de una larga tradición histórica hoy recogida en el artículo 1.830 de nuestro Código Civil. Es una facultad que la ley concede al fiador por la que puede oponerse al cumplimiento de su obligación hasta que se haya realizado completamente la ejecución forzosa del deudor con el resultado de no haberse podido satisfacer el derecho del acreedor. Y, aunque es disponible, su finalidad es combatir prácticas abusivas entre acreedor y deudor, razón por la cual el artículo 81 TRLH permite que pueda renunciarse a él sólo en el supuesto de que los beneficiarios de los avales fuesen organismos autónomos o corporaciones locales.

Incrementar el riesgo de la Hacienda regional mediante avales, prescindiendo simultáneamente de la técnica de protección del beneficio de excusión son medidas excepcionales que precisarían por sí mismas, aisladamente, unas sólidas motivaciones que no aparecen en el expediente, o bien, en su caso, una más clara redacción de lo que con esa inaplicabilidad del artículo 81.4 TRLH se pretende. La simultaneidad de ambas medidas, por otra parte, eleva la excepcionalidad aún más, y lleva a insistir en que sólo con una sólida motivación entraría en el marco de una adecuada regulación financiera.

5) Disposiciones Adicionales decimoséptima y vigesimocuarta. La primera prevé que el Consejero aprobará (por error dice elaborará) un plan de disposición de fondos del Tesoro Público en términos análogos a los previstos en el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales,

aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo; la segunda regula el establecimiento de un plan de pagos consensuado con los acreedores de la Hacienda regional y otros entes. La primera podría no ser necesaria, ya que la potestad reglamentaria del titular de la cartera de hacienda ya comprende esa prerrogativa (Disposición final y artículo 9, g) TRLH) y la puede ejercitar en el sentido que considere oportuno, dentro de los márgenes que le permite el ordenamiento en su conjunto, y con el punto de partida del artículo 51.3 TRLH (del cual también se quiere prescindir, aunque solo para los pagos del Instituto de Crédito y Finanzas), según el cual *"sin perjuicio del cumplimiento de obligaciones de pago forzoso y vencimiento fijo, el Ordenador General de Pagos establecerá el orden de prioridad en los pagos, de acuerdo con las disponibilidades del Tesoro Público Regional, debiendo atender, preferentemente, la antigüedad en las propuestas de pago"*.

La segunda disposición de las citadas -la vigesimocuarta- regula aisladamente de la anterior los caracteres de lo que denomina un plan de pagos que, forzosamente, ha de relacionarse con el plan de disposición de fondos, si bien, a la vista de su redacción, de una manera novedosa, dado que la prioridad en el pago se resuelve bilateralmente con cada acreedor en términos que recuerdan a una transacción, siendo hecha por el Director del Instituto de Crédito y Finanzas la selección de los acreedores sujetos a este régimen; el acreedor, una vez alcanzado un acuerdo, deberá ceder sus derechos de cobro al citado Instituto.

Sobre todo ello cabe recordar que el plan de disposición de fondos constituye la expresión normativa de los criterios para la ordenación del pago, con respeto a los límites de prioridad señalados en el mencionado artículo 51.3 TRLH, completamente homologable al artículo 187 TRLHL. El plan es una norma jurídica de rango reglamentario que ha de ser publicada en el BORM (artículo 52 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC), siendo impugnabile en vía contencioso-administrativa. Por el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos no puede ser modificado mediante acto singular, ni siquiera por el Ordenador de Pagos, si bien es modificable.

También se puede recordar que el principio del artículo 51.3 TRLH de atención preferente de las propuestas de pago más antiguas es un trasunto del artículo 74.2 de la mencionada LPAC, según el cual en el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de incoación, salvo resolución motivada en sentido contrario, de la que se debe dejar constancia (y que no ha de producir perjuicio para tercera persona), lo que constituye un principio general del ordenamiento del derecho público aplicable al ámbito hacendístico (art. 2.2 TRLH).

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Con carácter general, el contenido del Anteproyecto se adecúa a su sentido funcional, aunque las medidas contempladas en el artículo 51 están precisadas de las correspondientes motivaciones, o bien, en su caso, de una más clara redacción de lo que con esa inaplicabilidad del artículo 81.4 TRLH se pretende.

**SEGUNDA.**- Las restantes observaciones contribuyen a la mejora del Anteproyecto.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 236-2011**

<b>Asunto</b>	Anteproyecto de Ley de Medidas fiscales y de fomento económico de la Región de Murcia para el año 2012
<b>Consultante</b>	Consejero de Economía y Hacienda (2011)
<b>Fecha</b>	16/11/2011

**Extracto doctrina**

La Comunidad Autónoma está facultada para regular los procedimientos relativos a las materias de su competencia, es decir, siempre que tales procedimientos correspondan con la aplicación de una normativa sustantiva que sea de competencia propia de la Comunidad Autónoma, siendo éste el ámbito que se puede dar a la previsión que se regula, extensible, como se hace en el apartado tres, párrafo 3 de esta Disposición adicional, a las tramitaciones que deban desarrollar las Corporaciones Locales reguladas por Leyes autonómicas.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Por la Dirección General de Tributos se elevó el 2 de septiembre de 2011 al Consejero de Economía y Hacienda una propuesta de tramitación de un anteproyecto de ley de medidas fiscales y de fomento económico para el año 2012, relativa a tributos propios y cedidos, que estaba compuesta además de por el borrador del anteproyecto, por las memorias económica y justificativa, el informe de impacto por razón de género y un informe jurídico-tributario. El 26 de septiembre siguiente, y como consecuencia del informe emitido el 12 anterior por el Servicio Jurídico de la Consejería, se completó el expediente con las propuestas de las Consejerías de Presidencia y Administraciones Públicas, Sanidad y Política Social, Agricultura y Agua, Educación, Formación y Empleo, y Universidades, Empresa e Investigación; y con aportaciones de la Oficina de Coordinación de Proyectos Estratégicos y de la Agencia Regional de Recaudación, figurando también una copia del acta 4/11 de la Comisión del Juego y Apuestas de la Región de Murcia, en la que como asunto tercero del orden del día se informó favorablemente la Disposición adicional tercera del anteproyecto, relativa a las máquinas de tipo B de instalación exclusiva en salones de juego.

**SEGUNDO.-** El 26 de septiembre de 2011 se emitió el informe de la Vicesecretaría, el cual, contiene una somera descripción del anteproyecto y concluye considerando procedente continuar con la tramitación.

**TERCERO.-** El 28 de septiembre el anteproyecto fue informado favorablemente por la Comisión de Secretarios Generales y, elevado al Consejo de Gobierno, acordó éste, el 30 de septiembre de 2011, que se solicitaran los informes del Consejo Económico y Social, del Consejo Superior para la Dirección y Coordinación de la Gestión Tributaria al que se refiere el artículo 65.3,d) de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y se modifican determinadas normas tributarias, y del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**CUARTO.-** El 4 de octubre fue solicitado el informe a los dos primeros órganos de los citados en el acuerdo del Consejo de Gobierno. El Consejo Superior para la Dirección y Coordinación de la Gestión Tributaria no consta que emitiera su informe; el Consejo Económico y Social lo hizo el 25 de octubre de 2011; valora positivamente la iniciativa de elaborar el Anteproyecto y, en general, comparte los contenidos propuestos, si bien critica la falta de justificación de alguna regulación, la escasez de la memoria económica y, en cuanto a las modificaciones tributarias, es particularmente crítico con la creación de las tasas que gravan la expedición de carnet de familia numerosa y determinados procedimientos relativos a la discapacidad y dependencia. También valora positivamente la creación de la figura jurídica de los Proyectos Estratégicos, si bien advierte sobre algunas cuestiones de tipo técnico-jurídico.

**QUINTO.-** El 31 de octubre de 2011 se informó por la Dirección General de Tributos sobre las observaciones del CES, recogándose algunas aportaciones y rechazando otras, resultando de ello el texto definitivo del Anteproyecto que se somete a Dictamen.

Completadas así las actuaciones, la consulta fue formulada el 3 de noviembre de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

#### **SEGUNDA.-** Contenido, motivación y procedimiento.

##### I. Contenido.

El Anteproyecto de Ley, que se denomina de Medidas Fiscales y de Fomento Económico en la Región de Murcia para el año 2012, consta de una exposición de motivos y dos títulos, de los cuales el primero se compone de cinco artículos y el segundo se desagrega a su vez en dos capítulos formados cada uno de ellos por un solo artículo, así como cuatro disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias y cinco disposiciones finales. La exposición de motivos señala que su objetivo fundamental es complementar la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y reforzar el apoyo a la economía productiva mediante una serie de modificaciones tributarias.

El título I, relativo a los tributos cedidos, contiene modificaciones al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al de Sucesiones y Donaciones, al de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, al Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos y a los tributos sobre el Juego; el Título II se refiere a los tributos propios, y crea el impuesto sobre instalaciones que incidan en el medioambiente (Capítulo 1) y crea y modifica diversas tasas de las comprendidas en el Decreto-Legislativo 1/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales.

Las tres primeras Disposiciones adicionales tratan sobre deducciones en la tasa fiscal del juego, bajas temporales de máquinas tipo B y sobre máquinas tipo B de instalación exclusiva en salones de juego; la cuarta regula los proyectos estratégicos; las dos Disposiciones transitorias contienen normas de esa clase relativas a las modificaciones que se realizan en la Ley 8/1996, de 3 de diciembre, de la Agencia Regional de Recaudación, y en cuanto a las deducciones en el IRPF; las tres primeras Disposiciones finales modifican la citada Ley 8/1996, el Decreto-Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda, y el Reglamento del Bingo (Decreto 194/2010, de 16 de julio); la cuarta contiene una habilitación legislativa para elaborar un texto refundido de normas sobre tributos propios; la quinta determina la entrada en vigor el día 1 de enero de 2012.

## II. Motivación.

El expediente carece del fundamento, con el grado de detalle suficiente requerido por el artículo 46.2 Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno, siendo necesario que se motive con mayor extensión y claridad.

## III. Procedimiento.

Se han instruido los trámites procedimentales básicos establecidos por la Ley 6/2004 para el ejercicio de la iniciativa legislativa. No obstante, no consta que se haya dado cumplimiento a la prescripción del artículo 2.2, inciso final, de la Ley 22/2010, de 16 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión, según la cual la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia remitirá a la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado los proyectos de normas elaborados como consecuencia de las facultades normativas ejercitadas dentro del régimen de financiación de las Comunidades Autónomas, antes de la aprobación de las mismas. Además, el informe de la Vicesecretaría no valora las observaciones presentadas y no se pronuncia sobre las disposiciones legales que se pretende derogar, aspectos de preceptivo tratamiento según el artículo 46.4 de la Ley 6/2004.

### **TERCERA.- Congruencia y cobertura competencial de las normas proyectadas.**

I. Con carácter general, las normas recogidas en el Anteproyecto se encuentran en el ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma, particularmente las relativas a los tributos cedidos por el Estado, que se amparan en el artículo 43.1,b) del Estatuto de Autonomía y en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, ya citada.

El contenido institucionalmente aceptable de un Anteproyecto como el consultado deben ser las disposiciones necesarias para complementar la Ley de Presupuestos y que, por consiguiente, guarden una relación al menos indirecta con la previsión de ingresos y gastos que constituye el objeto específico de ésta, ya que, de no cumplirse esta limitación, se produciría una infracción del principio de seguridad jurídica (Dictamen 150/2007, entre otros). Puede aceptarse que la regulación, en mayor o menor grado, conecta con medidas que inciden en el presupuesto o que, al menos, tienen vocación de incidir en la política económica.

II. De modo particular destaca la regulación que se hace de los proyectos estratégicos en la Disposición adicional cuarta, normativa que merece una consideración especial, dada la diferente base competencial que la sustenta, deducible del efecto de reducción de plazos a la mitad que se pretende conseguir. Para esta finalidad, la Comunidad Autónoma opera desde su competencia para regular los procedimientos adheridos a las competencias sustantivas que ejercen. En efecto, “el adjetivo “común” que la Constitución utiliza en el artículo 149.1.18ª lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del “iter” procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración, dice la STC 227/1988.

Por tanto, a efectos del reparto competencial, lo que la CE incluye en el “procedimiento común” -competencia plena y exclusiva del Estado- son sólo las formas y garantías esenciales, señalando a estos efectos la Exposición de Motivos de la LPAC lo siguiente:

*“lo reservado al Estado no es todo procedimiento sino sólo aquel que deba ser común y haya sido establecido como tal. La regulación de los procedimientos propios de las Comunidades Autónomas habrán de respetar siempre las reglas del procedimiento que, por ser competencia exclusiva del Estado, integra el concepto de Procedimiento Administrativo Común”.* Además, el artículo 10.Uno, 29 del Estatuto citado, por su parte, atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia.

De ahí resulta que la Comunidad Autónoma está facultada para regular los procedimientos relativos a las materias de su competencia, es decir, siempre que tales procedimientos correspondan con la aplicación de una normativa sustantiva que sea de competencia propia de la Comunidad Autónoma, siendo éste el ámbito que se puede dar a la previsión que se regula, extensible, como se hace en el apartado tres, párrafo 3 de esta Disposición adicional, a las tramitaciones que deban desarrollar las Corporaciones Locales reguladas por Leyes autonómicas. El efecto que así se consigue -reducción de plazos a la mitad- es el mismo que está previsto en el artículo 50 LPAC para los procedimientos tramitados con urgencia por razones de interés público, por lo que la declaración de un proyecto de inversión como estratégico puede conllevar esa declaración de urgencia, y así recogerlo en el Anteproyecto, con el matiz de que la primera declaración (el carácter estratégico) corresponde a la Consejería de Economía y Hacienda a través de la Oficina de Coordinación de Proyectos Estratégicos, y la consiguiente declaración de la urgencia del procedimiento que se esté tramitando corresponde al órgano instructor del mismo.

Siendo la finalidad de la medida el desarrollo económico encuentra también acogida competencial en el artículo 10.Uno.11 del Estatuto de Autonomía (planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional).

Al margen de ello, la regulación de los proyectos estratégicos, dada la trascendencia que a la figura se le quiere dar, debe partir de fundamentos sólidos desde su propia raíz, lo que incluye tanto ahondar en los elementos que integran el concepto como contextualizar la medida en un marco normativo y de actuación más amplio.

En cuanto a lo primero, debe aclararse si la denominación auténtica es “proyecto estratégico”, “proyecto de interés estratégico” o “proyecto de inversión de interés estratégico”, ya que todas ellas son posibles en el texto sometido a consulta, pero de mayor importancia es distinguir entre un proyecto cualquiera de inversión y uno que merezca la calificación como estratégico con los beneficios que tal declaración apareja, aspecto en el que el Anteproyecto es demasiado genérico y escueto, al remitir la diferencia únicamente a la “especial incidencia en la generación de riqueza y en el empleo”. El concepto queda un tanto desdibujado si no se establece un criterio diferenciador que seleccione lo verdaderamente estratégico mediante una configuración normativa de los aspectos a tener en cuenta para tal declaración, que no debieran quedar completamente dejados a la discrecionalidad de la decisión administrativa, como ocurre en el texto consultado. Esa mejora del nivel de definición incluye lo previsto en el apartado tres, párrafo 5, sobre imposición de obligaciones al promotor, que tampoco puede quedar a la completa discrecionalidad de la resolución administrativa.

Por otra parte, el sentido que se da a la medida -agilizar la tramitación administrativa mediante la reducción de los plazos- permite ser alcanzado mediante otras técnicas de actuación que operan con mayor propiedad y racionalidad que la mera declaración de urgencia, que produce la reducción de plazos afectando de plano a todos los trámites, cuando pudiera ser que el interés público (que junto a la eficacia comprende también, necesariamente, el respeto a la legalidad en el más amplio sentido) se resienta en determinados casos si esa reducción no posibilita el buen cumplimiento de la función del órgano. Por ello, lo que procedería es un análisis de los procedimientos que implican a los grandes proyectos para identificar los trámites prescindibles, los que admiten una reducción del plazo actualmente establecido, que puede ser superior a la mitad, o no; es decir, la medida debería encuadrarse en el marco de la simplificación administrativa y documental. Es evidente que la supresión de la obligación de presentar determinados documentos supone una importante reducción de cargas administrativas para los ciudadanos y las empresas en sus relaciones con la Administración regional, que se traducirá en una minoración de los costes de todo tipo que aquéllos han de soportar, desde el ahorro en el importe de las tasas por expedición de certificados o copias, hasta el tiempo invertido en la obtención de los mismos (Dictamen de este Consejo 141/2010), simplificación que ahora es efectiva en los aspectos regulados con carácter general por el Decreto 286/2010, de 5 noviembre.

También es de recordar que en los ámbitos procedimentales administrativos cabe, no ya la mera simplificación documental, sino la administrativa, que parte de un análisis para la determinación de qué trámites de un procedimiento se pueden suprimir y para concretar si el reconocimiento de algunos derechos o el ejercicio de algunas actividades se somete a la presentación de una declaración responsable en lugar de a otras técnicas autorizatorias o

permisivas, entendiendo que tal declaración responsable produce el efecto habilitante al que se refiere el artículo 71 bis LPAC.

Y no sólo eso, sino que otras herramientas que todavía no se han regulado con carácter general en la Administración regional, como la gestión electrónica de los procedimientos administrativos, contribuirían a hacer efectivos los objetivos de la regulación proyectada y permitiría poner en práctica en la Región previsiones de rango legal, como la del artículo 6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (LAE), que reconoce con carácter general en su apartado 1 el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 LPAC, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos. Tal derecho se completa, en el apartado 2 del indicado artículo 6, con la enumeración de otros concretos derechos que derivan de tal posibilidad general (a elegir el canal por el que relacionarse por medios electrónicos; a no aportar documentos o datos que obren en poder de las Administraciones Públicas, que los recabará por medios electrónicos; a la igualdad en el acceso electrónico a los servicios administrativos; a conocer por dichos medios el estado de tramitación, etc. (en tal sentido, el Dictamen 171/2011, referido al Proyecto de Decreto de Régimen Jurídico de la Gestión Electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma).

En cuanto al contexto funcional del sentido estratégico del proyecto declarado como tal, debiera tenerse en cuenta su congruencia con la planificación de la economía regional y, en concreto, con el Plan Estratégico de la Región de Murcia 2007-2013, que contiene indicaciones sobre líneas de inversión y sobre avances en el desarrollo de una administración más accesible, así como con el Plan de Medidas Extraordinarias para la Dinamización Económica y la Consolidación del Empleo en la Región de Murcia para el período 2008-2012, que, además de servir de escenario para poder calificar a un proyecto como estratégico, contempla como medida 104 la consistente en promover de manera generalizada la simplificación de procedimientos administrativos, agilizando la gestión administrativa a través de la simplificación de los trámites y la introducción de medios electrónicos (Dictamen 141/2010).

Algunas mejoras técnicas -además de las ya citadas por otros órganos preinformantes- perfeccionarían el texto: a) Apartado dos, párrafo 1: sustituir “determinados” por “declarados” o “calificados”; b) Apartado dos, párrafo 3: sustituir “propuesta” por “solicitud” (también en el párrafo 5 “Las solicitudes (...) se presentarán” (...).

Finalmente, no se comprende el motivo por el que esta regulación se realiza a través de Disposición adicional, cuando su contenido es el único que claramente da sentido a la segunda parte de la denominación del Anteproyecto (medidas de fomento económico).

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- La Comunidad Autónoma goza de competencia para aprobar el Anteproyecto sometido a consulta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 237-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por no haber sido contratada como economista
<b>Consultante</b>	Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas (2008)
<b>Fecha</b>	16/11/2011

**Extracto de doctrina**

Existe un concierto de voluntades en llevar a buen término la contratación laboral, que sólo como consecuencia exclusiva del proceder administrativo y pese a reunir todos los requisitos y haber acreditado su capacidad, superando el proceso selectivo y ajustando su conducta a los actos de la Administración, el hoy reclamante se ve privado de todo derecho, por una acción - mejor inacción- de la Administración regional, que no se ajusta a las exigencias derivadas del principio de la protección de la confianza legítima.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 20 de diciembre de 2010, x presenta escrito ante la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas en el que, en síntesis, manifiesta que el 10 de septiembre anterior fue seleccionada para su contratación como Economista para prestar servicios en la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos de la citada Consejería, al amparo de una subvención del Programa de Fomento del Empleo Público Local, Institucional y de Entidades sin ánimo de lucro, convocada por Resolución del Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación (SEF), de 28 de diciembre de 2009.

Según la interesada, el período de contratación abarcaba desde el 1 de octubre de 2010 al 30 de junio de 2011. Sin embargo, a la fecha del escrito, el 20 de diciembre de 2010, aún no ha sido llamada para la firma del contrato, a pesar de haber rechazado ofertas de trabajo durante dicho período y haber cambiado de residencia para poder desempeñar su labor.

Solicita, en consecuencia, que se proceda de inmediato a la formalización del contrato y, de no ser así, que se le indemnice por el grave quebranto económico y laboral sufrido, desde el 1 de octubre de 2010 al 30 de junio de 2011.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, se designa instructora, quien procede a requerir a la interesada para que mejore la solicitud concretando el importe de las indemnizaciones reclamadas y señalando los medios de prueba que propone.

Dichas actuaciones son notificadas a la interesada el 27 de enero de 2011.

**TERCERO.-** Recabado el preceptivo informe del Servicio de Régimen Interior de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, como unidad a la que se imputa el daño, se informa que la Secretaría General de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, a propuesta de la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos, solicita una subvención para financiar el coste salarial derivado de la contratación de un Economista para la indicada Dirección General, al amparo de la Orden de 11 de diciembre de 2009, del Presidente del SEF, por la que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones correspondientes a los programas de Iniciativas de Desarrollo Rural y de Empleo Local e Institucional y entidades sin ánimo de lucro.

Concedida la subvención por Resolución del Director General del SEF de 26 de mayo de 2010, se procede a la selección del candidato, conforme a lo establecido en los artículos 25 y 26 de la indicada Orden de bases generales. En su virtud, el SEF realiza una preselección entre demandantes de empleo, quienes son valorados por una Comisión de Selección designada por la Administración regional. Este órgano selecciona a dos candidatos, ocupando la hoy reclamante el primer lugar de los dos seleccionados.

De forma simultánea a la selección, se desarrolla el expediente de la contratación y con fecha 29 de septiembre de 2010, la Intervención Delegada de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas formula reparos al contrato propuesto, alegando básicamente lo siguiente:

- El incumplimiento de las normas de selección de personal laboral establecidas en la normativa vigente de función pública.
- La indeterminación de la obra o servicio propuesto.
- La ausencia de delegación de la Consejera de Economía y Hacienda en la Directora General de Presupuestos.
- El error en el prorrateo de las retribuciones semestrales de los futuros contratados.
- La inadecuación del crédito propuesto.

Planteada discrepancia por la Secretaría General de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, es estimada el 1 de diciembre de 2010 por la Intervención General, que, sin embargo, informa desfavorablemente la contratación al formular nuevos reparos (haberse superado la fecha prevista de inicio de la actividad, insuficiente justificación de la calificación del contrato laboral como de obra o servicio, omisión de motivación del acto de selección, y no acreditar la existencia de crédito adecuado y suficiente para hacer frente a las obligaciones derivadas de la suscripción del contrato).

**CUARTO.-** Con fecha 27 de enero de 2011, emite informe la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos, según la cual *“este centro directivo ha llevado a cabo las actuaciones oportunas, en tiempo y forma, tendentes a la contratación del hoy reclamante, sin que se haya podido formalizar por circunstancias acontecidas en la tramitación, que han impedido la formalización del contrato y, por tanto, que este se encuentre vigente y despliegue sus efectos (STS 17 de noviembre de 1997), siendo por tanto hasta ese momento una mera expectativa de trabajo, que no ha llegado a realizarse”*.

**QUINTO.-** Conferido trámite de audiencia a la interesada, el 20 de mayo presenta escrito de alegaciones en el que señala que la no contratación le genera un daño que identifica como haber renunciado a ofertas de trabajo en el período de espera y *“daño moral por las expectativas causadas, y por el hecho de que mi currículum se hubiera enriquecido de haber trabajado en la Administración 9 meses, sirviendo como mérito a otros contratos con la misma Administración y como experiencia para obtener otros trabajos”*. Cifra el daño en 400 euros por cada uno de los nueve meses que debería haber trabajado, por lo que el total de la pretensión indemnizatoria asciende a 3.600 euros.

Solicita, asimismo, que se le informe acerca del destino dado a la subvención concedida por el SEF.

**SEXTO.-** Con fecha 3 de mayo de 2011, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no consta la producción de un daño efectivo a la interesada, quien tan sólo tenía una mera expectativa de contratación, no un derecho a ser contratada por la Administración regional.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 20 de junio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a la reclamante, en cuanto reclama indemnización por daños que alega haber sufrido por causa de no haber sido contratada por la Administración regional.

La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse a su actuación los daños por los que se reclama indemnización.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no hay objeciones que oponer, considerando que el hecho que la interesada considera lesivo de sus derechos (el tácito desistimiento por parte de la Administración regional del procedimiento administrativo tendente a la contratación laboral de referencia), se produce a partir del 1 de diciembre de 2010.

III. En cuanto al procedimiento, cabe señalar que, en lo esencial, se han seguido los trámites legales y reglamentarios aplicables.

#### **TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial.**

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la*

*ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*". A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. La reclamante imputa la producción de los daños por los que reclama indemnización al hecho de no llegar a ser contratada por la Administración regional, a pesar de haber sido previamente seleccionada y propuesta a tal efecto por la misma. Dichos daños los cifra en 3.600 euros, en concepto de daño moral derivado de la frustración de las expectativas laborales generadas y de la pérdida de la posibilidad de enriquecer su currículum con la experiencia que el trabajo ofrecido le reportaría.

**CUARTA.- La causa de la contratación laboral y sus efectos en materia de responsabilidad patrimonial.**

Antes de entrar en el análisis de los concretos elementos de la responsabilidad patrimonial, las peculiaridades del supuesto sometido a consulta exigen una consideración detenida acerca del contrato laboral a cuya no formalización se imputa el daño, pues su estrecha relación con la actividad administrativa de fomento del empleo incide sustancialmente en la determinación del alcance del daño y modula las consecuencias de la frustración de las expectativas laborales generadas en la interesada.

I. El fomento del empleo como causa primordial del contrato de trabajo.

En efecto, en la base de la contratación de constante referencia se encuentra la participación de la Administración regional en un programa de fomento del empleo que subvenciona los costes laborales de la contratación de desempleados por parte de entidades y organismos públicos. Y esta participación condiciona aspectos tan sustanciales del contrato como la prestación de trabajo que constituye su objeto e, incluso, la selección de los futuros trabajadores.

En cuanto a las actividades que han de constituir la prestación de trabajo, además de las características que han de reunir conforme al artículo 21 de la Orden de bases generales, han de comenzar siempre en el año de convocatoria de la subvención, en un plazo no superior a 45 días desde la concesión de la ayuda y siempre antes del 1 de diciembre de ese mismo año (art. 9 de la Orden de bases). La duración de los contratos no podrá ser superior a nueve meses ni inferior a seis.

Por lo que respecta a la selección, el artículo 25 de la indicada Orden establece que los trabajadores a contratar habrán de ser desempleados inscritos en las Oficinas de Empleo del SEF. Una vez aprobado el proyecto de obras o servicios a realizar para el que se concede la subvención, la entidad beneficiaria debe elaborar una oferta de empleo de carácter genérico que presenta a la Oficina de Empleo y le solicita la preselección de candidatos.

De conformidad con el artículo 26.2 de la Orden de bases, una vez preseleccionados los candidatos por la Oficina de Empleo, la entidad beneficiaria procederá a la selección final de los mismos, estableciendo los procedimientos a utilizar para ello, que deberán estar informados por los principios de publicidad, objetividad e imparcialidad.

Las entidades beneficiarias *“contratarán a los trabajadores que finalmente hayan seleccionado”* utilizando la modalidad de contrato de duración determinada de interés social, que deberá formalizarse por escrito (art. 26.3 Orden de bases). Los modelos específicos para instrumentar los contratos se facilitarán por la Oficina de Empleo y *“necesariamente incluirán la identificación del proyecto que figure en la resolución de concesión de la subvención”*.

Así pues, cuando la Administración regional propone la contratación de la hoy reclamante lo hace con sometimiento a una acción de fomento del empleo, lo que implicaba que, para que la Consejería pudiese obtener la subvención para la contratación de la interesada (sin la cual no parece dudoso que la contratación no hubiese tenido lugar), tenía que realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamentaba la concesión de la subvención.

Ese condicionamiento conlleva, además, aceptar ciertas limitaciones en cuanto al tipo y objeto del contrato y someterse a un procedimiento “ad hoc” de selección de la persona a contratar, cuya justificación reside en que no se trata de seleccionar a un trabajador para el desempeño de un puesto de la estructura organizativa permanente del ente beneficiario de la subvención, sino uno creado también “ad hoc” en atención a los fines que con esa acción coyuntural de fomento se trataban de alcanzar, entre los que se encontraba el de suministrar colocación a determinados desempleados, fin éste que se convierte así en causa primordial de la contratación.

Y es precisamente esta estrechísima vinculación entre subvención y contrato la que permite efectuar una selección de personal laboral temporal de la Administración al margen de los procedimientos ordinarios establecidos al efecto por Orden de 27 de julio de 2001, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se regula la selección de personal interino y laboral temporal de la Administración Pública Regional, norma a la que de modo necesario debería haber acudido la Consejería de Presidencia para contratar a un empleado público, de no ser por la excepción que la medida de fomento del empleo conllevaba. Adviértase, entonces, que de no venir la contratación pretendida por la Administración absolutamente mediatizada y condicionada por las bases de la subvención, la hoy reclamante no habría sido seleccionada ni propuesta para el puesto, toda vez que no consta que participara en ninguna de las pruebas selectivas reguladas por la indicada norma.

II. Derecho a ser contratado y expectativa laboral: la determinación del daño efectivo y su antijuridicidad.

Del expediente se desprende que, tras ser preseleccionada por la Oficina de Empleo, la hoy reclamante se presentó ante la Comisión de Selección constituida al efecto por la Consejería ofertante del empleo, que tras valorar a los distintos candidatos concluye que la más idónea para el contrato de trabajo a suscribir es x. Así consta en el Acta de la sesión celebrada por el indicado órgano selectivo, que propone su contratación al Secretario General de la indicada Consejería, quien a su vez firma una propuesta de contrato con fecha 12 de noviembre de 2010.

El problema surge cuando la Intervención Delegada formula diversos reparos en el seno del expediente de contratación, cuya resolución por la Intervención General, previa presentación de la oportuna discrepancia por la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, no se produce hasta el 1 de diciembre de 2010, fecha en la que como máximo debía iniciarse la actividad subvencionada que constituye el objeto del contrato, por exigencia del artículo 9.2 de la Orden de bases. Comoquiera que la resolución de la Intervención General, aunque estima la discrepancia, formula nuevos reparos, ello hace que se supere el límite temporal máximo de inicio de la actividad,

determinando el incumplimiento del condicionado de la subvención y la imposibilidad de contar con su importe para financiar el contrato de trabajo, dada la obligación de reintegro de la ayuda concedida, impuesta por el artículo 32 de la Orden de Bases, ante el incumplimiento de las obligaciones de la entidad beneficiaria.

En consecuencia, a partir del 1 de diciembre de 2010, el contrato de trabajo queda sin dotación presupuestaria. La observancia del principio de legalidad presupuestaria (art. 27 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, TRLH, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre), que impone la necesidad de que las obligaciones de los entes públicos estén previstas presupuestariamente (tanto su existencia como su importe) y cuyo incumplimiento tiene anudada como consecuencia legal la nulidad de pleno derecho (art. 36 TRLH), impide mantener el contrato sin dotación, lo que obliga a la Administración a desistir del mismo.

Del supuesto así planteado surgen las siguientes consecuencias jurídicas:

a) Nos encontramos ante un procedimiento especial de selección de personal laboral temporal, en el que la Administración no sólo efectúa una oferta de empleo ante el servicio público de empleo, sino que incluso recibe a los candidatos preseleccionados por el SEF y los evalúa para seleccionar a uno de ellos al cual propone para su contratación. Existen, por tanto, actos propios de la Administración regional que, al contrario de lo expresado por la propuesta de resolución, la vinculan y generan en la interesada unas expectativas de contratación, que aquélla no puede desconocer sin más, pues se lo impide el principio de confianza legítima.

La reforma de 1999 de la LPAC introdujo en su artículo 3.1, junto al principio de buena fe, el de confianza legítima, como derivaciones del de seguridad jurídica. Como recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala 3ª, de 12 junio de 2006, *“Son numerosas las Sentencias de esta Sala que han explicado el alcance del principio de protección de la confianza legítima, contándose entre las más recientes, las de 6 de octubre (casación 31/2003), 27 de abril (casación 7362/2002) y 15 de abril (casación 2900/2002), todas de 2005. Y, también, las de 16 de mayo de 2000 (casación 7217/1995) y 17 de febrero de 1999 (casación 3440/1993). En todas ellas se hace explícita la idea de que ese principio, que combina elementos de la doctrina de los actos propios, de la buena fe y de la misma seguridad jurídica, se alza contra actuaciones de la Administración incoherentes con las que ha mantenido con anterioridad en relación con un particular -que ha obrado conforme a Derecho y a lo resuelto por aquélla- y determinantes de un perjuicio para éste que no debe soportar. Principio que puede comportar, entre sus efectos, la invalidez de esos actos, la conservación de otros que, de no mediar la confianza legítima, deberían desaparecer o la responsabilidad patrimonial de la Administración”*.

No debemos olvidar que existe un concierto de voluntades en llevar a buen término la contratación laboral, que sólo como consecuencia exclusiva del proceder administrativo y pese a reunir todos los requisitos y haber acreditado su capacidad, superando el proceso selectivo y ajustando su conducta a los actos de la Administración, la hoy reclamante se ve privada de todo derecho por una acción -mejor inacción- de la Administración regional, que no se ajusta a las exigencias derivadas del principio de la protección de la confianza legítima.

Así pues, en el momento en que se frustra la contratación, no cabe considerar que la interesada sólo es titular de una mera expectativa indigna de cualquier protección jurídica. Y es que, a diferencia del supuesto esgrimido por la propuesta de resolución y decidido en la STSJ Madrid 996/2004, de 15 de junio, en que la Administración rechaza *ab initio* al candidato preseleccionado por el Servicio Público de Empleo, en el ahora sometido a consulta la Administración oferente de trabajo no sólo admite su idoneidad inicial, sino que la evalúa, selecciona y propone para su contratación, viéndose frustrada ésta únicamente por actuaciones imputables a la Administración.

La STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de septiembre de 2006 señala que *“con independencia de que el contrato hubiera sólo sido firmado por una de las partes, una cosa es la perfección de la relación jurídica laboral y otra la posible existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública si concurren los presupuestos legalmente establecidos”*, estimando el derecho a una cierta indemnización debido a que el órgano administrativo correspondiente seleccionó al reclamante para el trabajo de que allí se trataba y así se lo comunicó.

Ha de precisarse que no se trata aquí de declarar el derecho de la interesada a percibir las retribuciones correspondientes al contrato, toda vez que éste no llegó a perfeccionarse, por lo que no resultan exigibles las obligaciones recíprocas derivadas del mismo (prestación de trabajo y retribución, respectivamente) y, en consecuencia, carecería del derecho consolidado a su percepción. Pero ello no impide que la no formalización del contrato genere un daño efectivo al particular, como lucro cesante, equivalente a las ganancias dejadas de percibir, las cuales, dado el momento en que se frustró la contratación y las circunstancias concurrentes ya expuestas, no cabe considerar como dudosas o meramente contingentes, sino antes bien dotadas de certidumbre, pues de haberse desenvuelto el procedimiento de contratación con regularidad cabe considerar como segura la formalización del contrato.

b) Si de lo hasta aquí expuesto se deduce la existencia de un daño efectivo y de la necesaria causalidad entre aquél y el funcionamiento del servicio público de contratación laboral, resta por analizar la antijuridicidad del daño, entendida como la ausencia de obligación del perjudicado de soportarlo.

Ya señalamos anteriormente que el contrato de trabajo en cuestión venía plenamente condicionado por la medida de fomento del empleo que constituía su causa primordial, de modo que sin la correspondiente subvención, el contrato no habría llegado a existir. De hecho, el tácito desistimiento de la Administración está motivado en la pérdida de la subvención, lo que deja sin dotación presupuestaria al contrato ofrecido a partir de la fecha en que se supera el límite temporal de inicio de la actividad subvencionada.

A partir de este momento, ya no puede la Administración formalizar el contrato, que ha quedado privado de su causa primordial y cuyo perfeccionamiento sería contrario al principio de legalidad presupuestaria. Ahora bien, la pérdida de la subvención sólo es imputable a la Administración, por lo que la interesada no tenía el deber jurídico de soportar las consecuencias negativas que para ella se derivaban de tal situación.

Procede, en consecuencia, declarar el derecho de la reclamante a ser indemnizada, pues concurren en el supuesto todos los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

#### **QUINTA.- Cuantía de la indemnización.**

En aplicación del principio de reparación integral del daño que rige el instituto de la responsabilidad patrimonial, la obligación del responsable se extiende a indemnizar tanto los daños producidos (daño emergente) como los beneficios dejados de percibir (lucro cesante).

La pretensión económica de la interesada se basa en la producción de lo que califica como un daño moral derivado de la frustración de las expectativas laborales que la oferta y posterior proceso selectivo le generaron.

En la Consideración Cuarta de este mismo Dictamen y en otros anteriores (por todos, el 202/2011) en los que el Consejo Jurídico ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la naturaleza del daño derivado de tal situación, en supuestos de hecho prácticamente idénticos al ahora sometido a consulta, hemos considerado que el daño había de calificarse como lucro

cesante, equivalente a las retribuciones dejadas de percibir como consecuencia de la no formalización del contrato. Indicábamos allí que:

*“La concesión del lucro cesante requiere una prueba seria y rigurosa de su existencia, debiendo rechazarse, de acuerdo con la jurisprudencia, las ganancias dudosas y contingentes, las meras conjeturas o especulaciones y también las simples expectativas (SSTS, Sala 3ª, de 11 de junio de 2002 y 2 de octubre de 1999, entre otras). Así, para conceder indemnización por este concepto “es preciso representarse que la ganancia se obtendría conforme al curso normal de los acontecimientos de no mediar el factor desencadenante del daño, con arreglo al también normal desenvolvimiento de la actividad que generaría el lucro esperado” (STSJ Madrid, de 18 de marzo de 2003).*

*Para el interesado, de no ser por la anormal actuación de la Administración, el contrato se habría formalizado y habría desempeñado su trabajo durante los nueve meses de duración máxima del contrato. Por lo que su pretensión se refiere al total de la retribución correspondiente a dicho período.*

*Sin embargo, ha de tomarse en consideración que la modalidad contractual utilizada es la de obra o servicio determinado, en la que lo esencial en cuanto a la duración del contrato es el tiempo que se tarde en ejecutar la obra o prestar el servicio, lo que deja en una cierta indefinición el período de efectiva prestación laboral, de haberse formalizado el contrato, siendo la fecha de nueve meses un simple tope legal fijado por imperativo de la normativa reguladora de la subvención, pero no predetermina que tal obra o servicio determinado necesitase real y efectivamente de tales nueve meses para ser realizado. Considera el Consejo Jurídico que, comoquiera que los proyectos subvencionables habían de tener una duración comprendida entre los seis y los nueve meses (art. 21.1, letra d, de la Orden de bases), y que el reclamante no se ha visto obligado a llevar a efecto las prestaciones y atender los gastos que el desempeño del puesto de trabajo exige (criterio moderador del importe de la indemnización utilizado por la Audiencia Nacional en sentencia de 21 de febrero de 2007), procede, por razones de equidad, atender a dicha duración mínima y fijar una indemnización en cuantía equivalente a las retribuciones correspondientes a seis meses de duración del contrato.*

*En cualquier caso, y atendida la condición de demandante de empleo del reclamante cuando acude a la oferta de la Administración, deben detraerse las cuantías que en concepto de prestación por desempleo haya percibido el interesado durante el indicado período de seis meses, que habría de computarse desde la fecha prevista para el inicio del contrato, el 1 de octubre de 2010. De conformidad con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 8 de junio*

*de 2000, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, y los Dictámenes núm. 40/2000 y 158/2004 del Consejo Jurídico, las cantidades que durante estos meses cobró en concepto de desempleo deberán deducirse del sueldo que hubiera podido percibir de haber sido contratado, con la finalidad de evitar un enriquecimiento injusto, que inevitablemente se produciría de no hacerlo así, ya que habría cobrado el sueldo íntegro correspondiente al puesto y la cantidad por desempleo, lo que de acuerdo con los artículos 212 y 213 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, sería imposible. Obviamente, y por las mismas razones, habrían de detraerse las retribuciones salariales que hubiera podido percibir en tal periodo si constara haber desempeñado un trabajo, a cuyo efecto debería requerirse de la Seguridad Social el oportuno informe de vida laboral”.*

Considera el Consejo Jurídico que idéntica solución cabe aplicar en el supuesto ahora sometido a consulta, sin que la diferente calificación del daño por parte de la reclamante sea obstáculo para reconocer su derecho a ser indemnizada en concepto de lucro cesante, si bien la cuantía de la indemnización se verá limitada por la expresada en el *petitum* de la reclamación, de forma que no podrá ser indemnizada en más de 3.600 euros, en atención a un elemental principio de congruencia.

En relación al cambio de domicilio que la interesada manifiesta haberse visto obligada a llevar a cabo y al rechazo por su parte de otras ofertas de trabajo, son meras manifestaciones de parte carentes de un mínimo soporte probatorio, por lo que no cabe entenderlos acreditados, lo que impide su consideración a efectos de indemnización.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que sí concurren los elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, conforme a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

**SEGUNDA.-** La cuantía de la indemnización habrá de fijarse en atención a los criterios indicados en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 238-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por caída en centro hospitalario

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 16/11/2011

**Extracto de doctrina**

En materia de responsabilidad patrimonial, corresponde a los reclamantes probar la relación de causalidad entre el evento lesivo y el actuar de la Administración (arts. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6 RRP) y a la Administración la de los hechos que la desvirtúen (art. 217.3 de la referida Ley), sin perjuicio del deber de colaboración para el esclarecimiento de los hechos que pesa sobre la Administración.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 22 de octubre de 2009, x, asistida de Letrado, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud, en solicitud de una indemnización por los daños que dice haber sufrido como consecuencia de una caída en el recinto del Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca” de Murcia.

Relata la reclamante que sobre las 22:15 horas, del 25 de octubre de 2008, tras terminar su jornada laboral como enfermera en el referido Hospital, se dirigió junto con una compañera de trabajo hacia la zona de aparcamiento del personal.

Que entre la puerta de entrada del Pabellón General y la entrada al parking pisó un cascote procedente de las obras que se estaban realizando en una zona próxima al tanatorio del citado centro sanitario, provocándole una caída accidental que le ocasionó un traumatismo en cadera y rodilla derechas.

La reclamante manifiesta que contribuyó a que se produjera el accidente el hecho de existir muy poca iluminación en la zona de paso, así como la ausencia de limpieza del suelo, además de no haber señalización de peligro ni prohibición alguna para la deambulación en la zona donde se produjo el accidente. Aporta dos fotografías ilustrativas del lugar donde se tuvo lugar el percance.

Como consecuencia de la caída, la reclamante acudió al día siguiente del accidente al Servicio de Urgencias del Hospital, donde se le diagnosticó de contusión de cadera y rodilla,

prescribiéndole reposo relativo, tratamiento farmacológico y revisión por su médico especialista. Acompaña informe de alta de Urgencias del citado hospital de fecha 26 de octubre.

Continúa relatando la reclamante que comenzó tratamiento médico, pero, ante la persistencia de la sintomatología dolorosa, le fue otorgada la incapacidad temporal el 14 de noviembre de 2008, causando alta por mejoría el 13 de marzo de 2009. Acompaña parte médico de alta de incapacidad temporal e informe del especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología de su Mutua (--), de fecha 18 de marzo.

La reclamante refiere al alta molestias residuales, agravándose con posterioridad la sintomatología dolorosa, por lo que el 2 de octubre de 2009 recibe de nuevo la baja por incapacidad temporal, habiéndosele practicado una infiltración a nivel de la bolsa trocantérea de la cadera derecha, encontrándose en el momento de presentar la reclamación en tratamiento médico especializado a la espera de los resultados de dicha infiltración. Acompaña copia del nuevo parte de baja e informe médico de la Mutua sobre la infiltración realizada. Afirma la reclamante que, una vez le sea otorgada el alta definitiva, procederá a especificar la evaluación económica del daño sufrido.

Finalmente considera que, a tenor de lo expuesto anteriormente, se aprecia responsabilidad patrimonial de la Administración en la medida en que existe un nexo causal evidente entre el mal estado de conservación de las zonas de paso del Hospital y la caída sufrida.

**SEGUNDO.-** Con fecha 12 de febrero de 2010, la Jefa del Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud solicita copia de la historia clínica de la reclamante e informe de los profesionales que la asistieron, así como informe del Servicio de Mantenimiento del Hospital.

El 26 de abril se remite por el centro hospitalario copia del informe de alta de urgencias, haciendo constar que no existe en la historia clínica más documentación en relación a los hechos objeto de reclamación, dado que fue la Mutua -- la que atendió a la reclamante.

Asimismo, se remite informe del Servicio de Ingeniería, Obras y Mantenimiento, de fecha 9 de marzo, que se expresa como sigue:

*“Visto el documento que adjunta -- y las indicaciones del lugar donde se produjeron los hechos, no es posible identificar el lugar exacto donde ocurrieron, debido a la baja calidad del reportaje fotográfico adjuntado.*

*La zona que entendemos se menciona se encuentra iluminada en las horas nocturnas, siendo activado dicho sistema de forma automática.*

*Existen diversas zonas para uso peatonal y tráfico rodado claramente identificadas, tanto por señalética vertical como pintadas sobre solera.*

*Tanto la iluminación exterior como los viales, se encuentran incluidos dentro de un plan de mantenimiento preventivo para su correcta conservación.*

*Dicho hospital mantiene un contrato de servicio de limpieza con empresa mantenedora, para mantener dichas instalaciones en perfecto estado de uso y mantenimiento.*

*Se desconoce la procedencia de dicho elemento extraño, no pudiendo indicar si éste procedía o no de un proceso que se estuviera realizando en dicho hospital, o si por el contrario podía ser de cualquier otra procedencia ajena al hospital.*

*La iluminación de la zona que entendemos pudo ser la que se indica, mantiene valores de iluminación por encima de la norma actual en vigor”.*

A la vista del informe, la Jefa del Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud solicitó a la Dirección Gerencia del hospital que remitiera los datos identificativos de la empresa que a la fecha del accidente realizaba los servicios de limpieza, a efectos de considerarla parte interesada en el procedimiento. Contesta el Hospital comunicando los datos identificativos de la empresa y remitiendo el Pliego de Prescripciones Técnicas que rigen el mencionado servicio de limpieza.

**TERCERO.-** Por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud se dicta Resolución de 5 de mayo de 2010, de admisión a trámite de la reclamación, cuya instrucción se encarga al Servicio Jurídico del Ente sanitario. Al notificar esta resolución a los interesados, requiere a la reclamante para que efectúe proposición de prueba.

La reclamación es puesta en conocimiento de la aseguradora del Servicio Murciano de Salud, de la Dirección General de Asistencia Sanitaria y de la Dirección de los Servicios Jurídicos.

**CUARTO.-** Con fecha 26 de mayo, la reclamante presenta escrito de proposición de prueba, autorizando al Servicio Murciano de Salud para solicitar su historia clínica a la Mutua, y solicita que se tenga por propuesta la prueba consistente en dicho historial, así como la documentación clínica y fotografías que fueron aportadas junto con la reclamación.

Además, solicita que se practique la prueba testifical de la compañera de trabajo que acompañaba a la reclamante en el momento de sufrir el percance.

La instrucción solicita copia de la historia clínica de la reclamante a la Mutua, que la remite el 12 de julio.

**QUINTO.-** Dado traslado de la reclamación a la empresa adjudicataria del servicio de limpieza, "--", presenta escrito del siguiente tenor:

*“que esta empresa no ha tenido conocimiento hasta ahora del siniestro ocurrido, de la existencia en el lugar del accidente de obstáculos que dificultaran la deambulación o supusieran un peligro para la misma ante la total inexistencia de orden alguna dirigida a esta mercantil en el sentido de efectuar alguna limpieza en la zona, desconociéndose, también, quién pudo, en su caso, realizar la misma, razones por las cuales esta compañía no tiene relación ni responsabilidad alguna en el citado siniestro, más aún cuando se indica en el escrito de reclamación, la supuesta caída no se produce en instalación alguna del Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia, sino en las zonas exteriores del mismo, por estarse realizando unas obras en zona próxima al lugar por donde caminaba la reclamante, siendo, por tanto, responsable, en su caso, el contratista que estuviera realizando las obras y que debería haber cuidado la limpieza de aquellas zonas, más aún, cuando, como también manifiesta la reclamante, en el lugar no existía señalización alguna de peligro, prohibición o cualquier otra prevención procedente para evitar el riesgo de accidentes, máxime, considerando también la escasa luminosidad de la zona, como también pone de manifiesto la interesada en su escrito.*

*En cualquier caso, entendemos que no queda en modo alguno acreditada en la reclamación interpuesta por la interesada ni la causa de la caída que dice sufrir el 25/10/08, y que motivó la asistencia en el propio hospital, no el día de la caída, sino al siguiente 26/10/08, como es de ver en el documento aportado por la reclamante, donde ni siquiera se refiere o manifiesta por parte de ésta haber sufrido el día anterior ningún tipo de caída que, también de forma lógica, hubiera motivado la asistencia médica de forma inmediata y no al día siguiente”.*

**SEXTO.-** El 22 de diciembre de 2010 se procede a la práctica de la prueba testifical propuesta por la reclamante, consistente en la declaración de x, testigo presencial de la caída.

Del resultado de la prueba cabe destacar los siguientes extremos:

- La testigo, amiga y compañera de trabajo de la reclamante, presencia la caída de ésta dentro del recinto del Hospital, en el lugar indicado en la reclamación. Manifiesta que *“la caída se produjo un poco antes de la entrada del parking. Que cree que estaban cruzando por un paso de peatones”*.

- Afirma, además, que en el lugar donde se produjo la caída *“había poca luz y había restos de piedras y trozos pequeños de ladrillos. Cree que pisó un pequeño cascote y se resbaló”*.

- No había señalización de peligro o prohibición de deambulación.

- El cascote *“lo vio al resbalar, no antes”*.

- Tras la caída, ayudó a levantarse a la accidentada y la llevó a casa.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 22 de diciembre, la reclamante presenta informe médico pericial y escrito en el que concreta la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial en 11.346,88 euros, que desglosa de la siguiente manera:

A) Días de tratamiento médico:

- 139 días improductivos x 53,20 euros..... 7.394,80 euros

B) Secuelas (53 años): Cadera dolorosa: 3 puntos + gonalgia: 2 puntos

- 5 puntos x 718,56 euros.....3.592,80 euros

- 10% factor de corrección perjuicio económico,.....359,28 euros

- Total Secuelas.....3.952,08 euros

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, presentan escrito de alegaciones tanto la reclamante, para ratificarse en su posición inicial, como la empresa de limpieza, que apunta cómo la zona de la supuesta caída se encontraba debidamente iluminada en horas nocturnas, existiendo zonas para uso peatonal claramente identificadas, por lo que la reclamante asumió voluntariamente riesgos innecesarios al caminar por donde lo hizo, por lo que la caída sería culpa exclusiva de la víctima. Considera que ni siquiera queda acreditada por datos objetivos periféricos y distintos a la declaración de la testigo -compañera y amiga-, la existencia de la caída, siendo significativo a tal efecto que no se acudiera de forma inmediata al servicio de urgencias del propio hospital.

De otra parte, afirma que no queda acreditada la relación de causalidad entre las lesiones sufridas y la caída que alega, teniendo en cuenta los antecedentes de bursitis trocantérea de la reclamante, así como tampoco guarda relación el largo período de baja médica con el cuadro clínico observado en el momento de su asistencia en el servicio de urgencias, al día siguiente del accidente.

**NOVENO.-** El 13 de junio de 2011 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciarse la concurrencia de los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño alegado.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 13 de julio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento**

##### 1. Legitimación.

a) La reclamante ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) en relación con el 4.1 RRP.

b) En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, en cuanto titular del servicio público de asistencia sanitaria, imputándose el daño a los elementos materiales en donde se presta dicho servicio, concretamente, a la zona de tránsito entre el Pabellón General y el parking de personal del Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca". Conviene recordar aquí que, cuando el elemento real en el que se produce el daño está dedicado o afecto a un servicio público, no cabe considerar dicho elemento ajeno al mismo. Así, indicamos en nuestro Dictamen núm. 153/2004: *"lo que distingue la actividad administrativa en el sentido de los servicios públicos a los que se refiere la ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no es que sus elementos instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la Administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (satisfacción de los intereses generales), el carácter con que lo hace (de modo continuo o regular), los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico) y las prerrogativas inherentes a la específica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del derecho público. Los elementos personales o reales que se integran en la actividad administrativa no deben ser diferentes de los necesarios para el desarrollo de cualquier actividad humana útil o productiva, pues su característica radica en la afección teleológica o instrumental al servicio"*.

2. La reclamación ha sido presentada dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar, puesto que el percance se produjo el 25 de octubre de 2008, quedando estabilizadas las consecuencias dañosas del mismo meses después, y la acción se ha ejercitado el 22 de octubre de 2009.

3. Por último, analizada la tramitación del procedimiento, se advierte que se ha seguido, en líneas generales, lo establecido por el RRP para este tipo de reclamaciones, salvo el tiempo máximo para resolver que ha rebasado ampliamente el previsto en el artículo 13.3 del citado Reglamento; en cualquier caso, se han recabado los informes preceptivos y cumplimentado las garantías de audiencia a los interesados.

No obstante, se advierte que la existencia de obras en el recinto hospitalario, puesta de manifiesto por la interesada y no negada por la Administración, debió llevar al órgano instructor a averiguar qué empresa era la encargada de su ejecución, llamándola al procedimiento, en orden a determinar el eventual origen de los escombros a los que se imputa el daño. En cualquier caso, dada la conclusión que se alcanza en el presente Dictamen, no procede en este momento procedimental retrotraer las actuaciones para darle audiencia, sino entrar a conocer del fondo.

**TERCERA.- Sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ejercitadas por los servidores públicos.**

La interesada es enfermera en el centro hospitalario donde ocurren los hechos.

La condición de empleada pública (no se sabe si con nombramiento funcional o contratada laboral) de la perjudicada plantea la cuestión de la aplicación a los empleados públicos del instituto de la responsabilidad patrimonial. En Dictámenes anteriores de este Consejo Jurídico, como los números 75/1999 y 99/2006, se ha recogido la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sostiene que no es admisible excluir del concepto de “*particulares*” a que se refiere el artículo 139 LPAC, a los funcionarios que reclamen indemnización a título de responsabilidad patrimonial de la Administración; derecho indemnizatorio proveniente, en primera instancia, del reconocimiento realizado en el artículo 106 de la Constitución acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Ello no obsta para señalar, asimismo, que la relación especial de sujeción que une al funcionario reclamante puede influir, en ocasiones, en la apreciación de la concurrencia de los requisitos generales configuradores de dicha institución necesarios para admitir el resarcimiento por este concreto título jurídico o causa de pedir, y ello tanto en lo que atañe a la adecuada relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público como, especialmente, al requisito relativo al deber jurídico de soportar dicho daño. Por otra parte, dicho título de resarcimiento opera en un plano distinto al específico relativo a las indemnizaciones a funcionarios por razón del servicio, por tener cada uno de ellos un fundamento y un alcance distinto, así como un régimen jurídico propio.

Así, el artículo 23.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en vigor al momento de formular la reclamación, establece que los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón de servicio y, en el mismo sentido, el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, también recoge el derecho a la prevención de riesgos laborales y a las indemnizaciones que reglamentariamente se establezcan (artículos 73 y 72,b, respectivamente), sin que su desarrollo reglamentario en el ámbito de nuestra Región prevea estos supuestos como susceptibles de indemnización.

No obstante, ya en el ámbito de la responsabilidad administrativa, es preciso distinguir entre los daños sufridos por los funcionarios con ocasión del cumplimiento de sus funciones y los padecidos como consecuencia del propio funcionamiento del servicio, de forma que, en principio, sólo estos últimos deberían ser reparados en el marco de la responsabilidad patrimonial de la

Administración, cuando se den los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda su generación.

**CUARTA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial.**

Los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia en interpretación de los artículos 139 y siguientes LPAC y 106 de la Constitución Española (por todas, la STS, Sala 3ª, de 21 de abril de 1998):

a) Que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica.

b) Que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla.

c) Que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

d) Que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor.

En el presente supuesto no se imputa el daño a la actuación médica de los servicios sanitarios, sino a sus elementos materiales. Como ya se ha adelantado en este Dictamen, cuando el elemento real presuntamente causante del daño está dedicado o afecto a un servicio público, no cabe considerar dicho elemento ajeno al servicio.

Desde este punto de vista no ofrece duda que la zona donde se afirma que se produjo la caída se integra instrumentalmente en el servicio público, puesto que su fin es el de permitir el tránsito entre las dependencias hospitalarias, en particular, entre uno de los pabellones y el parking del personal que presta servicios en el centro.

Tampoco es dudoso el hecho mismo de la caída, toda vez que consta en el expediente el testimonio de una compañera de la reclamante que así lo manifiesta, y la producción de un daño (gonalgia y dolor en miembro contusionado y cadera) como consecuencia de un traumatismo, como se deduce del informe de asistencia en urgencias del mismo Hospital y de la historia clínica aportada por la Mutua. No obstante, no todos los daños que se pretenden vincular causalmente con la caída pueden serlo, dados sus antecedentes de bursitis en cadera derecha, sin que el informe

pericial aportado por la reclamante se detenga en deslindar qué molestias en la cadera serían consecuencia de la caída y cuáles tendrían su causa en la situación basal de la paciente.

Por otra parte, el daño sufrido ha de ser reputado como antijurídico, porque no existe un deber jurídico por parte de la afectada de soportarlo, de acuerdo con el principio de indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona o en sus bienes, por el desempeño de sus funciones o tareas, al que nos hemos referido en numerosos Dictámenes; singularmente, este Consejo Jurídico ha sintetizado su doctrina en el Dictamen 175/2009, a cuyas consideraciones nos remitimos.

Ahora bien, el carácter objetivo que es propio de la responsabilidad patrimonial de la Administración no supone que ésta responda de forma automática, sólo con constatar la realidad del daño. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 13 de Septiembre de 2002, unifica criterios en torno al alcance de la responsabilidad objetiva de la Administración respecto al funcionamiento de sus servicios públicos, recordando: *“reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo que tiene declarado, en Sentencia de 5 junio de 1998 (recurso 1662/94), que ‘la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico’. Y en la sentencia de 13 de noviembre de 1997 (recurso 4451/1993) también afirmamos que aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Sala como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla”*.

En materia de responsabilidad patrimonial, corresponde a los reclamantes probar la relación de causalidad entre el evento lesivo y el actuar de la Administración (arts. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6 RRP) y a la Administración la de los hechos que la desvirtúen (art. 217.3 de la referida Ley), sin perjuicio del deber de colaboración para el esclarecimiento de los hechos que pesa sobre la Administración.

En el supuesto sometido a consulta, la reclamante no ha acreditado el nexo causal sobre el que sustenta su acción, pues ha quedado huérfano de prueba que la caída se produjera debido a la existencia de los trozos de ladrillo a los que pretende imputar el accidente. En efecto, el único elemento probatorio al efecto sería la declaración testifical de la compañera que la acompañaba en el momento de caer. Ésta, sin embargo, ni siquiera es capaz de identificar con precisión si circulaban por el paso de peatones o no, pues señala que “cree” que lo hacían por el mismo, pero no lo afirma con contundencia. La relevancia de este dato es importante, pues de no cruzar la vía por el paso cebra, ello podría fundamentar una ruptura o, al menos, una modulación del nexo causal atribuible a la actuación de la interesada, al no deambular por un lugar habilitado normativamente para el paso de peatones, como ha sostenido este Consejo Jurídico en Dictámenes 118 y 138/2009, entre otros.

También adolece de falta de firmeza y seguridad, y esto es lo esencial en el presente supuesto, la declaración de la testigo en relación con el mecanismo de producción del percance, pues nuevamente afirma que “cree que pisó un pequeño cascote y resbaló”. A tal declaración no puede otorgarse una fuerza probatoria plena, y no ya porque quien la efectúe tenga una relación de amistad con la accidentada lo que obliga a ser extremadamente prudente en su valoración, sino porque de la mera creencia en cómo ocurrieron los hechos no puede desprenderse una razonable certeza acerca del desarrollo del accidente.

Por otra parte, el hecho de que no se diera parte inmediatamente a los Servicios de mantenimiento o de vigilancia del Hospital del incidente, que se tardara casi un año en presentar la reclamación y que en ésta no se identifique de forma precisa el lugar en que ocurrió el accidente (las dos fotografías aportadas junto a la reclamación parecen mostrar dos zonas del recinto hospitalario diferentes), han impedido que la Administración pudiera suplir el aludido déficit probatorio con su propia actuación instructora.

Así pues, siendo el título de imputación la falta del adecuado mantenimiento y limpieza de las instalaciones hospitalarias y no habiendo conseguido probar la actora que la causa de su caída fue la existencia de restos de escombros en un lugar destinado al tránsito de peatones, cabe concluir que el daño padecido no puede entenderse causado por el funcionamiento del servicio público sanitario, lo que impide apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir en el supuesto sometido a consulta todos los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en particular, el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 239-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por caída en centro hospitalario.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Política Social (2011)
<b>Fecha</b>	16/11/2011

**Extracto de doctrina**

En materia de responsabilidad patrimonial ha de partirse de la regla base de que corresponde a los reclamantes probar la realidad de los hechos que alegan, la certeza de las lesiones que aducen y la relación de causalidad entre el evento lesivo y el actuar de la Administración (arts. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6 RRP) y a la Administración la de los hechos que la desvirtúen (art. 217.3 de la referida LEC), sin perjuicio del deber de colaboración para el esclarecimiento de los hechos que pesa sobre la Administración.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de junio de 2010, x, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial, por los daños sufridos el día 18 de diciembre de 2009, al sufrir una caída en la escalera de acceso al Policlínico del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA), como consecuencia de que los escalones de aquella carecen de placas o bandas antideslizantes, con resultado de fractura de muñeca izquierda, contusión costal derecha, traumatismo facial, rotura de gafas y de tres dientes de la mandíbula superior. En principio fue asistida de dichas lesiones en el Servicio de Urgencias del HUVA, siendo operada, posteriormente, en el Hospital Universitario Reina Sofía (HURS) para reducción de la fractura en la muñeca izquierda, permaneciendo con férula de yeso en brazo izquierdo.

El día 25 de enero de 2010 inició tratamiento rehabilitador en el que aún continúa, presentando una limitación funcional persistente en todos los arcos de movimiento, déficit de fuerza y sintomatología dolorosa con irradiación a todo el miembro superior izquierdo. Añade que, en el momento de presentar la reclamación, permanece en situación de baja laboral, habiendo desarrollado un cuadro de depresión causada por la situación descrita.

La reclamante adjunta a su escrito copia de una fotografía de la escalera en la que afirma haber sufrido la caída; copia de diversa documentación médica relacionada con la asistencia recibida tanto en el HUVA como en el HURS; copia de informe de la Clínica Fisiomur e informe del Servicio de Traumatología del HURS en el que se indica lo siguiente:

*“Paciente operada de fractura conminuta de extremidad distal de radio izquierdo; a las 4 semanas de evolución.*

*Lleva 32 días de evolución postoperatoria. Sigue tratamiento médico y rehabilitador. La evolución es lenta y desfavorable”.*

Solicita indemnización por las lesiones sufridas, alegando no poder cuantificar aún su importe por permanecer en situación de baja laboral y con tratamiento médico.

**SEGUNDO.-** Con fecha 18 de junio de 2010 se dictó Resolución del Director Gerente del SMS admitiendo a trámite la reclamación, lo que se notificó a las partes interesadas, reclamante y aseguradora del SMS, y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

**TERCERO.-** Con la misma fecha la instructora se dirige a los Directores General del HUVA y del HURS, requiriéndoles el envío de la historia clínica de la reclamante, así como los informes médicos y técnicos que procedan en relación con los hechos descritos en la reclamación.

**CUARTO.-** El Director Gerente del HURS remite la historia clínica de la reclamante, así como informe del Servicio de Traumatología de dicho Hospital del siguiente tenor:

*“Paciente que sufrió traumatismo en muñeca izquierda el día 18/12/09, vista en otro Hospital, siguió tratamiento conservador de su fractura. A las cuatro semanas de evolución fue intervenida quirúrgicamente, tras ser vista en Consultas Externas de este Hospital, presentando desplazamiento secundario de su fractura.*

*El día 13/10/10, fue intervenida quirúrgicamente, realizándose reducción abierta de la fractura y fijación con Placa DVR. La evolución postoperatoria ha sido desfavorable teniendo en cuenta las características de la evolución de la lesión. Actualmente presenta Sudeck, no tolera el tratamiento con Calcitonina, y sigue tratamiento con RHB, Unidad del Dolor y Recalcificante. Presenta movilidad muy restringida y dolora. Se prevén secuelas importantes”.*

**QUINTO.-** El Director Gerente del HUVA contesta al requerimiento que se le formuló adjuntando los siguientes informes:

1. Del Servicio de Ingeniería, Obras y Mantenimiento, con el siguiente contenido:

*“1. En la fecha indicada no había obras ni actuaciones de mantenimiento en la zona indicada.*

*2. La imagen aportada es de fecha 21 de febrero de 2010. La valla que se muestra fue instalada para delimitar trabajos de pintura sobre las partes metálicas de la zona aledaña.*

*3. Los peldaños son de material antideslizante, según se aprecia en el reportaje fotográfico, cumpliendo con la normativa actual vigente. Igualmente está dotada de las barandillas laterales, así como pintura en superficie, para su resalte.*

*4. Junto a estas escaleras, hay una rampa de acceso a minusválidos, la cual está claramente visible, según se observa en el reportaje fotográfico (que se adjunta)”.*

2. Del Dr. x, del Servicio de Traumatología, del siguiente tenor:

*“La paciente, x, fue atendida en urgencias de nuestro hospital el día 18 de diciembre de 2009, diagnosticándose una fractura de radio distal.*

*Una vez reducida e inmovilizada la fractura se derivó a su hospital de referencia para valoración de tratamiento definitivo.*

*Según informe que adjuntan, se intervino el día 13 de enero para osteosíntesis con placa volar.*

*No vemos ninguna anomalía en su tratamiento”.*

**SEXTO.-** Conferido, con fecha 17 de septiembre de 2010, trámite de audiencia a los interesados, aseguradora y reclamante, comparece esta última manifestando que en ese momento aún permanece en situación de incapacidad temporal, lo que acredita mediante la copia de los correspondientes partes de confirmación de dicha incapacidad. En cuanto al estado de la escalinata en la que sufrió la caída, la x afirma que *“el tipo de pavimento es de un material no antideslizante, lo que provoca resbalamientos en días de lluvia, apreciándose también, dada la anchura de la escalera, la ausencia de barandilla central de apoyo para seguridad de los transeúntes”.*

**SÉPTIMO.-** Con fecha 8 de noviembre de 2010 la instructora envía una copia del escrito de alegaciones al Servicio de Ingeniería, Obras y Mantenimiento del HUVA, al objeto de que se

informe sobre su contenido. El requerimiento es cumplimentado mediante escrito en el que el Ingeniero Técnico Industrial de dicho Servicio manifiesta lo siguiente:

*“Los peldaños son de material antideslizante (granito gris perla flameado), según se aprecia en el reportaje fotográfico.*

*Igualmente está dotada de barandillas laterales. La anchura de dicha escalera es de 2.6 m, por lo que no se exige de barandilla intermedia, según la normativa de aplicación, Orden de 15 de octubre de 1991 de la Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Medio Ambiente sobre accesibilidad en espacios públicos y edificación, en la que se indica literalmente en su punto 6.4, pasamanos: Cuando la anchura libre sea mayor de 3,00 metros se dispondrán además pasamanos intermedios de iguales características”.*

**OCTAVO.-** Copia de este informe se remite a la reclamante y a la aseguradora del SMS concediéndoles un nuevo trámite de audiencia. La primera remite escrito fechado el 4 de enero de 2011, en el que, en síntesis, señala lo siguiente:

1. Que ha sido dada de alta con fecha 18 de diciembre de 2010, por agotamiento del plazo máximo para permanecer en situación de incapacidad temporal.

2. Que acompaña informe pericial emitido por el Dr. x, en el que se describen las lesiones sufridas, tiempo invertido en su recuperación y secuelas que le han quedado.

3. Que cifra el importe de su reclamación en 141.299,76 euros, según el siguiente detalle:

- 264 euros por los 4 días de estancia hospitalaria, a razón de 66 euros el día.
- 14.649,18 euros por 273 días improductivos, a razón de 53,66 euros el día.
- 2.541,44 euros por 88 días no improductivos a razón de 28,88 euros el día.
- 31.624,21 euros por las secuelas, 29 puntos a razón de 1.090,49 euros el punto.
- 3.162,42 euros de factor de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (10% sobre importe de secuelas), por perjuicios económicos.
- 88.063,51 euros de factor de corrección para las indemnizaciones por secuelas que supongan una incapacidad permanente total para la realización del trabajo habitual.
- 120 euros de gastos de odontólogo.
- 875 euros por gastos de óptica.

Añade que, dado que el alta médica lo ha sido por agotamiento del plazo, desconociendo en el día de la fecha si la baja laboral se va a prorrogar, a las anteriores cantidades habría que añadir, si ello ocurriera, la que resultara de multiplicar cada día de prórroga de la incapacidad temporal por 28,88 euros diarios.

En cuanto al estado de la escalera, la reclamante impugna el informe emitido por el Servicio de Ingeniería, Obras y Mantenimiento del HUVA, basándose para ello en el informe elaborado por el arquitecto técnico x, según el cual la escalera no cumple con las normas que le resultan de aplicación, por las siguientes circunstancias:

*“-La superficie de terminación de la huella no impide el resbalamiento en estado de mojado, debiendo tenerse muy en cuenta, que el día 18 de diciembre de 2009 llovía en el momento en que sufrí la caída.*

*-La escalera solo tiene una barandilla a cada lado y no existe, dada su anchura, una barandilla intermedia.*

*-La anchura de la huella de los peldaños no es uniforme, ya que varía oscilando de 29 a 30 cms.*

*-El vuelo sobre la contrahuella o tabica no es uniforme, ya que también oscila de 0 a 2 cms.*

*-Las tabicas de los peldaños tienen una altura que varía respecto a la inmediatamente superior, teniendo la tabica 1 forma de trapecio donde su altura máxima es de 21 cm. y la mínima de 5 cm.*

*-La pendiente de la escalera no es uniforme, teniendo los pasamanos una altura de terminación respecto de la arista exterior de la huella desde 90 cm. hasta 94 cm. dependiendo de la distancia que existe entre la arista exterior de una huella u otra, a la parte baja de la barandilla donde se encuentra el pasamanos.*

*El referido informe concluye con que la escalera no cumple con la normativa en vigor en cuanto al cálculo de peldaños de escaleras exteriores en espacios públicos, alturas usuales entre peldaños en escaleras al aire libre, terminación de la huella, número de barandillas en escaleras con ancho igual o superior a 2,40 m., barandillas no escalables altura de tabicas, carece de franja de pavimento táctil en el arranque superior de la escalera, el doble pasamanos no está formado por dos barras separadas verticalmente entre sí al menos 10 cm, no conserva la pendiente general de*

*la escalera y el primer doble pasamanos no está de 0,50 a 0,60 metros, luego no reúne las condiciones de seguridad necesarias para su uso por transeúntes en espacios públicos”.*

Acompaña copia de dicho informe.

**NOVENO.-** Posteriormente la reclamante presenta dos nuevos escritos, uno, al que acompaña certificado expedido por la Delegación Territorial en la Región de Murcia de la Agencia Estatal de Meteorología, acreditativo de que el día 18 de diciembre de 2009, fecha en la que sufrió la caída objeto de la presente reclamación, se registraron en Murcia precipitaciones de 21,3 litros/m<sup>2</sup>, y, otro, al que une Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social mediante la que se reconoce a la interesada en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual.

**DÉCIMO.-** Con fecha 13 de enero de 2011 la instructora se dirige al Servicio de Obras y Contratación del SMS, solicitando informe sobre si la escalera en la que tuvo lugar la caída cumple con la normativa vigente y si, en el caso de que así no fuese, dicha circunstancia pudo ocasionar la caída de la reclamante.

El requerimiento se cumplimenta mediante informe del Arquitecto Técnico del Servicio Murciano de Salud, en el que se pronuncia sobre cada una de las normas que el perito de parte considera de aplicación en relación con la escalera en cuestión:

1. Normativa DB-Seguridad de Utilización del CTE, que no considera de aplicación (es de suponer debido a que la entrada en vigor de dicha normativa se produce el 29 de marzo de 2006, y la construcción del HUVA se produjo con anterioridad).

2. Orden de 20 de mayo de 1969, por la que se aprueban las Ordenanzas técnicas y normas constructivas de las Viviendas de Protección Oficial, modificada en algunos apartados por la Orden de 21 de febrero de 1981. Tampoco estima el informante que resulte de aplicación, debido a que la escalera no se encuentra ubicada en vivienda de protección oficial alguna.

3. Orden de 15 de octubre de 1991, de la Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Medio Ambiente, sobre accesibilidad en espacios públicos y edificación. Al respecto el técnico informante manifiesta que *“esta norma autonómica versa claramente en sus apartados primeros (Preámbulo y Artículo 1) en establecer unos criterios técnicos que permitan la supresión de barreras arquitectónicas para permitir la integración social de las personas afectadas por una minusvalía, caso en el que no nos encontramos. Aun en caso de incumplimiento de la normativa ello implicaría peores condiciones de accesibilidad, pero no necesariamente la existencia de riesgo*

*en el uso normal de la escalera, estimando que no se puede establecer una relación causa-efecto entre el eventual incumplimiento de alguna condición de la mencionada normativa y la caída que se ha producido”.*

Concluye afirmando que *“no se puede dictaminar que el incumplimiento de alguna de las normativas mencionadas por el reclamante es la causa de la caída sufrida por el viandante. Además el Hospital Virgen de la Arrixaca tiene resuelta la accesibilidad en sus instalaciones mediante recorridos alternativos adaptados a las condiciones exigibles por usuarios con movilidad reducida, por lo que la normativa mencionada sí se cumple en este aspecto”.*

**UNDÉCIMO.-** Conferido, con fecha 11 de abril de 2011, nuevo trámite de audiencia a los interesados, aseguradora y reclamante, comparece esta última alegando que la normativa citada en el informe pericial aportado resulta de aplicación a la escalera en la que sufrió la caída, por lo que reitera su solicitud de reconocimiento de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia del mal estado de la escalera situada frente a la entrada del Policlínico del HUVA.

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 30 de junio de 2011, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud por considerar que no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

El 14 de julio de 2011 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Secretario General de la Consejería de Sanidad solicitando la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.**

1. En lo que respecta a la temporalidad de la reclamación, el artículo 4.2 RRP dispone que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. El accidente ocurre el 18 de diciembre de 2009, pero el alta médica se produce el día 18 de diciembre de 2010, así que la reclamación presentada el día 7 de junio de 2010, antes de producirse el alta, ha de entenderse deducida dentro del plazo reglamentariamente previsto para ello.

2. La reclamante, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa, consistente en un inadecuado mantenimiento de las instalaciones en que se presta el servicio público sanitario, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Sanidad competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional sanitario en el que se integra el Hospital en que se produjo el accidente.

3. El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP.

**TERCERA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.**

Los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (por todas, la STS, Sala 3ª, de 21 de abril de 1998):

- a) que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica.
- b) que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla.

- c) que la lesión sea imputable a la administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
- d) que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor.

En el presente supuesto no se imputa el daño a la actuación médica de los servicios sanitarios, sino a sus elementos materiales (escalera del HUVA), en donde se presta dicho servicio, por lo que conviene recordar que cuando el elemento real presuntamente causante del daño está dedicado o afecto a un servicio público, no cabe considerar dicho elemento ajeno al servicio. Pues como recuerda la Sentencia anteriormente citada *"...lo que distingue la actividad administrativa en el sentido de los servicios públicos a los que se refiere la ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no es que sus elementos instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la Administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (satisfacción de los intereses generales), el carácter con que lo hace (de modo continuo o regular), los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico) y las prerrogativas inherentes a la específica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del derecho público. Los elementos personales o reales que se integran en la actividad administrativa no deben ser diferentes de los necesarios para el desarrollo de cualquier actividad humana útil o productiva, pues su característica radica en la afección teleológica o instrumental al servicio..."*. Desde este punto de vista no ofrece duda que la zona donde presuntamente se produjo la caída se integra instrumentalmente en el servicio público, puesto que su fin es el de permitir el acceso de los ciudadanos que acuden en demanda de la asistencia sanitaria.

Ahora bien, el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa no supone que se responda de forma automática, tras constatar la realidad de la lesión. La Sentencia del TS de 13 de Septiembre de 2002 unifica criterios en torno al alcance de la responsabilidad objetiva de la Administración respecto al funcionamiento de sus servicios públicos, recordando: *"reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo que tiene declarado, en Sentencia de 5 junio de 1998 (recurso 1662/94), que 'la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico'*. Y en la sentencia de 13 de noviembre de 1997 (recurso 4451/1993) también afirmamos

*que aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Sala como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla".*

En materia de responsabilidad patrimonial ha de partirse de la regla base de que corresponde a los reclamantes probar la realidad de los hechos que alegan, la certeza de las lesiones que aducen y la relación de causalidad entre el evento lesivo y el actuar de la Administración (arts. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6 RRP) y a la Administración la de los hechos que la desvirtúen (art. 217.3 de la referida LEC), sin perjuicio del deber de colaboración para el esclarecimiento de los hechos que pesa sobre la Administración.

En el supuesto que nos ocupa este Órgano Consultivo considera que la reclamante no ha acreditado que la caída se produjera en la escalera de acceso al Policlínico del HUVA, ni la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

Analizaremos a continuación cada una de estas afirmaciones y las pruebas que, al respecto, se han desplegado:

1ª. El hecho de que la caída se produjese en la escalera de acceso al Policlínico del HUVA no ha quedado suficientemente acreditado, pues a tal fin sólo acompaña dos informes de alta del Servicio de Urgencia del HUVA, en el primero de los cuales se hace constar que la paciente refiere haber sufrido una caída casual (folio 4) y en el segundo se indica que la caída se produjo en una escalera, pero sin especificar cuál (folio 5).

2ª. Aun admitiendo a efectos puramente dialécticos que la caída se hubiese producido de la forma que indica la reclamante, lo que no se ha demostrado es que aquélla se debiera a un riesgo generado por la Administración. Establece la interesada como causa de la caída la deficiente configuración de la escalera, con peldaños irregulares, falta de barandilla central y superficie no antideslizante. La primera cuestión que cabe dilucidar al respecto se centra en establecer qué norma, si es que la hay, cabe entender infringida en lo que a los elementos de seguridad de dicha escalera se refiere. Pues bien, la reclamante identifica como tales una serie de normas que indica en su escrito de alegaciones, cuya aplicación, sin embargo, rebate el técnico de la Administración instructora; unas por no ser de aplicación al tipo de construcción que nos ocupa, otras por haber entrado en vigor con posterioridad a la fecha en la que tuvo lugar la construcción del Hospital. Por

su parte la instructora del expediente afirma haber estudiado diversa normativa, sin encontrar ningún precepto de aplicación al supuesto que nos ocupa.

Como ya indicábamos en nuestro Dictamen 87/2010, las edificaciones anteriores a la entrada en vigor del Código Técnico de Edificación (vigente desde el año 2006), tuvieron, en su momento, que atenerse a una serie de normas técnicas que garantizaran la seguridad de sus usuarios. Analizado el ordenamiento jurídico vigente en esos momentos y obviando las ordenanzas municipales que pudieran resultar de aplicación, se constata que la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden del Ministerio de Trabajo de 9 de marzo de 1971 lo sería, aunque su artículo primero, al delimitar su ámbito de aplicación, establezca que *“a las disposiciones de esta Ordenanza se ajustará la protección mínima de las personas comprendidas en el ámbito del Sistema de la Seguridad Social, a fin de prevenir accidentes y enfermedades profesionales y de lograr las mejores condiciones de higiene y bienestar en los centros y puestos de trabajo en que dichas personas desarrollen sus actividades”*, porque, como afirma la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en Sentencia de 4 de junio de 2002, este ámbito de aplicación no se desdibuja por el artículo 12, cuando dispone la aplicación de la Ordenanza a las personas, comprendidas en su ámbito, aun cuando en ellas no concurra la condición de empresario ni la de trabajador por cuenta ajena. Pues bien, el artículo 17.6 de la citada Ordenanza dispone que *“las escaleras entre parámetros de anchura inferior a un metro tendrán por lo menos un pasamanos, preferentemente al lado derecho en sentido descendente”*, y el núm. 7 del mismo precepto indica que *“las escaleras cuya anchura sea igual o superior a un metro tendrán una barandilla en cada lado abierto y pasamanos en los cerrados”*.

Según el informe del arquitecto técnico del SMS la escalera tiene una anchura de 2,6 metros, lo que obliga, según la Ordenanza anteriormente mencionada, a contar con una barandilla en cada lado abierto, circunstancia que se cumple tal como se comprueba en las fotografías que constan incorporadas al expediente. Es más, aunque resultara de aplicación la Orden de 15 de octubre de 1991, de la Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Medio Ambiente, la escalera no precisaría una barandilla central al no superar los tres metros de anchura. Por otro lado, la principal anomalía que se imputa a la escalera, es decir, que la superficie de terminación de los peldaños no es antideslizante, no ha sido probada por la reclamante; así, el perito de parte en su informe admite que *“los peldaños que componen la escalera están formados por huellas de piedra natural estando su parte superior acabada en forma rugosa”*, por otro lado el técnico del SMS es más explícito detallando en qué consiste esa *“forma rugosa”* y así explica que los peldaños son de material antideslizante (granito gris perla flameado) -folio 137-, afirmando al folio 122 que el acabado de dichos peldaños cumple con la normativa vigente. Por último, se coincide con el técnico del SMS al considerar que las pequeñas desigualdades entre las tabicas de los peldaños

no han podido constituir un elemento determinante en la caída que la reclamante dice haber sufrido.

Lo anterior lleva al Consejo a considerar irrelevantes los defectos técnicos alegados por la interesada a efectos de considerarlos, por sí solos, como determinantes de responsabilidad patrimonial. En efecto, la interesada afirma que cayó por la escalera y que la causa fue su deficiente configuración, pero nada añade sobre las circunstancias que rodearon dicho evento: no concreta en qué punto se produjo la caída, si iba sola o acompañada, atenta o distraída, etc.

Sin perjuicio de lo anterior, aún con ausencia de barandilla central y bandas antideslizantes, el daño sufrido por la reclamante sólo se podría considerar imputable a ella misma, pues en uno de los lados de aquella existe una rampa con barandilla, que si bien concebida al objeto de la eliminación de barreras para discapacitados, nada impide su utilización por el usuario que así lo desee. Es más, en el presente caso la más elemental prudencia por parte de la interesada exigía que la hubiese utilizado, porque si, a su juicio, la escalera no era segura y a ello se suma que según aparece acreditado en su historia clínica es padecedora de osteoporosis, con múltiples antecedentes de fracturas (folio 5), nunca debió asumir el riesgo que entrañaba descender por la escalera cuando podía hacerlo por la rampa. Este comportamiento determina que la única causa del resultado lesivo sea la conducta imprudente de la actora y que, por tanto, el nexo causal, de existir, habría quedado roto. En este sentido se pronuncia la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de noviembre de 1997, en un supuesto en el que la demandante, conocedora de sus limitaciones físicas por su edad y por el trastorno degenerativo de la articulación de la cadera de que era víctima, utiliza, para salir de un Museo, la escalera en vez de hacerlo en el ascensor que existía en el local.

Así las cosas, puede afirmarse que la carga de la prueba que a la reclamante corresponde no ha sido debidamente desempeñada, lo que conduce a que este Consejo Jurídico no pueda dictaminar favorablemente la pretensión indemnizatoria por no apreciar que exista relación de causalidad entre el estado de la escalera de acceso al Policlínico del UVA y el accidente que la interesada afirma haber sufrido.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial consultada, por no haber quedado acreditada la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños alegados.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 240-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	21/11/2011

**Extracto de doctrina**

En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 12 de junio de 2008, x presentó un escrito, dirigido a la Consejería de Sanidad de esta Administración regional, de reclamación de responsabilidad patrimonial. En síntesis, en el mismo expresa que el 8 de mayo de 2007, debido a un fuerte dolor torácico, acudió al Servicio de Urgencias del hospital “*Morales Meseguer*”, de Murcia. Al comunicar al facultativo que le asistía sus antecedentes personales, le informó que llevaba colocado en el antebrazo izquierdo una FAVI (fístula arteriovenosa interna para la realización de diálisis); a pesar de ello y de que el personal sanitario debía conocer que el brazo en que se llevan implantadas estas fístulas debe evitarse hacer presión y no cargar pesos, afirma que, en las maniobras que le realizaron las enfermeras para practicarle una analítica de sangre, le causaron la rotura de dicha FAVI. Además, se le trasladó al Servicio de Cardiología para practicarle una ergometría, prueba que, en su opinión, estaba contraindicada en pacientes sometidos a tratamiento de hemodiálisis, que no debían someterse a ejercicios violentos, y que antes de iniciar dicha prueba no firmó el correspondiente documento de consentimiento informado ni se le protegió la extremidad donde tenía colocada la fístula. Durante el transcurso de dicha prueba, ésta hubo de suspenderse, sin que se pudiera reanudar, por el cansancio que le sobrevino.

Ante la preocupación por la rotura de la fístula, pues no notaba su latido habitual, además de no desaparecer el dolor torácico, fue a su centro de hemodiálisis (--, de Cieza), donde comprobaron que la fístula no funcionaba y no tenía thrill, remitiéndolo para valoración al hospital “*Virgen de la Arrixaca*”, de Murcia. En dicho hospital se confirmó que la FAVI no funcionaba y, ante

la urgencia de la situación para proseguir con sus diálisis, se le instauró un catéter femoral derecho, remitiéndolo para seguimiento y control a su centro de hemodiálisis.

El 22 de mayo, y a solicitud de su nefrólogo, acudió al hospital “Reina Sofía”, de Murcia, donde le realizaron una radiografía (en la que, según afirma, también se apreciaba la “parada” de la FAVI) y se procedió a la implantación percutánea de un catéter venoso tunelizado en la yugular derecha, retirándole dos días más tarde el catéter femoral instalado en su día en el hospital “Virgen de La Arrixaca”.

Finalmente, señala el reclamante que, a indicación del Dr. x (facultativo del Servicio Murciano de Salud -SMS- y por cuenta de este Organismo, según se desprende de la documentación obrante en el expediente), fue remitido a la Clínica San José, de Alcantarilla, donde el 13 de junio de 2007 se le realizó una trombectomía en la zona (se refiere al antebrazo izquierdo en donde llevaba la FAVI), desmontando y reparando dicha fístula e implantándola unos centímetros más abajo, donde se obtuvo un buen thrill. Casi tres meses después (en concreto, el 3 de septiembre de 2007), en el hospital “Reina Sofía” se le retiró el catéter yugular antes citado, para lo que precisó seis puntos de sutura, tres en la yugular derecha y tres en la parte derecha del pecho, en los dos orificios que le hicieron para colocárselo, de los que aún conserva las cicatrices, lo que le ocasionan un perjuicio estético.

Además de tales cicatrices, el interesado alega los padecimientos sufridos por las molestias derivadas de la colocación, retirada y adaptación de los dos catéteres implantados, con los riesgos que esto ocasionaba, pues de su colocación se derivaban más complicaciones e inconvenientes que de la fístula que llevaba. Asimismo, tuvo que realizar viajes casi semanales a Murcia para la revisión de dichos catéteres y visitas casi diarias a su nefrólogo. También señala que los hechos relatados han perjudicado gravemente su tratamiento de hemodiálisis.

Por todo ello, solicita una indemnización de ocho mil doscientos setenta y siete euros con sesenta y tres céntimos de euro (8.277,63 €), más el interés legal que procediese, cantidad que desglosa de la siguiente manera, según valoración conforme al baremo aplicable en materia de accidentes de tráfico para el año 2007:

- Por el perjuicio estético que le causan las cicatrices, valorado en 4 puntos: 2.677,16 euros.
- Por incapacidad temporal con estancia hospitalaria de un día: 61,97 euros.
- Por incapacidad temporal impeditiva durante un período de 110 días: 5.538,05 euros.

Por último, el reclamante propone como medios de prueba la documental, consistente en determinados informes clínicos que aporta, emitidos por los distintos facultativos que le asistieron en los diferentes centros sanitarios a los que acudió, así como fotografías de las cicatrices que le quedaron; también solicita la prueba testifical de los facultativos que indica y que le asistieron durante su proceso.

**SEGUNDO.-** Mediante resolución de 25 de junio de 2008 el Director Gerente del SMS admitió a trámite la reclamación, lo que fue notificado a las partes interesadas.

**TERCERO.-** En la misma fecha, la instructora del procedimiento requirió a los antes citados centros sanitarios copia de la historia clínica del reclamante e informes de los facultativos que lo atendieron.

**CUARTO.-** Mediante oficio de 16 de julio de 2008, el Director Gerente del hospital “Morales Meseguer” atendió el requerimiento efectuado, destacando el informe emitido el 8 anterior por el Jefe de Servicio de Urgencias, en el que expresa lo siguiente:

*“El paciente acude a este Servicio el día 6 de mayo de 2007, siendo el motivo de consulta dolor retroesternal opresivo no irradiado, junto con náuseas y sensación disnéica y que tras la ingestión de cafinitrina sublingual sufre síncope con posterior recuperación. En la exploración no se objetivó ningún dato relevante y con electrocardiograma normal.*

*Ante los datos clínicos expuestos por el paciente y los antecedentes personales de fumador y de insuficiencia renal en diálisis, se informa al enfermo que para disipar el diagnóstico de cardiopatía isquémica se le iba a incluir en protocolo de dolor torácico, que en síntesis consiste en la realización de pruebas analíticas y electrocardiografías seriadas en 12 horas y para finalizar con una ecocardiografía de estrés o prueba de esfuerzo, como fue este caso, y si los resultados obtenidos son normales, nos permite concluir que el dolor relatado por el paciente tiene poca probabilidad de ser de origen cardíaco.*

*El resultado de la pruebas analíticas y electrocardiogramas seriados durante 12 horas fueron normales, también el resultado de la prueba de esfuerzo fue negativo, clínica y ecocardiográficamente, al alcanzar el 88% de FCMT, por lo que el paciente fue dado de alta con la recomendación de que dejara de fumar.*

*Ante los hechos expuestos consideramos que la actuación de los profesionales de urgencias fue adecuada en todo momento. En cuanto a lo referido por el paciente queremos manifestar que:*

*- Sí firmó el consentimiento informado para realizar la ergometría, como así consta en la historia clínica.*

*- En cuanto a la rotura de la FAV, como manifiesta el paciente, no es tal, sino lo que se objetiva por ecografía es la presencia de material trombótico en la FAV, que es la causa más frecuente de obstrucción de las FAV, como así ocurre en más del 35 % de los pacientes en el transcurso de los años, hecho favorecido por el hábito tabáquico y episodios de hipotensión, hechos que concurren en el enfermo.*

*Estos hechos nos hacen dudar de que las causantes de la presencia de material trombótico en la FAV se deriven de la actuación de los profesionales de Urgencias".*

**QUINTO.-** Mediante oficio de 24 de septiembre de 2008 del Director Gerente del hospital "Virgen de la Arrixaca" se remitió copia de la historia clínica del reclamante, así como informe del 17 anterior del Jefe de Servicio de Nefrología, en el que se remite al informe de alta del Servicio de Urgencias de 9 de mayo de 2007 por facultativo de dicho Hospital, en el que se especificaba que, remitido el paciente el 9 de mayo desde su centro de hemodiálisis de Cieza por comprobar que no funcionaba su FAVI, se procedió a la colocación de un catéter femoral derecho, tras lo cual se realizó la sesión de hemodiálisis correspondiente, ambas actuaciones sin incidencias, proponiéndose en dicho informe de alta la reconstrucción proximal de la FAVI o, de no ser posible, la realización de un nuevo acceso vascular.

**SEXTO.-** Mediante oficio de 9 de octubre de 2008, el Director Gerente del hospital "Reina Sofía" remitió la historia clínica del reclamante e informe del Servicio de Radiología, en el que, en síntesis, se expresa que "al citado paciente se le realiza un estudio ecográfico de la fístula trombosada (15 de mayo de 2007), en el que se vio que era irrecuperable radiológicamente, por lo que se decidió implantarle un catéter tunelizado a vena yugular interna derecha (22 de mayo de 2007), con la finalidad de que se pudiera realizar la diálisis a través del mismo".

**SÉPTIMO.-** Mediante oficio de 28 de febrero de la entidad "--" se remitió diversa documentación sobre la atención al reclamante en el centro de diálisis --, de Cieza, por cuenta de la Fundación Hospital de Cieza. Entre la misma destaca un informe de la Unidad de Diálisis sobre las pautas de hemodiálisis que se dispensa al interesado desde el 20 de octubre de 2008, así como un

informe médico del Dr. x, nefrólogo del centro, sobre diversos aspectos del paciente, de 29 de octubre de 2008, del que se destaca que éste lleva implantada una FAVI desde el 20 de marzo de 2003 y que en la actualidad la FAVI es normofuncionante, sin indicación alguna de las actuaciones reseñadas en los previos Antecedentes ni mención a que hubiera existido algún perjuicio en el tratamiento de hemodiálisis del interesado.

**OCTAVO.-** Obra en el expediente dictamen médico de 30 de junio de 2009, aportado por la aseguradora del SMS, emitido por especialista en Nefrología, que finaliza con las siguientes conclusiones:

*“1. La causa de la trombosis de la FAV {en ningún caso rotura} fue la estenosis en las zonas de punción y no encuentro relación con la actuación en urgencias.*

*2. No hay razón para no realizar una ergometría en un paciente de hemodiálisis distintas de las de la población general (por ejemplo, impedimento físico), que por otro lado fue beneficiosa y pasada con éxito por el paciente.*

*3. Los catéteres se implantaron para asegurar el mejor acceso posible en cada momento para el paciente. Estos permitieron seguir dializándole hasta obtener una nueva FAV.*

*4. Las cicatrices son las propias de los procedimientos de colocación y retirada de los catéteres y, por tanto, inevitables si lo que se pretende es que el paciente no corra riesgos derivados de la ausencia de su diálisis habitual”.*

**NOVENO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 21 de enero de 2011, concluyendo en la improcedencia de la indemnización, argumentando a tal efecto, entre otras consideraciones, lo siguiente:

*“Durante la diálisis o fuera de ella puede haber complicaciones en las FAV internas, como son hemorragia, infección, trombosis, estenosis, aneurismas, síndrome del robo, síndrome de la sangre negra, síndrome de hiperflujo, recirculación o compresión del nervio mediano. La trombosis también se relaciona con hipotensión, compresión, dormir sobre ese brazo etc.*

*Alguno de los informes aportados relacionan la trombosis subaguda diagnosticada con la hipotensión transitoria que el paciente sufrió en el servicio de urgencias (imputando el origen por consiguiente a la administración de cafinitrina, como secuencialmente describen en el informe de alta). Si este fuese el origen, no estaría fuera de lo habitualmente recomendado para la situación*

*clínica que se presentó. Otras circunstancias no directamente relacionadas con la asistencia pudieron favorecer que se originase el trombo. No se demuestra en ningún momento que se hayan obviado los cuidados generales, no reflejándose maniobras que pudiesen dañar la zona (vía venosa en MSD -página 50), no teniendo constancia de otros cambios externos en el área. La ergometría se realizó previo consentimiento informado, con resultados analíticos de no afectación cardíaca, y fue concluyente.*

*Por consiguiente, no se detecta en la asistencia en el servicio de urgencias daño al paciente, ni déficit en la utilización de los procedimientos o cuidados, ni alteración en los protocolos, ni mala utilización de los mismos. El tratamiento de la malfunción de la fístula se corrigió y los informes indican normofunción”.*

**DÉCIMO.-** Mediante oficio de 4 de febrero de 2011 se acuerda un trámite de audiencia y vista del expediente para las partes, sin que conste su comparecencia ni la presentación de alegaciones.

**UNDÉCIMO.-** El 11 de marzo de 2011 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar, de acuerdo con los informes emitidos, que la actuación sanitaria pública se ajustó a la “*lex artis ad hoc*”, criterio al que hay que atenerse en estos casos, según jurisprudencia que cita.

**DUODÉCIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento de este escrito se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, la reclamante está legitimada para solicitar indemnización por el daño moral inherente al fallecimiento de su cónyuge. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a los servicios públicos sanitarios de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.  
Consideraciones generales.**

La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración de la responsabilidad de la Administración que se desprende del artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce *“el derecho a la protección de la salud”*, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

-Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación de éste ha de regirse por la denominada *“lex artis ad hoc”*, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *“lex artis”* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. La *“lex artis”*, por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

Así, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo*

*deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”.*

Asimismo, la STS, Sala 3ª, de 23 de marzo de 2011, expresa que *“ la actividad sanitaria no permite exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, ya que su función ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria, utilizando al efecto los medios y conocimientos que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir en todo caso la curación del paciente”.*

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.*

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la *“lex artis”* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que habría de declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que, por ejemplo, no pudieran evitar la muerte de un paciente, o la producción de lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica, cuando la correspondiente actuación sanitaria fue realizada conforme a la *“lex artis”*, responsabilidad que, por lo dicho, no puede admitirse.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos

médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Inexistencia.**

En el presente caso, el interesado reclama indemnización por daños consistentes en un periodo que considera de incapacidad temporal impeditiva derivado de la alegada rotura por los servicios sanitarios regionales de la FAVI que llevaba implantada en su antebrazo derecho para la realización de diálisis, lo que motivó la instalación sucesiva y subsiguiente retirada de dos catéteres (primero uno femoral, y luego uno yugular) hasta que, meses después, se pudo reimplantar la FAVI en el citado antebrazo, unos centímetros más arriba de donde lo llevaba originariamente colocado. Además de dicho periodo de incapacidad (en el que afirma que sufrió los perjuicios e inconvenientes apuntados en el Antecedente Primero), reclama por el perjuicio estético derivado de las cicatrices resultantes de la implantación del catéter yugular.

Dicha pretensión indemnizatoria se funda esencialmente en la alegación de que el personal sanitario del hospital “*Morales Meseguer*”, al que acudió el 8 de mayo de 2007 por un dolor torácico, al proceder a la realizarle la extracción de sangre para una analítica entonces prescrita, le manipularon el antebrazo izquierdo ocasionándole la rotura de la FAVI, a pesar de que les había informado previamente de que allí tenía implantada dicha fístula interna para realizarse sus diálisis. También señala que durante la ergonometría realizada no se le protegió la extremidad en la que llevaba la FAVI (aunque ni siquiera dice en qué medida tal prueba pudo perjudicar la fístula, sólo que no firmó para tal prueba el consentimiento informado, lo que, por lo demás, se desmiente a la vista del documento obrante en el folio 60 exp.). A partir de la alegada rotura de la FAVI (si bien en otras ocasiones afirma que en su centro de hemodiálisis y luego radiográficamente se comprobó

que la fístula “no funcionaba”, o que estaba “parada”, pero no habla de rotura de la misma), tuvo que procederse a implantarle sucesivamente dos catéteres, para posibilitar la realización de sus diálisis, con la, a su vez, sucesiva retirada de los mismos una vez se le pudo implantar la FAVI en otro lugar de su antebrazo izquierdo.

En primer lugar, debe señalarse que el reclamante no aporta ningún informe médico que sustente consideración alguna de mala praxis sanitaria en las actuaciones realizadas por la sanidad pública, sólo una nota de su centro de diálisis (sin fecha, pero que, a la vista de los informes de alta de 9 de marzo de 2007 de los hospitales “Morales Meseguer” y “Virgen de La Arrixaca” obrantes a los folios 12 y 16, entre otros, del expediente, puede deducirse que se emitió entre las 11.30 –fecha de salida de la primera alta- y las 19.43 horas –fecha de entrada en el segundo de los hospitales- del citado día 9 de marzo); en dicha nota el centro indica que, “al comenzar la sesión de hoy –de diálisis-, ésta –la FAVI- no funcionaba. Se aprecia soplo, pero no thrill” en la misma, circunstancia que motivó que dicho centro le remitiera al segundo de los citados hospitales para su valoración (a partir de lo cual se inicia el ya apuntado proceso de implantación y posterior retirada de los dos catéteres).

Los informes médicos emitidos por la aseguradora del SMS y la Inspección Médica, junto al del hospital “Morales Meseguer”, ponen de manifiesto que no hubo rotura alguna de la fístula, sino que en la radiografía entonces realizada se advirtió que existía una trombosis en el acceso vascular de la FAVI, circunstancia que, en la mayoría de los casos, se debía a estenosis del vaso y, en pequeños porcentajes, a otras circunstancias, como hipotensiones o presiones extrínsecas. El informe de la aseguradora señala concretamente que “en el momento de detectar la trombosis de la FAV se constata que existe soplo pero no thrill (así lo señalaba la nota del centro de hemodiálisis). Esto quiere decir que la FAV es todavía funcional (pasa sangre a su través) pero el flujo es insuficiente para asegurar una diálisis adecuada, por lo que se remite al paciente al Hospital Virgen de La Arrixaca. Estos datos sugieren estenosis, que además es la causa más frecuente de trombosis de la FAV en pacientes en hemodiálisis. Asimismo, en el eco-doppler se describe material trombotico en las zonas de punción de la FAV, lo que apoya más si cabe que el paciente tenía estenosis en las zonas de punción y que ésta es la causa principal que condiciona la trombosis. En caso de haberse trombosado por presión extrínseca, los hallazgos del eco-doppler habrían sido distintos y en ningún caso dependiente de la zona de punción”.

A partir de ello, el informe de la Inspección Médica, frente al innegable hecho de que la insuficiencia de la FAVI (nunca su rotura, pues, como decía el centro, había latido en la misma, pero no thrill), es advertida el mismo día en que previamente el paciente había ido al Servicio de Urgencias del hospital “Morales Meseguer” por dolor torácico, concluye que la falta de

funcionamiento adecuado de la fístula no puede deberse a la alegada presión extrínseca presuntamente realizada por las enfermeras al realizarle la extracción de sangre, según alega el reclamante, pues el informe de dicha Inspección agudamente advierte que la extracción se produjo en el brazo derecho del paciente (así, en el folio 50 exp. y el 9 de la historia clínica remitida por dicho hospital, se hace constar: “*vías venosas. MSD*”, es decir, en el miembro superior derecho), lo cual se puede explicar perfectamente ante la información dada por el paciente de que tenía implantada una FAVI en el antebrazo izquierdo. Esta circunstancia sobre el brazo utilizado para la extracción de sangre, distinto al que llevaba dicha FAVI, resulta especialmente relevante a los efectos que nos ocupan, por lo que debe ser recogida por la propuesta de resolución, que guarda silencio al respecto.

Considerando las anteriores circunstancias y que no hay dato alguno que permita afirmar que la realización de una prueba de esfuerzo como la realizada en su día al paciente pueda provocar la parada de una FAVI, y que, sin embargo, los informes coinciden en que episodios de hipotensión pueden incidir en la trombosis de estas fístulas (uno de los cuales sufrió el reclamante por la ingesta de cafinitrina sublingual -aunque luego las pruebas y análisis no confirmaran patología cardíaca a la que imputar el dolor torácico-, todo ello según los citados informes), el informe de la Inspección Médica pone el acento en dicho episodio de hipotensión para explicar que entonces se evidenciara la zona trombótica y la insuficiencia del funcionamiento de la FAVI, a partir en todo caso de una situación de estenosis, según se refiere en el informe de la aseguradora del SMS.

Por todo ello, sin haberse cuestionado el proceso posterior, dirigido a posibilitar la diálisis del paciente en tanto se podía proceder a la reconstrucción proximal de su FAVI (antes al contrario, dicho proceso se estima conforme a la *lex artis ad hoc* según los citados informes), no existe fundamento alguno para imputar la insuficiencia, parada o trombosis de la FAVI al funcionamiento de los servicios sanitarios regionales, sin que concurra la existencia de la infracción a la “*lex artis ad hoc*” que es jurídicamente necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional. Por ello, procede desestimar la reclamación de referencia.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No concurre infracción a la “*lex artis ad hoc*” o mala praxis médica en el caso de que se trata, no existiendo, entre los daños por los que se reclama indemnización y el

funcionamiento de los servicios sanitarios regionales, la relación de causalidad que es jurídicamente necesaria y adecuada para determinar la responsabilidad de la Administración regional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente, debiendo completarse la misma en el sentido señalado en la Consideración Cuarta, antepenúltimo párrafo, del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 241-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x. por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	21/11/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.
- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada al afectado x, según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrado por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dió traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los*

*medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que “*efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 67 años.*

*Antecedentes personales: No alergias. No hábitos tóxicos. No factores de riesgo cardiovascular. No cirugía previa.*

*Enfermedad oncológica:*

*Diagnóstico: Adenocarcinoma de pulmón (lóbulo inferior derecho) cT4 pN2 MO.*

*Estadio: IIIB.*

*Fecha del diagnóstico: 13/2/2007.*

*Tratamiento de la neoplasia: Tras mediastinoscopia diagnóstica (13/2/07) se planteó tratamiento con quimioterapia neoadyuvante seguida de tratamiento locorregional. Se inició quimioterapia con esquema cisplatino-vinorelbina el día 16/3/07 (2ª dosis del primer ciclo el día 23/3/08).*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de cisplatino:*

*Situación en el momento de la administración del tratamiento: inicio de tratamiento (primer ciclo de quimioterapia).*

*Fecha de administración: 16/3/07.*

*Dosis total de cisplatino prescrita: 172 mg iv.*

*Toxicidad aguda (máxima):*

*- Digestiva: Náuseas grado 3.*

*- Mielotoxicidad: Neutropenia grado 4 (sin complicaciones infecciosas añadidas), que motivó un retraso de una semana para el segundo ciclo.*

*- Ototoxicidad: grado 2 (hipoacusia derecha de 40db con caída de agudos).*

*- Nefrotoxicidad: grado 1, con Creatinina máxima de 1.68 mg/dL (21/3/08), resuelta (Cl Creatinina: 78 ml/minuto el día 9/4/08).*

*- Neurotoxicidad: no*

*- Otras toxicidades:*

*epigastralgia grado 3.*

*anorexia grado 1.*

*astenia grado 2.*

*hepatotoxicidad grado 1 (máximo: ALT 97) asintomática*

*Ingreso hospitalario: no.*

*Evolución posterior y situación actual:*

*Evolución de la neoplasia: Posteriormente se continuó tratamiento con un esquema no nefrotóxico dado el antecedente de sobredosificación por cisplatino. Se administró carboplatino-gemcitabina el día 11/4/07. Tras este 2º ciclo, se objetivó progresión de la neoplasia pulmonar, por*

lo que se cambió el tratamiento a quimiorradioterapia con paclitaxel semanal en Mayo y Junio-07. Tras completar el tratamiento había estabilización de las lesiones pulmonares y mediastínicas, por lo que se decidió seguimiento, que continúa hasta la fecha, sin que haya habido progresión posterior de la neoplasia e incluso con disminución progresiva de las adenopatías mediastínicas (última revisión el 25/2/08).

*Toxicidad crónica o residual:*

- Ototoxicidad; no nos constan controles posteriores audiométricos.
- Nefrotoxicidad: no.
- Neurotoxicidad: no.
- Otras toxicidades: no.

*Situación actual:* Buen estado general, con tos y astenia ocasionales; neoplasia estable desde Mayo-2007, sin datos de progresión en el último control. Sin tratamiento antineoplásico activo actual.

*Juicio diagnóstico:*

- Adenocarcinoma de pulmón cT4 pN2 M0 (IIIB) tratado con quimioterapia neoadyuvante y quimiorradioterapia concurrente.
- Toxicidad residual por cisplatino: no".

En la nota 2 del informe se hace referencia a que la valoración de la ototoxicidad se ha hecho con los datos disponibles en el Servicio, si bien es posible que existan datos adicionales en el Servicio de Otorrinolaringología.

**SEXO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cisplatino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal del paciente por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 18 de diciembre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, de 12 de julio de 2009, de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presentó el paciente con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que en este caso la fecha de administración de 16 de marzo de 2007 coincide con el periodo en que se utilizó la doble concentración. También que los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de este paciente presentó como toxicidad aguda la sintomatología digestiva y nefrológica, que se resolvió sin problemas.

En cuanto a la toxicidad residual presentó acúfenos y disminución de audición en audiometría (revisión de 29 de febrero de 2008).

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que valoró el daño causado en la cuantía de 2.681,71 euros.

Dicho importe se desglosa valorando un periodo de incapacidad temporal, que asciende a 1.247,41 euros por 7 días improductivos (a 50,35 euros por día), y 33 no improductivos (a 27,12 euros por día), y la incapacidad permanente, que asciende a 2.147,16 euros por la secuela de pérdida de agudeza auditiva (4 puntos), a razón de 536, 79 euros por punto, sin que se tenga en cuenta ningún factor de corrección al no tenerse constancia de que pudiera aplicarse. El importe así obtenido se aminora en un 21%, es decir, en la cuantía de 712,86 euros por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino.

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por

la Inspectoría Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cisplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta que el paciente formulara alegaciones.

**DUODÉCIMO.-** Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**DECIMOTERCERO.-** La propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (1.788 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (894 euros), más los intereses legales correspondientes, si bien atribuye la responsabilidad subsidiaria de la Administración respecto a la cuantía a abonar al paciente por el citado Laboratorio.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 14 de abril de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que el paciente recibió ciclo de quimioterapia con Cisplatino en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma

equivocada el pedido de viales (Cisplatino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 18 de diciembre de 2009).

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un error de medicación, al suministrar a 25 pacientes afectados de procesos oncológicos una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino.

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso "registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos".

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase

coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra

enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación, etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el precitado informe de 18 de diciembre de 2009 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a prueba de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

#### **QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

##### I. Relación de causalidad.

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño,*

*quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”.*

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”.* También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección *“en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%”* (informe de 12 de julio de 2009). De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un

pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, si no imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen

núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro, que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento.

Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

### III. Responsabilidad directa de la Administración.

Por último, debe suprimirse de la propuesta de resolución la referencia a la responsabilidad subsidiaria de la Administración regional respecto al pago de la cuota correspondiente al Laboratorio Farmacéutico, en tanto la responsabilidad de aquélla es directa, como ha reconocido este Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 2/2000, 9, 20, 31 y 32, todos de 2002, y 177/2006, en la interpretación sistemática del artículo 97 TRLCAP.

En el presente caso, ante el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial por la Administración, ésta debe resolver respondiendo directamente de los daños ante el afectado, sin perjuicio de la acción de regreso que deba ejercitar contra la contratista a fin de atribuirle la cuota de responsabilidad que le pudiera corresponder por los hechos. A este respecto el Consejo de Estado ha declarado que los particulares no tienen el deber de soportar la incertidumbre jurídica de la última imputación del daño (Dictámenes de 18 de junio de 1970, 21 de julio de 1994 y 28 de

enero de 1999). En este mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo al afirmar que la naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad de la Administración impide a ésta desplazar la misma al contratista, sin perjuicio de la acción de repetición de aquélla contra éste (entre otras, Sentencias de la Sala 3ª, de 19 de mayo de 1987 y de 23 de febrero de 1995).

**SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 2.682 euros, al afectado, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Por parte del afectado no se han presentado alegaciones, ni se ha cuestionado la cuantía indemnizatoria propuesta.

Encontrándose justificada la cuantía indemnizatoria fijada por el órgano instructor, salvo la aplicación de un coeficiente reductor del 21% por la toxicidad intrínseca del Cisplatino que debe ser motivado, este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a lo señalado anteriormente sobre la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente al afectado, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA**.- No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad y la supresión de la mención a la responsabilidad subsidiaria (Consideración Quinta).

**TERCERA**.- La cuantía indemnizatoria se considera justificada, salvo la cuestión suscitada en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 242-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	21/11/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.

- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades en el tratamiento dado a 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada a x según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrado por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dió traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que*

*demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que *“efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 39 años.*

*Antecedentes personales: Origen ucraniano, ingesta etílica importante, con síndrome de privación durante el ingreso hospitalario. Apendicectomizado. No alergias.*

*Enfermedad oncológica:*

*Diagnóstico: Adenocarcinoma gástrico pT2 pN1 MO diagnosticado en Octubre-04 y tratado con gastrectomía parcial, seguida de quimiorradioterapia adyuvante entre Noviembre-04 y Marzo-*

2005. Seguimiento posterior normal hasta Enero-2007, cuando es diagnosticado de recaída pulmonar y ósea (metástasis osteolítica en pubis).

*Estadio: Recurrente (recaída metastásica ósea y pulmonar)*

*Fecha del diagnóstico: Enero-07*

*Tratamiento de la neoplasia: Radioterapia paliativa antiálgica y bisfosfonatos iv (zolendronato), seguida de quimioterapia con esquema cisplatino-docetaxel (75 mg/m<sup>2</sup> iv día 1; 75 mg/m<sup>2</sup> iv día 1; cada 21 días), de la que se administró el primer ciclo el día 12/3/2007.*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de cisplatino:*

*Situación en el momento de la administración del tratamiento: Buen estado general (ECOG 1), con dolor controlado con morfina oral.*

*Fecha de administración: 12/3/2007.*

*Dosis total prescrita de cisplatino: 133 mg.*

*Toxicidad aguda (máxima):*

*Digestivo: náuseas y vómitos grado 2 de 7 días de duración*

*Mielotoxicidad: no.*

*Ototoxicidad: no (no audiometría).*

*Nefrotoxicidad: no.*

*Neurotoxicidad: no.*

*Otras toxicidades: no.*

*Ingreso hospitalario: no.*

*Evolución posterior y situación actual:*

*Evolución de la neoplasia: El paciente continuó quimioterapia con el mismo esquema hasta completar 7 ciclos (hasta Agosto-07), con estabilización de la neoplasia. Posteriormente, a principios de Septiembre-07, progresión neoplásica con pérdida de peso, dolor creciente e intolerancia digestiva, por lo que precisó ingreso hospitalario en dos ocasiones. Se inició tratamiento con nueva línea de quimioterapia (CPT11-5FU), pero sólo recibió un ciclo (26/9/07) por empeoramiento clínico rápidamente progresivo. Reingresó el 26/10/2007 para tratamiento sintomático, y fue trasladado a su país en situación terminal.*

*Toxicidad crónica o residual: no.*

*Situación actual: No seguimiento posterior, pero probablemente fallecido por progresión de la neoplasia gástrica.*

*Juicio diagnóstico:*

*Adenocarcinoma gástrico pT2N1M0, tratado con cirugía y quimiorradioterapia adyuvante. Recaída metastásica ósea y pulmonar, sin respuesta a quimioterapia”.*

En la nota 2 del informe se hace referencia a que la valoración de la ototoxicidad se ha hecho con los datos disponibles en el Servicio, pero es posible que existan datos adicionales en el Servicio de Otorrinolaringología.

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cisplatino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal del paciente por el posible error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 27 de noviembre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, de 23 de octubre de 2009, de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presentó el paciente con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que en este caso no hay seguridad de que se administrara sobredosis en el primer ciclo (fecha 13/3/07), siendo en el segundo (2/4/07) donde se utilizó el lote Z-012, que corresponde al Cisplatino de 100 mg. También que los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de este paciente presentó como toxicidad aguda intolerancia digestiva, sin que haya constancia de secuelas, siendo trasladado a su país de origen a finales de 2007, dada su situación terminal.

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo trascurrido desde

que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que valoró el daño causado en la cuantía de 296,06 euros.

Dicho importe se obtiene valorando un periodo de incapacidad temporal, que asciende a 352,45 euros por 7 impeditivos (a 50,35 euros por día). Dicho importe se reduce en un porcentaje del 16% (56,39 euros) por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino.

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cisplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta que el paciente o sus herederos, en el caso de que hubiera fallecido, hayan comparecido o formulado alegaciones, habiéndose intentado la notificación en el último domicilio conocido, y publicados los edictos en el Boletín Oficial de la Región de Murcia y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Murcia.

**DUODÉCIMO.-** Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**DECIMOTERCERO.-** La propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (197 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (99 euros), más los intereses legales correspondientes.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 10 de mayo de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que el paciente recibió ciclo de quimioterapia con Cisplatino en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cisplatino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio

de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 27 de noviembre de 2009).

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

#### **CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un posible error de medicación en el suministro de medicación a 25 pacientes afectados de procesos oncológicos (una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino).

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error

humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica, en su informe de 27 de noviembre de 2009:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso "registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos".

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación, etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las

que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el precitado informe de 27 de noviembre de 2009 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a prueba de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

#### **QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

##### I. Relación de causalidad.

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”*.

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”*. También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del

medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección “*en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%*” (informe de 23 de octubre de 2009). De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador

por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, si no imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro, que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas

adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento. Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

**SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 296,06 euros al afectado, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Encontrándose justificada la cuantía indemnizatoria fijada por el órgano instructor, salvo la aplicación de un coeficiente reductor del 16% frente al fijado en otros expedientes, este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente al afectado, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA.-** No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad (Consideración Quinta).

**TERCERA**.- La cuantía indemnizatoria se considera justificada, salvo la observación realizada en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 243-2011**

**Asunto** Revisión de oficio instada por x, en relación con el expediente sancionador en materia urbanística

**Consultante** Ayuntamiento de Mazarrón

**Fecha** 21/11/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.

- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada al afectado x, según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrado por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dió traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que*

*demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que *“efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 62 años.*

*Antecedentes personales: No alergias. Fumador. No factores de riesgo cardiovascular. Apendicectomizado.*

*Enfermedad oncológica:*

*Diagnóstico: Carcinoma microcítico de pulmón (lóbulo superior izquierdo) cT4 N2 MO.*

*Estadio: limitado a tórax.*

*Fecha del diagnóstico: Febrero-2007.*

*Tratamiento de la neoplasia: Quimioterapia con cisplatino y etoposido (100 mg/m<sup>2</sup> iv, día 1; 100 mg/m<sup>2</sup>/día iv x 3 días; cada 21 días), de la que se habían administrado tres ciclos entre el 13/2/07 y el 28/3/07, asociados a radioterapia concurrente desde el 7/3/07.*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de cisplatino:*

*Situación en el momento de la administración del tratamiento: Buen estado general y ausencia de toxicidad relevante.*

*Fecha de administración: 28/3/07.*

*Dosis total prescrita de cisplatino: 165 mg iv.*

*Toxicidad aguda (máxima):*

- *Digestivo: náuseas grado 3 y vómitos grado 2; esofagitis grado 4.*
- *Mielotoxicidad: neutropenia grado 3 sin fiebre, tratada con GCSF; anemia grado 3, que requirió transfusión de hematíes; trombopenia grado 4, que requirió transfusión plaquetaria.*
- *Ototoxicidad: acúfeno grado 2; pérdida auditiva grado 2 (audiometría: hipoacusia perceptiva bilateral en frecuencias agudas con audición normal en frecuencias graves).*
- *Nefrotoxicidad: grado 3 (Creatinina máxima: 3.83 mg/dL), que precisó ingreso hospitalario para hidratación, con resolución completa al alta (Creatinina 1.2 mg/dL., con ClCreat 50 ml./min.)*
- *Neurotoxicidad: no.*
- *Otras toxicidades: astenia y anorexia grado 2.*

*Ingreso hospitalario: sí.*

- *Fechas: 3/4/07 al 18/4/2007.*
- *Diagnósticos: Insuficiencia renal aguda tóxica.*
- *Complicaciones sobreañadidas: Esofagitis grado 4, que requirió nutrición parenteral.*

*Evolución posterior y situación actual:*

*Evolución de la neoplasia: Tras recuperación de la toxicidad, se continuó quimioterapia sustituyendo el cisplatino por carboplatino. Se administraron un total de tres ciclos más hasta Junio-07. Toxicidad: neurotoxicidad periférica grado 2, anemia grado 3, trombopenia grado 3, náuseas grado 1, mucositis grado 1. Tras finalizar el tratamiento, respuesta completa clínica, por lo*

que posteriormente, en Agosto-07, se administró irradiación craneal profiláctica. Seguimiento posterior sin recaída.

*Toxicidad crónica o residual:*

- Ototoxicidad: no valorada en la última visita.
- Nefrotoxicidad: no.
- Neurotoxicidad: grado 2, atribuible a cisplatino, consistente en neuropatía periférica sensitiva de predominio plantar.
- Otras toxicidades: no.

*Situación actual: Vivo, sin evidencia de recaída y sin tratamiento antineoplásico activo. Buen estado general*

*Juicio diagnóstico:*

- Carcinoma microcítico de pulmón estadio limitado a tórax, en respuesta completa tras quimioterapia y radioterapia.
- Toxicidad por cisplatino residual: neurotoxicidad grado 2".

En la nota 2 del informe se hace referencia a que la valoración de la ototoxicidad se ha hecho con los datos disponibles en el Servicio, si bien es posible que existan datos adicionales en el Servicio de Otorrinolaringología.

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cistaplino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal del paciente por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 5 de abril de 2010, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, también de 5 de abril de 2010, de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presenta el paciente con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que el tercer ciclo suministrado el 28 de marzo de 2007 coincide con el periodo en el que se utilizó la doble concentración. También que los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de este paciente presentó como toxicidad aguda:

“- *Digestiva: náuseas grado 3 y vómitos grado 2.*

- *Mielotoxicidad: anemia, trombopenia y neutropenia grado 3 sin fiebre, que mejoró con tratamiento.*

- *Ototoxicidad: hipoacusia perceptiva bilateral en frecuencias agudas con audición normal en graves y medias. Acúfenos ocasionales.*
- *Nefrotoxicidad: insuficiencia renal aguda, permaneció ingresado del 3 al 18/04/09, resolviéndose la insuficiencia renal*".

También se expone que presentó como toxicidad residual:

*"- Mejora la ototoxicidad persistiendo acúfenos ocasionales, no refiere molestias en julio de 2009.*

*-Neurotoxicidad 2 (según informe del oncólogo de fecha 30/5/08). En dic-09 diagnosticado de síndrome de Eaton Lambert (debilidad proximal en MMII), sin signos sugestivos de cuadros polineuropáticos en EMG (8/09/09)".*

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que valoró el daño causado en la cuantía de 2.341 euros.

Dicho importe se desglosa valorando un periodo de incapacidad temporal, que asciende a 1.781,78 euros por 16 días de ingreso hospitalario (a 61,97 euros diarios), 6 improductivos (a 50,35 euros por día), y 18 no improductivos (a 27,12 euros por día), y la incapacidad permanente, que

asciende a 1.819,71 euros por las secuelas de acúfenos y parestesias miembros inferiores (3 puntos en total), a razón de 606,57 euros por punto, sin que se tenga en cuenta ningún factor de corrección al no tenerse constancia de que pudiera aplicarse. El importe así obtenido se aminora en un 35%, es decir, en la cuantía de 1.260,52 euros por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino.

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cisplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta que el paciente formulara alegaciones.

**DUODÉCIMO.-** Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**DECIMOTERCERO.-** La propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (1.560,66 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (780,33 euros), más los intereses legales correspondientes.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 10 de mayo de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que el paciente recibió ciclo de quimioterapia con Cisplatino en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel

Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cisplatino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de

sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 5 de abril de 2010).

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un error de medicación, al suministrar a 25 pacientes afectados de procesos oncológicos una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino.

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide

con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso “registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos”.

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que

se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación, etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el informe de 5 de abril de 2010 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a prueba de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

#### **QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

##### **I. Relación de causalidad.**

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente*

*exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”.*

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”*. También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección *“en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%”* (informe de 5 de abril de 2010). De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el

error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y

posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, si no imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro, que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en

cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento. Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

### **SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 2.341 euros al afectado, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico

correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Por parte del afectado no se han presentado alegaciones, ni se ha cuestionado la cuantía indemnizatoria propuesta.

Encontrándose justificada la cuantía indemnizatoria fijada por el órgano instructor, salvo la aplicación de un coeficiente reductor del 35% por la toxicidad intrínseca del Cisplatino, frente al fijado en otros expedientes que versan sobre la misma actuación que debe ser motivado, este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente al afectado, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA.**- No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad (Consideración Quinta).

**TERCERA.**- La cuantía indemnizatoria se considera justificada, salvo la cuestión suscitada en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 244-2011**

**Asunto** Revisión de oficio instada por x, en relación con el expediente sancionador en materia urbanística

**Consultante** Ayuntamiento de Mazarrón

**Fecha** 21/11/2011

**Extracto doctrina**

Ha de recordarse la constante doctrina, elaborada en interpretación del artículo 62.1, e) LPAC, según la cual para que opere esta causa de nulidad, el empleo de los dos adverbios "total y absolutamente" recalca "la necesidad de que se haya prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de algunos de sus trámites esenciales que se pueda equiparar a esa omisión total. Junto a lo anterior, precisamente para ponderar la especial gravedad del vicio que se alega, ha de analizarse si se causó indefensión al interesado, para lo que habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por tal conculcación y lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido" (Dictamen del Consejo de Estado 670/2009 y del Consejo Jurídico 4/2011).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 27 de julio de 2009, los esposos x, y, ambos de nacionalidad belga, con domicilio común en la Diputación de Cañadas del Romero, Paraje --, del municipio de Mazarrón, presentan acción de nulidad frente al Decreto de la Alcaldía núm. 2254/2005, de 6 de octubre, por el que se declara ilegalizable la vivienda construida de 65 m<sup>2</sup>, ordenándose su demolición, e imponiéndose al promotor la sanción de 17.550 euros de multa (expediente sancionador núm. 196/04).

Ambos consideran que las actuaciones están incursas en causa de nulidad de pleno derecho por los siguientes motivos:

1ª) Se ha generado indefensión a la esposa del promotor, dado que la vivienda es copropiedad de ambos, habiéndose sancionado únicamente a x, sin que se le haya dado oportunidad a aquélla de presentar alegaciones. Por ello, sostienen que se ha conculcado el artículo 24 de la Constitución Española.

2ª) La valoración de la infracción es nula por la carencia de los requisitos exigidos legalmente, concretamente por la falta de motivación.

3ª) Igualmente falta la motivación del porcentaje de sanción que se aplica (45%).

Por lo expuesto, concluyen que dichas actuaciones han incurrido en la causa de nulidad prevista en el apartado e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC en lo sucesivo), al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto, lo que debería conllevar que la Administración declarara la nulidad desde su origen, incoándose, en su caso, un nuevo expediente sancionador a nombre de los dos cónyuges, en calidad de promotores.

Por último, acompañan los números de identidad de extranjeros, expedidos por el Ministerio del Interior, sus documentos de identificación en el país de origen, las escrituras de propiedad de la adquisición de los terrenos y de la declaración de obra nueva de las viviendas, en régimen de gananciales.

**SEGUNDO.-** El 8 de septiembre de 2009, el Asesor Jurídico del Ayuntamiento de Mazarrón emite informe desfavorable a la acción de nulidad ejercitada, al considerar que los motivos esgrimidos son susceptibles de ser alegados a lo largo de la tramitación del procedimiento sancionador, o a través de los recursos ordinarios, pero que no se subsumen en ninguna de las causas de nulidad de pleno derecho recogidas en el artículo 62.1 LPAC; reitera que, en ningún caso, se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido, en tanto todos los actos han sido notificados al infractor y la sanción ha sido fijada entre los márgenes permitidos por el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia (TRLSRM, en lo sucesivo), aprobada por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio. Continúa señalando que la posibilidad de sancionar a otro infractor o el desacuerdo con la valoración, no pueden considerarse supuestos de indefensión o causas de nulidad, más aún cuando el sancionado no presentó ninguna alegación o escrito durante la tramitación del procedimiento sancionador.

**TERCERO.-** El 12 de marzo de 2010, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Mazarrón adoptó el acuerdo de admitir a trámite la acción de nulidad presentada, informándola desfavorablemente, concediendo un trámite de audiencia a los interesados, conforme a lo dispuesto en el artículo 102 LPAC.

**CUARTO.-** Dentro del plazo otorgado, x presenta escrito de alegaciones el 26 de abril de 2010 (registro de entrada), reiterando las realizadas en el escrito anterior, y cuestionando que la Corporación no haya notificado a su esposa ninguna de las actuaciones recaídas en el expediente sancionador, ni tampoco en el procedimiento de revisión de oficio. De otra parte, reitera el domicilio de un letrado a efectos de notificaciones.

**QUINTO.-** Previo informe del Asesor Jurídico del Ayuntamiento de 10 de mayo de 2010 y a iniciativa del Concejal Delegado de Urbanismo, la Junta de Gobierno Local, en su sesión de 21 de mayo siguiente, propone desestimar la acción de nulidad y solicitar el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, conforme a lo indicado en el informe precitado.

**SEXTO.-** Con posterioridad, se han incorporado al expediente las actuaciones integrantes del expediente sancionador núm. 196/2004, sobre el que versa el objeto de la acción de nulidad, destacándose las siguientes:

- Acta de la inspección urbanística del vigilante de obras, de 4 de noviembre de 2004, acompañada de una fotografía y un plano.
- Informe del arquitecto técnico municipal sobre la infracción urbanística.
- Decreto de la Alcaldía, de 10 de noviembre de 2004, por el que se incoa expediente sancionador a x, en calidad de promotor, así como el acuerdo de tramitar la pieza separada de restablecimiento del orden infringido, requiriendo a los interesados para que en el plazo de dos meses soliciten la oportuna licencia, otorgándoles un trámite de audiencia para la presentación de alegaciones. Figura un acta de la Policía Local de 22 de febrero de 2005, en la que se expresa que ha sido entregado el indicado Decreto (en el folio 12 figura "su esposa" como receptora), haciéndose también referencia a que las obras están totalmente terminadas conforme a la fotografía que se adjunta. No consta que los interesados formularan alegaciones.
- Las propuestas de resolución, resolviendo la imposibilidad de legalización y ordenando la restitución, así como la imposición de la sanción correspondiente, fueron objeto de notificación al promotor para que formulara alegaciones, sin que tampoco las presentara, resolviéndose el expediente sancionador por Decreto de la Alcaldía núm. 2254/2005, ya citado, con la indicación de la posibilidad de interponer recurso potestativo de reposición ante el mismo órgano, o directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia (folios 28 a 30).
- Las obras realizadas fueron también objeto de denuncia ante el Ayuntamiento de Mazarrón por un particular (folios 36 a 39).

**SÉPTIMO.-** El 27 de junio de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

Corresponde al Consejo Jurídico la emisión de Dictamen preceptivo en la revisión de oficio de los actos administrativos en supuestos de nulidad de pleno derecho, vicios que se alegan en el presente expediente (artículo 62.1, e LPAC), según establece el artículo 102.1 LPAC, en relación con el 14 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ); específicamente en materia de urbanismo, el artículo 46 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLRS), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, establece que las Entidades Locales podrán revisar de oficio sus actos y acuerdos en materia de urbanismo con arreglo a lo dispuesto en la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

De igual modo, la aplicación de este régimen general a la revisión de los actos administrativos de las Corporaciones Locales está prevista en el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en lo sucesivo LBRL), que señala: *“Las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”*.

Y, finalmente, el artículo 232.1 TRLSRM reitera que en los supuestos de nulidad de los actos o acuerdos en materia de urbanismo se procederá en los términos previstos en el artículo 102 LPAC, previo Dictamen favorable del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.- Sobre la competencia, plazo y procedimiento para la declaración de nulidad.**

El artículo 102.1 LPAC establece que las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (circunstancia que concurre en el presente supuesto), y previo Dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa, o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en su artículo 62.1.

## 1. Requisito temporal.

El acto administrativo que motiva la acción de nulidad es el Decreto de la Alcaldía núm. 2254/2005, de 6 de octubre, por el que se resuelve la imposibilidad de legalización de la vivienda de 65 m<sup>2</sup> propiedad de los accionantes, ordenando la restitución, e imponiendo una sanción urbanística (expediente de disciplina urbanística núm. 196/2004).

De apreciarse motivo de nulidad no existe límite temporal para su ejercicio, ya que la declaración de oficio de la nulidad puede efectuarse en cualquier momento (artículo 102.1 LPAC), siendo imprescriptible el ejercicio de la acción, a diferencia de la declaración de lesividad de los actos anulables (artículo 103.2 LPAC).

## 2. Procedimiento y órgano competente para la declaración.

Respecto al procedimiento de revisión seguido, cabe afirmar que, en general, se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 102.2 LPAC, pues se ha otorgado un trámite de audiencia a los interesados, habiéndose formulado propuesta de resolución y solicitado la emisión del presente Dictamen. Además, al haberse iniciado a solicitud de parte, el transcurso de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución, produce el efecto de entender desestimada la acción de nulidad por silencio administrativo (artículo 102.5 LPAC).

Corresponde al Pleno la declaración de nulidad de pleno derecho, conforme a la interpretación sistemática de los artículos 21, 22 y 110.1 LBRL, según se ha indicado por este Órgano Consultivo, entre otros, en los Dictámenes núms. 98 y 168 del año 2006, a los que nos remitimos.

**TERCERA.- La revisión de oficio de los actos administrativos: cauce de utilización excepcional por las causas tasadas.**

La revisión de oficio constituye un cauce de utilización excepcional y de carácter limitado ya que comporta que, sin mediar una decisión jurisdiccional, la Administración pueda volver sobre sus propios actos dejándolos sin efecto (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.380/98, de 8 de octubre). La Ley 4/1999, de 13 de enero, introdujo en la LPAC importantes modificaciones al sistema de revisión anterior, de manera que en la actualidad sólo cabe la revisión por la propia Administración de los actos nulos de pleno derecho (por estar incursos en algún supuesto del artículo 62.1 LPAC).

Por tanto, presupuesto para ello es determinar si estamos ante un vicio de nulidad de pleno derecho, por haberse incurrido en una de las causas tasadas que recoge el artículo 62.1 LPAC, concretamente, de acuerdo con la acción de nulidad ejercitada, el apartado e) relativo a los actos dictados prescindiendo total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido.

Conviene dejar claro, frente a los motivos esgrimidos por los interesados, que la revisión, por su propio perfil institucional, no puede ser utilizada como una vía subsidiaria a la de los recursos administrativos ordinarios alegando los mismos vicios que hubieran podido ser enjuiciados en tales recursos, pues, como insiste la doctrina, sólo son relevantes los de especial gravedad recogidos en la ley, sin que tampoco puede servir como vía para abrir un nuevo debate, fuera de los plazos en su día otorgados para formular alegaciones o para interponer dichos recursos.

Consecuencia de lo señalado, este Dictamen se contrae a la determinación de si en el supuesto sometido a consulta concurre la causa de nulidad invocada por los interesados (artículo 62.1,e LPAC), si bien ya se anticipa que las razones esgrimidas no permiten apreciar el citado vicio de nulidad de pleno derecho.

#### **CUARTA.- Sobre la causa de nulidad de pleno derecho invocada. Inexistencia.**

Para los interesados, concurre el vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1,e) LPAC, al haberse dictado el Decreto núm. 2254/05 de la Alcaldía prescindiendo total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido, por omitir a la esposa del promotor como infractora, dada la condición de copropietaria de la vivienda, lo que le ha generado indefensión. También se sostiene como motivo de nulidad, por haber ocasionado igualmente indefensión, la falta de motivación del porcentaje y de la valoración de la sanción impuesta al promotor.

Sobre el motivo de nulidad esgrimido, ha de recordarse la constante doctrina, elaborada en interpretación del artículo 62.1, e) LPAC, según la cual para que opere esta causa de nulidad, el empleo de los dos adverbios "total y absolutamente" recalca *"la necesidad de que se haya prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de algunos de sus trámites esenciales que se pueda equiparar a esa omisión total. Junto a lo anterior, precisamente para ponderar la especial gravedad del vicio que se alega, ha de analizarse si se causó indefensión al interesado, para lo que habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por tal conculcación y lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse*

*observado el trámite omitido*" (Dictamen del Consejo de Estado 670/2009 y del Consejo Jurídico 4/2011).

Sin embargo, no se advierte en el acto cuya revisión se pretende, que se haya adoptado con omisión de los trámites esenciales, ni que haya generado indefensión, por las siguientes razones:

1ª) La imposición de una sanción y las restantes medidas de restablecimiento urbanístico adoptadas en relación con x, en su condición de promotor de la actuación, se ajustan al ordenamiento urbanístico, y el hecho de que no se citara a su esposa, casada en régimen de gananciales, también como promotora e infractora, no implica la nulidad del procedimiento seguido con aquél, pues, en tal caso el vicio consistiría en no haber sido sancionada también la esposa como infractora. En todo caso, cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan, por venir así establecido en el artículo 130.3 LPAC.

2ª) Tampoco se sostiene el alegato de indefensión de su cónyuge, x, si se tiene en cuenta que comparte el mismo domicilio que su marido (así figura en todos los documentos), como prueba el hecho de que recibiera la notificación de la incoación del expediente sancionador, según el acta de la Policía Local. De otra parte, tampoco se sostiene por los interesados que estuvieran separados legalmente, o que residieran en domicilios distintos, ni tampoco durante la tramitación del procedimiento sancionador se presentaron alegaciones por el x. Tal inactividad y silencio sólo puede implicar el reconocimiento de la responsabilidad, en relación con los hechos que motivaron la incoación de un expediente sancionador, que ni tan siquiera son cuestionados ahora por los accionantes (construcción de vivienda no susceptible de legalización).

A este respecto, ha de traerse a colación la doctrina jurisprudencial (STS, Sala 3ª, de 5 de mayo de 2011), en virtud de la cual las actuaciones entendidas con uno de los cónyuges en el régimen de declaración conjunta en el IRPF son plenamente válidas y sus efectos alcanzan a ambos sujetos pasivos.

El Consejo de Estado, en su Dictamen 1298/1993, de 10 de febrero, sobre la declaración de nulidad de un expediente de infracción urbanística, expresa lo siguiente:

*"Carece, por último, de relevancia la alegación de no haberse notificado las diversas resoluciones a la esposa, por tratarse de bienes pertenecientes a ambos, puesto que ha quedado*

*acreditado suficientemente la convivencia de la misma con el reclamante de la nulidad. Además, la falta de notificación a la esposa no ha sido advertida por el interesado a lo largo de más de un año que ha durado la tramitación del expediente pese a haber recibido de forma repetida diversas notificaciones y requerimientos alusivos a una finca que pertenece al matrimonio”.*

Y como destaca la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Canarias, de 22 de marzo de 2011: *“en el caso ahora examinado se trata de tres sanciones impuestas al esposo de la demandante, que han adquirido firmeza desde hace muchos años y no se adivina razón legítima alguna que avale la pretensión de la demandante de que debió ser parte del expediente sancionador dirigido contra su marido y que en ningún momento de los procedimientos contra el seguido adujo que la responsable de las obras y la ocupación eran de la hoy demandante. Simplemente se pretende alegar una indefensión en un procedimiento ajeno ya fenecido, con la única finalidad de posponer la restitución del terreno a su estado inicial”.*

3ª) A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente, no se puede sostener que la cónyuge sufriera indefensión material y efectiva, a la que hace referencia el artículo 24.1 CE (STC 289/1993, de 4 de octubre), sin que ninguno de los cónyuges actuara con la diligencia exigible para alegar lo que a su derecho convenía en aquel momento, pues, conforme se señaló en nuestro Dictamen 4/2011, *“no puede mantenerse una alegación de indefensión por quien, con su comportamiento omisivo o falta de la necesaria diligencia, es el causante de la limitación o pérdida de las posibilidades o medios de defensa que se haya podido producir”.* A mayor abundamiento, se advierte en el ejercicio de la acción de nulidad por parte del x una postura de incongruencia al sostener la indefensión de su cónyuge cuando, en el caso de que la hubiera habido, sería imputable a su actuación, puesto que le fueron notificadas las distintas actuaciones integrantes del expediente sancionador, cuestión que en ningún caso ha discutido.

Pero, aún en la hipótesis no acreditada de que se hubiera ocasionado indefensión a la cónyuge, se trataría de un vicio de anulabilidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 63.2 LPAC: *“No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”.*

4ª) Los motivos esgrimidos (la existencia de otro responsable infractor que no se tuvo en cuenta, en concreto la cónyuge) o la falta de motivación de la sanción impuesta, tenían que haberse hecho valer durante la tramitación del procedimiento sancionador o a través de los recursos pertinentes, y no mediante la utilización de una vía extraordinaria de revisión, cuando no concurre la causa invocada, como se ha expresado con anterioridad.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

**CONCLUSIÓN**

**UNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, que desestima la solicitud de declaración de nulidad de pleno derecho del acto objeto del procedimiento de revisión de oficio a que se refiere el presente Dictamen, por las razones expresadas en su Consideración Cuarta.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 245-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)
<b>Fecha</b>	21/11/2011

**Extracto de doctrina**

Para que nazca la responsabilidad patrimonial por daños producidos por animales, es necesario que quede acreditado que los mismos proceden de espacios naturales o cinegéticos de titularidad de la Administración pública.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 6 de abril de 2009, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, en solicitud del importe de reparación de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad cuando circulaba por la carretera de titularidad regional RM 730.

Afirma la interesada que la causa de tales daños fue el choque sufrido el 21 de marzo de 2009 contra un jabalí que cruzó la carretera, en el kilómetro 22 aproximadamente, en una zona que carece de la señalización adecuada.

Aporta junto a la reclamación la siguiente documentación: a) informe de valoración de daños efectuado por compañía de seguros, por importe de 3.034,94 euros; b) reportaje fotográfico de la señalización existente en tramos de carretera próximos al lugar del accidente (kilómetros 21 y 25) y del estado en que quedó el vehículo, en cuya carrocería se observan restos del pelaje del animal; c) copia del DNI de la reclamante; d) diligencia de comparecencia ante la Guardia Civil, de fecha 24 de marzo de 2009, en la que manifiesta que el accidente ocurre sobre las 21 horas del 21 de marzo, a la salida de un cambio de rasante. Cuando, días más tarde, la reclamante vuelve al lugar del accidente observa que se trata de una zona de coto con inscripción "--", con tablillas de coto blancas y negras, una zona de terreno vallado y pacas de paja; e) documento acreditativo de estar exento el vehículo del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, en atención a la condición de minusválido de su titular, x; f) copia del permiso de circulación del vehículo a nombre de este último; g) justificante de pago del seguro del automóvil; h) copia del permiso de conducción de la reclamante; e i) copia de la tarjeta de inspección técnica del automóvil.

**SEGUNDO.-** Con fecha 22 de julio de 2009, la Jefa de Sección de Responsabilidad Patrimonial recaba de la Dirección General de Carreteras su preceptivo informe, comunica a la interesada los extremos a los que se refiere el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y le requiere para que *“subsane y mejore la solicitud aportando copia debidamente compulsada”* de los documentos que enumera, conminándola a acreditar la legitimación con que reclama, toda vez que el titular del vehículo es una persona distinta a la solicitante.

Por ésta se aporta la documentación requerida por el órgano instructor. Entre ella consta una copia del DNI del titular del vehículo, al parecer esposo de la reclamante. En la copia del Libro de Familia que se adjunta, existe una discrepancia entre el nombre de pila de uno de los titulares del libro (x) y el DNI del propietario del vehículo (x).

Se adjunta, igualmente, declaración del operario de la grúa que retiró el vehículo del lugar del accidente -quien ratifica que el coche había chocado con un jabalí y que el vehículo presentaba serios daños- y factura de reparación por importe de 3.034,94 euros.

**TERCERO.-** El informe de la Dirección General de Carreteras, de 22 de septiembre de 2009, se emite por el Jefe de Sección de Conservación III, quien indica que la carretera es de titularidad regional y que no consta en el Servicio de Conservación de Carreteras documentación alguna relativa al siniestro. Asimismo, pone de manifiesto que se ha comprobado la existencia de dos cotos de caza en las proximidades, apuntando la posible responsabilidad de su propietario. Del mismo modo, afirma que *“esta carretera es de tipo convencional y no existe obligación de colocar o instalar valla de cerramiento junto a la carretera. Tampoco se dispone de información en este Servicio de Conservación sobre la existencia de la ubicación o tramo de la carretera utilizado como paso habitual de animales en libertad”*.

**CUARTO.-** Acordada por el órgano instructor la apertura del período de prueba, se requiere a la interesada para que acredite la titularidad del vehículo.

**QUINTO.-** El 29 de septiembre de 2009, comparecen ante el órgano instructor tanto el titular del vehículo como la reclamante, otorgando aquél su representación a ésta.

**SEXTO.-** Conferido el preceptivo trámite de audiencia, presenta la reclamante escrito de alegaciones, de fecha 18 de noviembre de 2009, en el que manifiesta que las señales que advierten del paso de animales por la calzada están en malas condiciones de conservación, toda

vez que están incompletas o borrosas en su dibujo, de forma que se aprecia en las mismas que la figura de los animales ha perdido el original color negro, aunque se puede apreciar su contorno. Del mismo modo, señala que existen cotos en las inmediaciones, uno de los cuales es privado y vigilado, conteniendo pacas de paja para alimentación de animales. Adjunta diversas fotografías.

**SÉPTIMO.-** Solicitado, el 31 de marzo de 2011, informe al Parque de Maquinaria, se evacua para señalar que la valoración del daño es correcta en atención a los desperfectos que presenta el coche tras el siniestro. El valor venal del vehículo es muy superior al reclamado.

**OCTAVO.-** Otorgado nuevo trámite de audiencia a la reclamante, no consta que ésta haya hecho uso del mismo.

**NOVENO.-** Con fecha 24 de junio de 2011 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar el órgano instructor que queda acreditada la concurrencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para generar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos de carreteras y el daño alegado. Dicha consideración se basa en estimar acreditada una infracción del deber de la Administración regional de señalizar adecuadamente las carreteras de su titularidad, *“pues existe una señal de peligro con fondo blanco, que es en realidad una señal denominada P-23, puesto que se adivina la sombra del animal que se ha borrado, y que indica paso de animales domésticos. Esta es la señal sobre la que pesa el deber de conservación y que no ha prestado el servicio de alertar al conductor del peligro existente”*.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 19 de julio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. La legitimación activa corresponde, cuando de daños materiales en las cosas se trata, a quien ostenta su propiedad, dado que éste será el que sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos; en el caso que nos ocupa, reside en x, puesto que ha acreditado en el expediente ser el propietario del vehículo siniestrado.

Por otro lado, su actuación a través de representante (x) ha quedado debidamente acreditada, según exige el artículo 32 LPAC, al subsanar durante el período de prueba el defecto de representación de que adolecía el escrito de reclamación.

Los daños se imputan a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y señalización de una vía pública de su titularidad, por lo que aquélla está legitimada pasivamente para resolver la reclamación.

2. La acción de responsabilidad ha sido ejercitada dentro del plazo establecido en el artículo 142.5 LPAC, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

3. El procedimiento seguido se ha ajustado en términos generales a los trámites previstos en el artículo 6 RRP. No obstante, cuando se requiere a la interesada para la subsanación y mejora de la solicitud con la advertencia de archivo de la instancia, no se distingue qué omisiones son las que producen ese efecto y cuáles no, siendo ello exigible a la Administración para que el ciudadano conozca las consecuencias de sus actos.

Ha de ponerse de manifiesto la existencia de una paralización injustificada en la tramitación del expediente (no consta actuación alguna entre la finalización del trámite de audiencia conferido el 16 de octubre de 2009 y la solicitud de informe al Parque de Maquinaria el 31 de marzo de 2011) que ha dado lugar a una excesiva duración del procedimiento, habiendo transcurrido ya más de dos años desde que la interesada presentó la reclamación.

**TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial: no concurrencia**

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de

soportar (en cuyo caso se habla de “lesión”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables. A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “funcionamiento” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “no funcionamiento” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, la reclamante imputa a una omisión de la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto considera que ésta debía haber mantenido la correspondiente señalización de advertencia de peligro de animales en la calzada, dado que en las proximidades del lugar del accidente existían dos cotos de caza.

En primer lugar, debe apuntarse que la realidad del accidente, pese al desconocimiento que sobre él manifiesta tener la Dirección General de Carreteras, puede entenderse acreditada con la manifestación del interesado y la declaración del operario de la grúa que acude a requerimiento de los interesados para prestarles asistencia, pues constatan la existencia de restos del animal en el coche y los desperfectos que éste presenta tras la colisión, que son coherentes con la forma de producirse el siniestro conforme a la versión ofrecida por los reclamantes.

En relación con la exigibilidad de señalización de la carretera, el Consejo de Estado ha tenido la ocasión de pronunciarse en diversos dictámenes sobre cuestiones similares a la presente, concluyendo que la mera existencia de un coto de caza próximo a una carretera no es circunstancia suficiente para que, en todo caso, deba colocarse la señal P-24, establecida en la reglamentación de tráfico para advertir de la posible existencia de animales sueltos con peligro para la circulación.

Así, como recordamos en nuestros Dictámenes 225/2010 y 130/2011, entre otros, dicho Órgano Consultivo expresaba que *“tampoco concurre la circunstancia contemplada por la disposición adicional 9ª de la Ley de Seguridad Vial en la redacción dada por la Ley 17/2005, de 19 de julio, puesto que no se aprecia una posible responsabilidad de la Administración ni en el estado de conservación de la vía ni en su señalización. En efecto, aunque la propuesta de resolución entiende que es responsable la Administración del Estado por razón de la falta de señalización (la señal P-24 que debe advertir de la presencia de animales sueltos), ello no es así. No se trata de un tramo de vía donde habitualmente tenga lugar este tipo de sucesos ni por tanto quepa prever la presencia de animales sueltos. La existencia de un coto de caza en los alrededores no significa que necesariamente haya de presumirse la falta del debido cuidado para sus terrenos, de suerte que sea previsible la presencia de animales sueltos y deba señalizarse este hecho. Cuando en algún*

*caso se ha apreciado la procedencia de indemnización no ha sido por la falta de la posible señalización, sino por otras circunstancias relacionadas con la conservación y vigilancia de la vía, que aquí no concurren*" (Dictamen 1619/08). En el mismo sentido, sus Dictámenes 717, 724/2009, 37 y 815/2010.

En parecida línea, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Oviedo, en sentencia de 21 de enero de 2008, resuelve un supuesto en el que la carretera en donde acaece el accidente transcurre por un coto de caza y zona boscosa; establece dicha sentencia que *"la necesidad de existencia de señalización P-24 de paso frecuente de animales conforme al art. 149.5 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, no se ve cumplida por el dato de que transcurra dicha carretera por zona boscosa (algo por lo demás predicable de muchas carreteras en nuestra región), sino por el dato específico de que exista un paso frecuente de animales, extremo éste cuya acreditación pasaría por ejemplo por la existencia de otros accidentes en ese mismo lugar o zona por la irrupción de animales en la calzada, extremo éste (que) no consta acreditado o intentado acreditar en autos"*.

Por todo ello, debe considerarse que la referida señalización está indicada cuando conste un avistamiento o paso frecuente de animales en la calzada o la existencia de accidentes por esta causa, siendo así que el informe de la Dirección General de Carreteras reseñado en el Antecedente Tercero expresa que, antes del siniestro padecido por el interesado, no constaba tal circunstancia en el tramo de carretera de que se trata, ni el reclamante ha acreditado otra cosa. En el mismo sentido, nuestros Dictámenes 101/2010 y el ya citado 130/2011.

Alegan los reclamantes, al respecto, que a la Administración sí le constaban las circunstancias que determinan la obligatoriedad de colocar las indicadas señales, pues de facto éstas ya se encontraban en la vía, si bien, en tal estado de conservación que resultaban ineficaces en orden a cumplir su función de advertencia de peligro, dado que se había borrado la figura del animal. Sin embargo, según el órgano instructor, las señales aludidas no serían las referenciadas como P-24, indicativas del peligro para la circulación que representa la presencia de animales en libertad, sino del tipo P-23, que alertan de la presencia de animales domésticos.

Esta circunstancia produce dos consecuencias. En primer lugar, que no consta acreditado que el lugar del accidente fuera un paso habitual de especies silvestres que supusieran un peligro para la circulación, sino, en todo caso, de animales domésticos, categoría en la que no cabe incluir al jabalí, de donde deriva que la Administración regional no venía obligada a advertir a los usuarios

de la vía de un riesgo que no le consta que se produjera con asiduidad en dicho tramo de carretera. En segundo lugar, el defectuoso estado de conservación de la señal ubicada en el lugar del siniestro, del tipo P-23, en nada habría influido en la producción del accidente, toda vez que éste no se debió a la invasión de la calzada por un animal doméstico, sino salvaje. Ello impide apreciar la existencia de nexo causal entre las condiciones de la señalización y el daño sufrido por los reclamantes, que no sería imputable a la Administración regional.

No obstante, ha de advertirse que, dada la pésima calidad de las fotografías obrantes en el expediente remitido a este Consejo Jurídico, no puede apreciarse en ellas el tipo de la señal (P-23 o P-24) fotografiada, sin que el órgano instructor manifieste cómo ha llegado a conocer que las señales en cuestión pertenecen al tipo P-23 y no a otra señal de peligro como la P-24, pues el informe de la Dirección General de Carreteras que obra en el expediente no se detiene en precisar dicho extremo.

Ello hace que la consideración efectuada acerca de la ausencia de nexo causal quede condicionada a la constatación fehaciente del tipo de señal que estaba colocado en el lugar del siniestro al tiempo de ocurrir éste, pues de ser una señal P-24, indicativa del peligro de cruce de animales en libertad, su mal estado sí podría ser determinante para considerar concurrente una omisión del deber administrativo de señalización de las carreteras, que comprende el de mantener las señales de tráfico en condiciones adecuadas para que puedan cumplir la función que les es propia.

En consecuencia, procede que por la instrucción se recabe de la Dirección General de Carreteras información acerca del tipo de señal de peligro instalado a la fecha del siniestro en el tramo donde aquél tuvo lugar. De ser una señal del tipo P-23, como afirma la propuesta de resolución, no existiría relación causal entre el defectuoso estado de conservación de la señal y el daño sufrido por los interesados, procediendo desestimar la reclamación. Por el contrario, de ser una señal tipo P-24, su mal estado sí podría haber incidido en la producción del siniestro, por lo que debería formularse nueva propuesta de resolución y remitirse el expediente de nuevo al Consejo Jurídico para Dictamen.

**QUINTA.-** Sin perjuicio de las modificaciones que hayan de introducirse en la propuesta de resolución como consecuencia de lo indicado en la Consideración anterior, debe revisarse aquélla para corregir las referencias a otro expediente que se han deslizado en la propuesta. Así, a modo de ejemplo, en el Antecedente de Hecho Primero o el Fundamento Jurídico Segundo, al analizar la legitimación.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, toda vez que ni de la instrucción del procedimiento ni de los términos en que se expresa tal propuesta, se desprende la concurrencia de los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Procede, en cambio, completar la instrucción y, a la luz de su resultado, actuar conforme se indica en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 246-2011**

**Asunto** Reconocimiento de obligaciones o gastos con omisión de fiscalización previa de la contratación de las obras de adaptación de la Residencia de Personas Mayores de Cartagena, a personas dependientes, fase 2

**Consultante** Consejera de Sanidad y Política Social (2011)

**Fecha** 29/11/2011

**Extracto de doctrina**

El artículo 217.4 LCSP incorpora una facultad que puede calificarse de excepcional, en cuanto permite anticipar la ejecución de la obra a la aprobación del proyecto modificado, por lo que su aplicación debe realizarse sobre la base de causas reales debidamente justificadas, y no fundándola en afirmaciones genéricas carentes de rigor.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Según el extracto de secretaría, los antecedentes del expediente de contratación son los que siguen:

1) Mediante Resolución de la Dirección Gerencial del Instituto Murciano de Acción Social (IMAS) de fecha 30 de noviembre de 2009 se adjudicó definitivamente a la mercantil --, por procedimiento abierto, el contrato de obras cuyo objeto es la “Adaptación de Residencia de Personas Mayores de Cartagena a Personas Dependientes, Fase 2”, por importe de 1.565.550'95 euros (IVA excluido), al que aplicando el 16% de IVA, suma un total de 1.816.039'10 euros.

La formalización del contrato se produce con esa misma fecha, fijándose un plazo de ejecución de 10 meses, a contar desde el día siguiente al del Acta de comprobación del Replanteo, que tuvo lugar el 18 de diciembre de 2009, por lo que el contrato finalizaría el 18 de octubre de 2010.

2) El 1 de septiembre de 2010 la Directora Gerente del IMAS dictó una resolución concediendo una prórroga de tres meses de duración en el plazo de ejecución de las obras que había solicitado la contratista, estableciendo como fecha de terminación de las mismas el 18 de enero de 2011.

3) El 22 de diciembre de 2010 la Directora Gerente del IMAS dictó otra resolución concediendo una nueva prórroga de dos meses más de duración en el plazo de ejecución de las obras, según había solicitado la contratista, fijándose ahora como fecha de terminación de las mismas el 18 de marzo de 2011.

4) El 1 de octubre de 2010 los técnicos de la Dirección facultativa del IMAS formularon una propuesta solicitando autorización del órgano de contratación para la modificación del proyecto de obras que sirvió de base a la licitación, debido a las causas o circunstancias que citan, planteando una modificación del proyecto original del orden del 11,9315% sobre el presupuesto vigente, en una cantidad de 220.245,89 euros. Dichas modificaciones implican un aumento de tiempo para su ejecución que se estima en dos meses.

Manifiesta también la Dirección Facultativa en ese informe que "dada la marcha de las obras en la actualidad, en la que intervienen simultáneamente numerosos oficios, es desaconsejable la paralización de las mismas, dado que ello tendría repercusiones negativas tanto en los plazos finales como en la deseable coordinación entre los distintos intervinientes".

5) El 4 de octubre de 2010 la Directora Gerente del IMAS dictó nueva resolución autorizando la elaboración del proyecto.

6) Con fecha 19 de noviembre de 2010, un arquitecto de la Dirección General de Patrimonio (Consejería de Economía y Hacienda) emite informe de supervisión del proyecto modificado informando, desde tal punto de vista, que cumple los requisitos exigidos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos en el Sector Público (LCSP), y en el R.D. 1098/2001 de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

7) La Dirección Gerencial del IMAS, con fecha 28 de diciembre de 2010 resolvió aprobar el proyecto modificado, así como la iniciación del correspondiente expediente para su aprobación.

8) Mediante escrito de fecha 3 de diciembre de 2010 el representante legal de la empresa contratista "--" dio su conformidad a la modificación proyectada.

9) El 10 de enero de 2011 se propone por la Directora Gerente del IMAS, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 217.4 LCSP, la no paralización de las obras durante la tramitación del procedimiento necesario para aprobar la modificación; la propuesta se motiva en que dicha paralización supondría un retraso en la finalización de las obras, lo que no es conveniente, dada la demanda actual de plazas residenciales de mayores dependientes en el municipio de Cartagena.

La propuesta se aprueba por Orden del Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración de 14 de enero de 2011.

10) Con fecha 22 del mismo, el Servicio Jurídico del IMAS informa favorablemente el Proyecto modificado de dichas obras.

11) El 15 de febrero de 2011 fue remitido el expediente a la Intervención General para su fiscalización previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.1, a), 2 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (RCI).

12) Mediante informe de 4 de marzo de 2011 la Intervención General no fiscaliza de conformidad la propuesta remitida, al considerar que las causas alegadas como justificativas de la modificación son, en buena medida, el resultado de defectos o imprevisiones del proyecto inicial, en el que pudieron ser ponderadas y recogidas, pues existían en el momento de su redacción. Añade la Intervención que, puesto que se ha aplicado el artículo 217.4 LCSP y no se ha acordado la suspensión de la obra, en el caso de mostrarse el centro gestor conforme con el parecer de la Intervención, habrá de iniciar los trámites conducentes al reconocimiento de la obligación previstos en el artículo 33 RCI; concluye también que, en caso de discrepancia con el informe, se deberá actuar conforme a lo establecido en el artículo 7.2,a) RCI.

Se dice en el extracto de secretaría emitido por el IMAS que, efectivamente, las obras comprendidas en el proyecto modificado ya se habían realizado cuando se recibió el informe desfavorable de la Intervención General.

13) Fechado el 20 de abril de 2011 aparece un informe de “modificación del proyecto de adaptación de la residencia de personas mayores de Cartagena a personas dependientes (fase 2)” suscrito por el Director de obra, que se ratifica en la posición favorable a la no paralización de las obras durante la tramitación de la modificación del proyecto, así como en la que denomina materialización del proyecto modificado, “puesto que ello ha tenido como consecuencia un beneficio para el interés general, al evitarse un aumento de costes y plazos de ejecución sin determinar”.

**SEGUNDO.-** En el procedimiento del artículo 33 RCI constan las siguientes actuaciones:

1) El 30 de septiembre de 2011 fue sometida a fiscalización previa al pago la certificación nº 15 (fecha el 10 de marzo de 2011), que contiene unidades de obra ejecutadas no afectadas por

el modificado cuyo importe asciende a 242.671,66 euros, junto a unidades de obra del proyecto modificado ejecutadas totalmente, que importan 220.245,89 euros; la Intervención Delegada en el IMAS, con fecha 17 de octubre de 2011, emitió el informe al que se refiere el artículo 33 RCI. Señala que se han incumplido, entre otros, los artículos 194, 202 y 217 LCSP, relativos a la modificación del contrato, ya que las causas esgrimidas para ejercer el “*ius variandi*” son errores del proyecto o mejoras que se desea introducir; considera que existe crédito presupuestario adecuado, y que no sería conveniente instar la revisión de los actos, ya que el importe de las indemnizaciones no sería inferior al de la certificación presentada, teniendo en cuenta que la actividad realizada por el contratista se ha ajustado a las instrucciones dadas por la Administración.

2) La Memoria a la que se refiere el artículo 33 RCI lleva fecha, por error, de 22 de noviembre de 2011, y no contiene información digna de ser mencionada.

3) En un escrito sin fecha ni firma, aunque con la antefirma del Director Gerente del IMAS, se propone a la Consejera de Sanidad y Política Social que eleve al Consejo de Gobierno una propuesta para que autorice al IMAS la iniciación de los trámites conducentes al reconocimiento de la obligación económica derivada de la ejecución del modificado nº 1 de las “Obras de adaptación de la Residencia de Personas Mayores de Cartagena a Personas dependientes, Fase 2”, por importe de 220.245,89 euros, que se ha incorporado en la certificación nº 15. También sin fecha ni firma consta la propuesta que la citada Consejera proyecta elevar al Consejo de Gobierno para que éste acuerde “autorizar al Instituto Murciano de Acción social la iniciación de los trámites conducentes al reconocimiento de la obligación económica derivada de la ejecución del modificado nº1” de las obras de referencia, por importe de 220.245,89 euros.

Completadas así las actuaciones, fue solicitado el Dictamen preceptivo por el motivo establecido en el artículo 12.12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aunque el 14 de noviembre fue retirada la consulta a efectos de completar el expediente, remitiéndose éste de nuevo mediante escrito registrado de entrada en el Consejo Jurídico el 15 de noviembre de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

Tal como el escrito de formalización de la consulta expresa, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo y con amparo en el artículo 12.12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al versar sobre una consulta relativa a unos gastos contraídos con omisión de la fiscalización previa.

**SEGUNDA.- Procedimiento.**

I. Previamente al examen de la cuestión de fondo es necesario aclarar la tramitación seguida en el procedimiento, que no guarda la deseable congruencia entre el tipo de consulta formulada y la documentación que integra el expediente. A partir del reparo del Interventor General son posibles dos vías procedimentales: en el caso de mostrarse el centro gestor conforme con el parecer de la Intervención, la vía procedimental debe ser el reconocimiento de la obligación previsto en el artículo 33 RCI; en caso de discrepancia con el informe, se deberá actuar conforme a lo establecido en el artículo 7.2,a) RCI. La Consejería consultante, aunque parece optar por la primera alternativa (así se explica la tramitación de la certificación ante el Interventor Delegado), incluye en el expediente un informe del Director de obra, posterior al reparo del Interventor General y anterior a la iniciación del procedimiento del artículo 33 RCI, que se ratifica en la existencia de las causas que habilitan la modificación del proyecto y del contrato, lo cual parece implicar que se pretende plantear la discrepancia y, por tanto, un procedimiento formalmente distinto al iniciado. El parecer de tal Director está fuera de lugar, procedimentalmente, por cuanto ya tuvo su momento a la hora de redactar el proyecto modificado, cuyas causas han sido desmentidas por el Interventor General, y carece de pertinencia para el procedimiento del artículo 33 RCI.

Se debe destacar también, respecto a la propuesta que se eleve al Consejo de Gobierno, que éste debe ordenar a la Consejería que adopte la resolución que proceda, bien revisar el acto o bien reconocer la obligación y pagar, pudiendo ir acompañadas tales decisiones con otras accesorias (Dictamen 10/1998).

Sobre estos aspectos de materialización del procedimiento en el expediente, llama la atención que tanto la propuesta del Director Gerente del IMAS a la Consejera de Sanidad y Política Social, como la que ésta proyecta elevar al Consejo de Gobierno carezcan de fecha y de firma, signo de una poco cuidada instrucción, ya que no deja constancia de algunos de los actos anteriores a la formulación de la consulta al Consejo Jurídico que, en esta clase de procedimientos, asesora al Consejo de Gobierno.

En el extracto de secretaría se dice, en su parte final, que el consultante hace constar la urgencia en el despacho del Dictamen, afirmación que no se corresponde con la realidad, ya que la

Consejera de Sanidad y Política Social (a través del Secretario General de la Consejería, que actúa por delegación), que es quien goza de la facultad de formular la consulta (art. 11 Ley 2/1997, de 19 de mayo), no hace indicación alguna en su escrito.

II. En el procedimiento de modificación contractual anterior al ahora sometido a consulta destacan dos aspectos relevantes:

a) Por una parte, se propuso una modificación del contrato que contradice lo previsto en el artículo 202 LCSP, conclusión expuesta por el Interventor General en su informe, que se ajusta a la doctrina recogida en diversos dictámenes de este Consejo (Dictámenes 91 y 148, ambos del año 2008; 17 y 70 del año 2007, entre otros). Una vez más se ha de recordar que la tramitación del procedimiento de contratación de una obra pública de envergadura implica la necesidad de extremar el celo en la elaboración de los proyectos y preparación de los contratos, cuestión en la que siempre ha insistido la doctrina, recalcando también la necesidad de justificar las causas alegadas para la modificación (Dictamen del Consejo de Estado 5484/1997, de 13 de noviembre de dicho año).

b) De otra parte, se ha aplicado el artículo 217.4 LCSP sin que la causa alegada se aprecie en la realidad del expediente, ya que se articuló la propuesta sobre la base de que la paralización de la obra durante la tramitación del procedimiento supondría un retraso en su finalización contraproducente a la vista de la demanda actual de plazas residenciales de mayores dependientes en el municipio de Cartagena; la realidad es que tal motivación ha devenido inconsistente, porque a la fecha en que se formula la consulta (31 de octubre de 2011) todavía no consta que se haya puesto en servicio el inmueble objeto de la obra, mediando más de 9 meses desde la fecha de la propuesta de no suspensión. También es de advertir que la certificación nº 15 está fechada en el mes de marzo del presente año, mientras que su envío a la Intervención Delegada para fiscalización del pago se produjo el 30 de septiembre.

El artículo 217.4 LCSP incorpora una facultad que puede calificarse de excepcional, en cuanto permite anticipar la ejecución de la obra a la aprobación del proyecto modificado, por lo que su aplicación debe realizarse sobre la base de causas reales debidamente justificadas, y no fundándola en afirmaciones genéricas carentes de rigor.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Como ya ha expresado este Consejo Jurídico en anteriores ocasiones (Dictámenes 50/1998, 44/2000, 164/2002, y 211/2008, entre otros), las prestaciones efectivamente realizadas

por el contratista, y ordenadas por el representante de la Administración, han de serle abonadas al primero por más que no se hubieran seguido los trámites formales al efecto, aspecto en el que ahora se ha de insistir, si bien con un matiz respecto a ocasiones anteriores, y es que, en el asunto consultado, tal obligación proviene de un título resarcitorio en el que se aprecia un daño imputable a la Administración proveniente de la confianza suscitada en la contratista, que resultaba obligada a cumplir la orden de ejecución de obras.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Procede elevar al Consejo de Gobierno una propuesta para que éste autorice al titular del IMAS a que reconozca las obligaciones que se derivan de la modificación no aprobada del contrato, y su posterior abono a la contratista.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 247-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Política Social (2011)

**Fecha** 29/11/2011

Extracto de doctrina

No consta acreditado que en la atención prestada al paciente se incurriera en actuación contraria a normopraxis, lo que impide afirmar la existencia de nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño alegado, cuyo origen ha de buscarse en la propia enfermedad del paciente, lo que a su vez excluye su antijuridicidad.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 26 de junio de 2006, una Letrada que dice actuar en nombre de x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que imputa al anormal funcionamiento de los servicios públicos de asistencia sanitaria dependientes de la Administración regional.

Según relata el reclamante, el 26 de junio de 2005 sufre un accidente al caerse por las escaleras de su vivienda, acudiendo horas después al Servicio de Urgencias del Hospital “Rafael Méndez” de Lorca, con dolor en el costado izquierdo y en el hombro, siendo diagnosticado de contusión muscular. A los pocos días del accidente, el 29 de junio, ante la intensificación del dolor, vuelve al Servicio de Urgencias del citado Hospital y, en esta ocasión, se le diagnostica fisura costal en la segunda costilla flotante del lado izquierdo. El tratamiento prescrito se limita a reposo, antiinflamatorios y calor local.

Al no remitir el dolor, acude de nuevo al Hospital el 4 de julio de 2005, donde se le interviene de urgencia, realizándole una esplenectomía o extirpación del bazo.

Considera el reclamante que si se le hubiera realizado una ecografía de la zona abdominal, en el momento de la segunda asistencia, se le hubiera podido diagnosticar la fisura en el bazo, cuando, además, ya presentaba en dicha exploración dolor a la palpación en el hipocondrio izquierdo. En ningún momento los servicios médicos que le asistieron le prescribieron una radiografía a nivel abdominal.

A consecuencia de dicha intervención requirió un seguimiento médico que se prolongó en el tiempo, señalando, además, que la extirpación de un órgano como el bazo le generó alteraciones funcionales en el organismo, tal y como reflejaban las analíticas que se le fueron realizando, después de someterse a la intervención quirúrgica.

Solicita una indemnización que no cuantifica, demorando tal concreción al momento de proposición de prueba.

Se adjunta a la solicitud, la siguiente documentación: a) informe del Servicio de Urgencias del Hospital, de fecha 27 de junio de 2005; b) informe de Servicio de Urgencias del Hospital, de fecha 30 de junio de 2005; c) informe de alta tras la cirugía, de fecha 13 de julio de 2005; y d) analíticas realizadas en diferentes fechas, (28 de septiembre de 2005, 4 de enero de 2006, 12 de abril de 2006).

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, se encomienda la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del Ente, que procede a notificar dicha resolución al interesado, requiriéndole para que concrete los medios de prueba de que intenta valerse.

Asimismo, comunica la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la aseguradora del Servicio Murciano de Salud, a la Dirección de los Servicios Jurídicos y a la Dirección Gerencia del Hospital, solicitando a esta última la remisión de copia de la historia clínica del paciente e informe de los facultativos que le prestaron asistencia.

**TERCERO.-** El 29 de septiembre de 2006, el reclamante cumplimenta la proposición de prueba, concretada en documental (historial clínico, identificación de los facultativos intervinientes y documentación acompañada a la solicitud), testifical del propio interesado y de los facultativos que le prestaron asistencia, y pericial cuya aportación se anuncia para un momento posterior.

**CUARTO.-** Remitida por el Hospital la documentación requerida por la instrucción, destacan los informes de los Servicios que atendieron al hoy reclamante:

- Los emitidos por los facultativos del Servicio de Urgencias en relación a las asistencias dispensadas al paciente el 26 y el 29 de junio de 2005. En relación con la primera de las asistencias, se informa que tras la exploración y las pruebas realizadas no se encontró, en ese momento, ningún hallazgo patológico, por lo que se decide tratamiento conservador y seguimiento por Atención Primaria.

Sobre la asistencia del 29 de junio, se informa que *“en el aspecto físico del paciente, así como en los datos obtenidos de la exploración y pruebas complementarias, que a mi parecer y según lo referido, creí oportuno realizar, no encontré signos suficientes de patología abdominal que indicaran la realización de otras exploraciones que las practicadas. Consideré necesario descartar, sobre todo, traumatismo renal y actué en consecuencia. Procedí al alta del enfermo, no sólo con tratamiento médico, sino con recomendación explícita de observación domiciliaria y por su médico de Atención Primaria”*.

- El del Jefe de Servicio de Cirugía General y Digestiva, sobre la intervención quirúrgica de urgencia del 4 de julio de 2005, pocos días después de las asistencias dispensadas en Urgencias:

*“Paciente de 28 años de edad que ingresa a cargo del Servicio de Cirugía General el día 4 de julio de 2005, refiriendo dolor abdominal intenso, estando hemodinámicamente estable con TA 9/60. (...) Antecedente traumático tras caída según refiere de forma casual por una escalera el 26 de junio de 2005, tras el que consultó en varias ocasiones en puerta de urgencias de este Hospital. A la exploración el día de su ingreso presenta un abdomen depresible, doloroso de forma difusa, con una auscultación cardiopulmonar normal, buen estado general y normo coloreado, en la analítica de ingreso presenta un Hto 41.7 %, Hb 13.9 gr. Realizándose ecografía abdominal que informa de hígado normal con bazo tamaño normal, heterogéneo apreciándose área hipo ecoica sugestiva de rotura, fisura, con moderada cantidad de líquido libre. Dados los hallazgos clínicos y radiológicos y con el diagnóstico de rotura esplénica en segundo tiempo se indica cirugía urgente, interviniéndose el día 4 de julio de 2005, mediante laparotomía media suprainfraumbilical, hallando hemoperitoneo de unos 750 cc con fisura esplénica en polo inferior, sin otras alteraciones en cavidad abdominal, realizándose esplenectomía reglada con lavado y aspirado de cavidad abdominal. El paciente evoluciona en planta de forma satisfactoria con unas cifras analíticas dentro de la normalidad, siendo dado de alta el día 13 de julio de 2005. Anatomía Patológica de la pieza: bazo con cambios secundarios a traumatismo”*.

- El del Jefe de la Unidad de Urgencias del Hospital, según el cual, *“el médico que prestó la asistencia no entendió necesario practicar otros estudios complementarios, además del radiológico, tras la exploración física que realiza y describe en el mismo, lo que sin duda retrasó el diagnóstico definitivo de lesión esplénica. Que el 4 de julio, tras empeorar su estado general, con exacerbación del dolor abdominal, consulta de nuevo, siéndole entonces diagnosticada la lesión esplénica por la que fue intervenido quirúrgicamente”*.

**QUINTO.-** Con fecha 6 de junio de 2007, el órgano instructor rechaza motivadamente las pruebas propuestas por el interesado, salvo la documental consistente en la aportada junto a la solicitud y la historia clínica, así como el informe pericial, para cuya incorporación al expediente se concede un plazo de 30 días, sin que dicho informe haya llegado a aportarse.

**SEXTO.-** Solicitado, con fecha 28 de septiembre de 2007, informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica), se evacua el 23 de febrero de 2011, con las siguientes conclusiones:

*“1. El paciente presentaba, en las dos primeras ocasiones que acudió al servicio de urgencias del Hospital, un buen estado general sin signos de hemorragia interna, que hacía difícil el diagnóstico de rotura de bazo.*

*2. La no realización de pruebas de imagen sobre el abdomen retrasó el diagnóstico de la rotura. Este hecho no hubiera modificado la actitud terapéutica.*

*3. En la tercera ocasión en que acude al servicio de urgencias, el paciente presentaba ya signos de hemorragia interna, que hicieron sospechar la patología, por lo que se le pidió radiología de abdomen, ecografía abdominal y hematocrito seriado, de acuerdo a los protocolos.*

*Diagnóstico: rotura del bazo en dos tiempos.*

*4. El paciente presentó signos de peritonitis y caída del hematocrito, indicación clara de laparotomía, que se le realizó de urgencia. En ella se le practicó una esplenectomía.*

*5. La pérdida del bazo en un adulto no conlleva limitaciones. Las posibles infecciones tardías post esplenectomías, sobre todo la septicemia neumocócica, se puede prevenir mediante la administración de la vacuna antineumocócica tal y como se recomendó al paciente”.*

**SÉPTIMO.-** Por la aseguradora del Ente público sanitario se aporta dictamen médico colegiado de cuatro especialistas en Cirugía General y Digestivo y un especialista en Cirugía General, que concluyen como sigue:

*“1. El paciente ingresa en la urgencia del HRM de Lorca por un traumatismo casual.*

2. Se realizaron exploraciones clínicas y de imagen, que fueron rigurosamente normales, siendo dado de alta con control por su MAP. De acuerdo con todo ello no existía indicación de realizar ninguna prueba más.

3. Ingresó 48 horas más tarde con la misma sintomatología y dolor en hipogastrio y FR izquierda. Se realizaron exploraciones clínicas y de imagen que fueron prácticamente normales, sin que existiera indicio alguno de abdomen agudo secundario a hemoperitoneo. La indicación de observación por su MAP es correcta.

4. Ninguno de los protocolos de Urgencia vigentes en la actualidad, recomiendan la realización de estas exploraciones, cuando no existen ni fracturas costales múltiples, ni en los casos de contusión costal sin signos de inestabilidad hemodinámica, al ingreso de los pacientes en la urgencia.

5. En la 3ª ocasión que acude a la urgencia hay un cambio clínico que se manifiesta por intenso dolor abdominal de unas horas de evolución, más caída de los hematocritos seriados, de más de 8 puntos. Se realiza ecografía que confirma hemoperitoneo secundario a rotura subcapsular de bazo en 2 tiempos.

6. Esta sintomatología no la presentaba el paciente en ninguna de las 2 ocasiones anteriores en las que acudió a la urgencia.

7. La anatomía patológica confirma la rotura subcapsular del bazo.

8. Las roturas de bazo en 2 tiempos son imprevisibles, difícilmente tratables, cuando son masivas, que no era este caso, su incidencia es del 12% cuando existen graves lesiones torácicas.

9. De acuerdo con la documentación examinada se puede concluir en que todos los profesionales que trataron al paciente lo hicieron de manera correcta y de acuerdo con la *lex artis*".

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, no consta que hayan hecho uso del mismo.

**NOVENO.-** Con fecha 11 de julio de 2011, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 27 de julio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. La legitimación activa corresponde al paciente, en tanto que es quien sufre en su persona los daños que imputa a la asistencia sanitaria recibida, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC), en relación con el 31 de la misma Ley y con el 4.1 (RRP).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través del Servicio Murciano de Salud, en tanto que titular del servicio sanitario público a cuyo anormal funcionamiento se atribuye el daño padecido.

2. La reclamación de 26 de junio de 2006 se ha presentado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, considerando como *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo la fecha de producción del único daño que ha quedado acreditado en el expediente como es la pérdida del bazo, lo que acaece el 4 de julio de 2005.

3. Por último, analizada la tramitación del procedimiento, se advierte que se ha seguido, en líneas generales, lo establecido por el RRP para este tipo de reclamaciones, salvo el tiempo

máximo para resolver que ha rebasado ampliamente el previsto en el artículo 13.3 del citado Reglamento, al demorarse, en exceso (más de 3 años), el informe de la Inspección Médica; en cualquier caso, se han recabado los informes preceptivos y cumplimentado las garantías de audiencia a los interesados.

Ha de advertirse, no obstante, que no ha quedado acreditada en el expediente la representación con que la Letrada dice actuar en nombre del paciente, lo que debió llevar al órgano instructor a requerirle la subsanación de dicho extremo al amparo del artículo 32, apartados 3 y 4 LPAC.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de

esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al servicio público sanitario.**

El reclamante considera que recibió una asistencia incorrecta en el Servicio de Urgencias del Hospital “Rafael Méndez”, que no fue capaz de diagnosticar la rotura de bazo que sufría en las dos primeras ocasiones en las que acudió, estimando que en la segunda visita (el 29 de junio de 2005) debería habersele realizado una ecografía de abdomen, lo que habría permitido alcanzar el diagnóstico acertado días antes del momento en que se obtuvo, el 4 de julio de 2005, cuando hubo de ser intervenido de urgencia para extirparle el indicado órgano.

Dichas cuestiones aparecen íntimamente relacionadas con el criterio jurisprudencial de la “lex artis”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que, en todo momento y bajo cualquier circunstancia, se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “lex artis”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la normopraxis venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico (por todas, STS, Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999).

Descrita a grandes rasgos la doctrina relativa a la *lex artis*, habremos de acudir al expediente para desvelar en qué medida la actuación de los profesionales intervinientes se adecuó a dicho estándar.

La valoración de dicha actuación y en qué medida, antes del momento en que se alcanza el diagnóstico de rotura de bazo, podía ya haberse identificado la verdadera naturaleza de la dolencia que presentaba el paciente, bien con las técnicas exploratorias utilizadas bien mediante la realización de pruebas adicionales de diagnóstico, exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, resultan trascendentales los informes médicos obrantes en el expediente -el especial valor probatorio de estas pericias en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999-.

De los informes que, traídos al procedimiento por la Administración y la aseguradora de ésta, efectúan un juicio acerca de la asistencia prestada al paciente, se extraen las siguientes consideraciones:

a) En las dos primeras visitas a urgencias el paciente no presenta signos de hemorragia interna ni sugestivos de rotura de bazo.

b) El resultado de la exploración física y de las pruebas radiológicas realizadas no exigía la realización de pruebas complementarias adicionales, pues ninguno de los protocolos de urgencias vigentes en la actualidad recomiendan su realización cuando no existen ni fracturas costales múltiples (el paciente sólo presentaba una fisura en una costilla) ni en los casos de contusión costal sin signos de inestabilidad hemodinámica.

c) Es en la tercera visita a urgencias, el 4 de julio de 2005, cuando ya hay un cambio clínico que se manifiesta por signos de peritonitis, con intenso dolor abdominal de horas de evolución y caída de los hematocritos seriados en más de ocho puntos, lo que lleva a practicarle una ecografía que confirma la presencia de hemoperitoneo secundario a rotura subcapsular del bazo.

d) La atención dispensada en urgencias fue adecuada a normopraxis, sin que se adviertan actuaciones u omisiones contrarias a la *lex artis*.

Frente a la positiva valoración médica de la asistencia prestada no puede prevalecer la mera opinión del reclamante, huérfana del apoyo técnico que requeriría para poder determinar la existencia de una eventual mala praxis médica, y que, de conformidad con el artículo 217 LEC y en atención a la distribución de la carga de la prueba que de él se deriva, aquélla debería haber aportado al procedimiento. No habiéndolo hecho, el déficit probatorio sólo a él ha de perjudicarlo.

Cabe concluir, en definitiva, que no consta acreditado que en la atención prestada al paciente se incurriera en actuación contraria a normopraxis, lo que impide afirmar la existencia de nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño alegado, cuyo origen ha de buscarse en la propia enfermedad del paciente, lo que a su vez excluye su antijuridicidad.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en la medida en que no aprecia la concurrencia de todos los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado, cuya antijuridicidad tampoco ha quedado acreditada en el expediente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 248-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

**Fecha** 29/11/2011

**Extracto de doctrina**

Las valoraciones técnicas obrantes en el expediente, que, como ha quedado suficientemente expresado en los antecedentes de este Dictamen, de forma unánime avalan el ajuste a normopraxis de la atención prestada a la paciente.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 30 de noviembre de 2005, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud (SMS), por la defectuosa asistencia sanitaria recibida en la Fundación Hospital de Cieza (FHC).

Según el relato fáctico de la reclamante, el día 3 de diciembre de 2004 sufrió una caída casual en su domicilio, con resultado de traumatismo en la mano derecha. Ese mismo día acudió al servicio de urgencias del indicado Hospital, siendo diagnosticada de fractura del tercio distal del radio derecho con desplazamiento dorsal del fragmento distal y fractura asociada del estiloides cubital. Se procede a inmovilización con férula y se la cita para revisión, previa prescripción de calmantes para el dolor. El siguiente día 7 acude de nuevo al Hospital donde le cambiaron la escayola inicial por otra completa, ya que, según le manifestaron, tenía fracturado el radio y el cubito. Volvieron a citarla para el siguiente día 15, fecha en la que acudió de nuevo al Hospital donde, al no encontrarse el Dr. x, facultativo que la había asistido hasta ese momento, fue atendida por otra médica, la que, sin mediar explicación alguna, le retiró la escayola, informándole después que lo había hecho porque al revisar las radiografías había comprobado que se había producido un desplazamiento. Seguidamente le aplicaron anestesia local y procedieron a romperle el hueso para unirlo de nuevo, sin consultarle ni pedirle consentimiento para tal actuación.

Como consecuencia de dicha actuación, que la reclamante considera negligente, le ha quedado como secuela una rigidez de muñeca y mano derechas, así como una deformidad que se evidenció cuando le retiraron la escayola, por lo que solicita una indemnización que no cuantifica. Pide el recibimiento a prueba del procedimiento y adjunta una serie de documentos relativos a la

asistencia sanitaria recibida, entre los que incluye unas fotografías sobre el estado en que quedó su mano.

**SEGUNDO.-** Recibida la reclamación, por el Servicio Jurídico del SMS se dirige escrito a la reclamante al objeto de que subsanara su escrito inicial, indicándole que debía especificar las lesiones sufridas y la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de los daños sufridos, si ello resultaba posible, así como el momento en el que la lesión se produjo. Se le indica también que conforme a lo establecido en el artículo 6 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP), debe proponer los medios de prueba de que pretende valerse.

Atendiendo al requerimiento que se le había formulada, la interesada presenta escrito en el que concreta que la lesión sufrida como consecuencia de la actuación médica prestada, es una rigidez severa, con pérdida de movilidad en la muñeca y mano derechas, con deformidad en esta última. Por otro lado valora el daño sufrido en 65.000 euros y propone como medios de prueba los siguientes:

- Documental, consistente en dar por reproducidos los que se acompañaron a su escrito inicial, así como la historia clínica e informes de los profesionales que la atendieron, que deberán ser requeridos a la FHC. También como prueba de este carácter adjunta la Propuesta de dictamen emitida el 16 de noviembre de 2005, en el expediente que se tramita ante el ISSORM, en la que se le reconoce un grado de minusvalía del 37%.

- Pericial, que solicita se lleve a cabo por un perito judicial, especialista en traumatología y valoración del daño corporal, a fin de que determine el alcance y causa de las secuelas que presenta.

**TERCERO.-** Con fecha 3 de noviembre de 2006, el Director Gerente del SMS dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación y encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicar dicho trámite a la interesada, a la correduría de seguros y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria. Por otro lado solicita a la dirección gerencial de la FHC la historia clínica y los informes de los facultativos que atendieron a la reclamante.

**CUARTO.-** La FHC remite la historia clínica, así como informes de los siguientes facultativos de dicho Hospital:

1. Del Dr. x, Jefe del Servicio de Traumatología, en el que se señala lo siguiente:

*“Paciente que fue atendida en el Servicio de Urgencias de este Hospital con fecha 03/12/04, por haber sufrido Fractura conminuta de radio dcho. Su atención, reflejada en la Historia Clínica es:*

*1. Con dicha fecha (03/12/04) se procede a la reducción de su fractura e inmovilización en férula de yeso es la práctica habitual con el objeto de evitar el edema y el compromiso compartimental.*

*2. Es revisada en Consulta de Traumatología -Dr. x- con fecha 07/12/04, con el objeto de observar la evolución de la fractura. Se observa que la reducción es correcta -Rx- y se mantiene férula de yeso por edema distal. Se recita (sic) en Consulta.*

*3. Con fecha 15/12/04 es revisada por la Dra. x. Al observarse en la Rx un desplazamiento secundario, se procede a la correcta reducción de la fractura ayudada por los Drs. x, y. No se vuelve a fracturar un hueso, pues este no consolida en 11 días, y como es obvio no lo estaba al desplazarse secundariamente. Esta práctica es la habitual en el manejo de las fracturas de EDR.*

*4. Con fecha 16/12/04 acude a otro centro, dónde se decide la apertura del yeso.*

*5. El 18/01/05 no acude a consulta.*

*6. Con fecha 08/02/05 acude a consulta, retirándose inmovilización. Se aprecia fractura consolidada en discreta desviación dorsal. Correcta.*

*7. La paciente no acude de forma regular a su tratamiento de Rehabilitación. Asimismo no acude a la revisión citada a los 2 meses de la retirada del yeso.*

*8. Toma cita nuevamente con fecha 28/12/05. Se le solicitan pruebas (Rx, EMG). No acude a ver el resultado de las pruebas”.*

2. Del Dr. x, Especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología, del siguiente tenor:

*“Paciente que acude a Urgencias de este hospital el 03/12/04, tras sufrir fractura conminuta de radio distal dcho.; donde se procede a reducción e inmovilización con ferulización de yeso.*

*Revisada el día 07/12/04 en consultas externas, se mantiene ferulización de yeso dado el edema distal, frecuente en este tipo de lesiones.*

*El día 14/12/04 se procede a inmovilización siendo citada el día siguiente para nuevo control radiológico dada la posibilidad de desplazamiento, característico de este tipo de fracturas.*

*El día 15/12/04 ayudo a la Dra. x en la reducción de la fractura y nuevo enyesado, para aumentar las posibilidades de obtener una buena evolución. El control radiológico tras esta nueva reducción es satisfactorio; por lo que se recomienda a la paciente administrar diclofenaco intramuscular, y mantener elevado el miembro, así como movilizar dedos, para disminuir la inflamación.*

*Con fecha 04/01/05, la paciente es revisada de nuevo, constatándose reducción adecuada, y siendo citada para retirar la inmovilización el día 18 de enero 2005, no acudiendo a consulta y haciéndose el día 8 febrero 2005 y se deriva a la paciente al servicio de RHB, para mejor evolución, quedando citada dos meses más tarde para control evolutivo.*

*Según anotaciones de la historia clínica, la paciente no acude a consulta hasta casi un año después (desconozco los motivos y si ha seguido las recomendaciones respecto a su tratamiento); refiriendo dolor y parestesias en territorio del nervio mediano, motivo por el que la Dra. x solicita la práctica de una radiografía y una electromiografía. Tras esa fecha 28/12/05, no hay más anotaciones clínicas, por lo que he de suponer que la paciente no acudió a nuestro servicio.*

*Cabe comentar que el seguimiento efectuado a la paciente desde el momento del traumatismo ha sido exhaustivo y conforme en todo momento a las recomendaciones de tratamiento habitual en estos casos; y que incluso en el mejor de los casos, son frecuentes secuelas como dolor y falta de movilidad articular”.*

3. Del Dr. x, del Servicio de Rehabilitación, en el siguiente sentido:

*“x, concurrió al servicio de rehabilitación el 14 de febrero del 2005, con el antecedente de fractura de hombro derecho en junio de 1999, procedente del servicio de traumatología por secuela de fractura de colles muñeca derecha ocurrido el 03 de diciembre del 2004. Examen físico: (en aquella oportunidad), articulación de muñeca derecha tenía una angulación dorsal, rigidez de plexo-extensión y supinación, además de dolor. Tratamiento aplicado: magnetoterapia, cinesiterapia, electroestimulación, onda corta y crioterapia. Evolución: empezó la fisioterapia el 23 de febrero del 2005, pero fue irregular en la asistencia a rehabilitación, y aparentemente dejó de concurrir al*

*tratamiento el 28 de marzo 2005, a pesar que se llamó a la paciente varias veces a su casa sin obtener respuesta, fue alta de nuestro servicio el 07 de abril del 2005.*

*Todos estos datos han sido extraídos del historial de la paciente que se me ha facilitado”.*

**QUINTO.-** La instructora dirige escrito a la reclamante notificándole la aceptación de los medios de prueba propuestos, aunque en relación con la pericial se le señala que la elección del perito deberá realizarla ella, así como correr con los gastos que su práctica origine.

**SEXTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica, ésta alcanza las siguientes conclusiones:

*“Primera: No hemos encontrado a lo largo del proceso estudiado, funcionamiento anormal del Servicio Murciano de Salud o defectuosa asistencia médica, habiendo estado la misma ajustada a los protocolos vigentes, para el tratamiento de los traumatismos de muñeca, y comprobándose un seguimiento exhaustivo de la paciente por parte de los servicios médicos implicados.*

*Segunda: Las complicaciones sufridas por x, están dentro de las descritas como muy frecuentes en este tipo de traumatismos (entre el 15 y 25% de los casos de las fracturas de la extremidad distal del radio), aun en los casos de tratamiento correcto.*

*Tercera: La tórpida evolución de la fractura de Colles sufrida, es más imputable a la idiosincrasia propia del proceso patológico (mala consolidación del foco de fractura), y a los factores concomitantes propios de la paciente (edad, antecedentes de caídas previas, patología preexistente, factores sociales, etc.), que a la atención médico-sanitaria prestada por el Servicio de Urgencias del Hospital Fundación de Cieza.*

*Cuarta: Toda la actuación médica es correcta y se ajusta a la "lex artis ad hoc".*

**SÉPTIMO.-** La compañía aseguradora del SMS aporta dictamen realizado por el Dr. x, Especialista de Cirugía Ortopédica y Traumatología, que llega a las siguientes conclusiones:

*“1. La paciente fue correctamente atendida, diagnosticada y tratada por el Servicio de Urgencias del Hospital de Cieza.*

*2. El control de su lesión se hizo correctamente y se trataron con diligencia las complicaciones que surgieron de pérdida de reducción.*

3. *Al terminar el plazo habitual de inmovilización de la fractura se propuso tratamiento rehabilitador.*

4. *No es infrecuente que queden deformidades residuales en la muñeca después de haber sufrido fracturas del extremo distal del radio. Sin embargo, la función puede no verse gravemente afectada”.*

Finaliza afirmando que no se reconoce actuación médica contraria a normopraxis.

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados (reclamante y aseguradora), la primera presenta escrito en el que reitera su solicitud de declaración de responsabilidad patrimonial del SMS por el daño que se le causó a consecuencia del tratamiento médico recibido.

Seguidamente el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no advertir la concurrencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños alegados.

Una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 20 de enero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 RRP.

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. La reclamación ha sido interpuesta por quien sufre los daños físicos que imputa a la Administración regional, lo que le confiere legitimación activa para solicitar su indemnización en virtud de lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva, si bien es cierto que la actuación sanitaria a la que se imputa el daño fue prestada en la entonces FHC, ello no obsta para que pueda tramitarse y resolverse el procedimiento de responsabilidad patrimonial que nos ocupa, ya que la asistencia recibida por la paciente trae causa, según se desprende de los datos que obran en el expediente, de un concierto previo con la Administración sanitaria por lo que, en última instancia, es dicha Administración la que debe asumir el eventual resarcimiento de los daños que se pudieran haber ocasionado en el citado centro sanitario de naturaleza fundacional, con el mismo alcance que si se hubieran ocasionado en sus propias instalaciones, toda vez que las exigencias del principio de indemnidad, consagrado en el artículo 106.2 de la Constitución, hacen indiferente quién sea el causante inmediato del presunto daño, sin que quepa colocar al ahora reclamante en peor posición por el hecho de que aquél haya sido causado no por el servicio público sanitario propiamente dicho, sino por un centro sanitario concertado, pues éste, al fin y al cabo, actúa por cuenta de aquél.

II. En lo que respecta a la temporalidad de la reclamación, el artículo 4.2 RRP dispone que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. En el presente caso la actuación médica a la que se imputa los daños habría acaecido en el mes de diciembre de 2004, pero no sería hasta el día 7 de abril de 2005 cuando la paciente fue dada de alta. De lo anterior se desprende que la reclamación, presentada en el Registro General de la Consejería de Sanidad el 30 de noviembre de 2005, fue deducida dentro del plazo de un año previsto para ello.

III. Respecto a la tramitación, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivados del artículo 106.2 de la Constitución: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y*

derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Por otra parte, el texto constitucional (art. 43.1) también reconoce "el derecho a la protección de la salud", desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa-efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico, entre otros muchos).

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

Para la reclamante, la actuación de los médicos que la atendieron como consecuencia de la fractura de colles que sufrió, fue totalmente inadecuada al realizarle una primera inmovilización defectuosa, lo que tuvo como consecuencia las secuelas que presenta de rigidez y deformidad de la muñeca y mano derechas. Sin embargo, no llega a precisar en qué medida la reducción llevada a cabo no fue correcta a la luz de la ciencia médica, al limitarse a afirmar que existe relación causal entre el daño y *“la negligencia médica cometida en el tratamiento de la lesión sufrida”*.

Los términos en los que se expresa la reclamación y las carencias probatorias en que incurre la reclamante impiden su estimación, toda vez que una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo afirma que, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

Por ello, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante todo el proceso asistencial, permite delimitar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no sólo porque exista lesión sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de intervenciones en centros sanitarios públicos, que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o existiera una lesión derivada de una complicación de una asistencia realizada conforme a la *lex artis*.

Esa determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos, en los procedimientos de responsabilidad

patrimonial derivada de la asistencia sanitaria, es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública.

En el supuesto objeto de consulta, frente a la actividad probatoria desplegada por la Administración y su aseguradora, la reclamante ha omitido traer al procedimiento informe pericial médico alguno que contradiga las conclusiones alcanzadas por las valoraciones técnicas obrantes en el expediente, que, como ha quedado suficientemente expresado en los antecedentes de este Dictamen, de forma unánime avalan el ajuste a normopraxis de la atención prestada a la paciente. Consecuencia de todo ello es que no existe, siquiera sea indiciariamente, elemento probatorio alguno que acredite una mala praxis médica, siendo insuficiente a tal efecto la constatación en el expediente de la existencia de las secuelas en la mano y muñeca derechas de la reclamante, pues tal circunstancia no prueba por sí misma que aquéllas deriven de la asistencia prestada ni que ésta resultara inadecuada para las dolencias que presentaba la paciente.

A lo anterior cabe añadir que determinadas circunstancias relativas al estado de salud de la paciente y a su propio comportamiento en relación con su proceso patológico, pudieron influir en la tórpida evolución de sus lesiones. En efecto, la Inspección Médica señala en su informe que la reclamante presentaba factores predisponentes tales como caídas ocasionales, similares a la que constituye el origen de la reclamación, que pudieron ocasionar secuelas previas a la fractura que ahora nos ocupa e influir negativamente en su recuperación. Por otro lado la paciente no observaba debidamente las pautas de tratamiento que se le daban (reposo e inmovilidad funcional del miembro afectado, ingesta de medicamentos, etc.). También se constata en la historia clínica, y así lo resalta el Inspector Médico informante, que la x. no asistía a las consultas programadas para el seguimiento de la evolución de sus dolencias (folios 63 y 64); abandonando, asimismo, el tratamiento rehabilitador (folio 65).

Procede, en consecuencia, informar favorablemente la propuesta de resolución que no advierte, en los hechos en que se basa la reclamación, la presencia de elementos generadores de responsabilidad patrimonial, singularmente, la antijuridicidad del daño alegado por la reclamante y el nexo causal entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en la medida en que no advierte en el supuesto sometido a consulta la concurrencia de los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 249-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente escolar  
**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2011)  
**Fecha** 29/11/2011

**Extracto de doctrina**

La antijuridicidad del daño viene determinada por la inexistencia del deber jurídico de soportarlo por parte de la reclamante, quien en el desempeño de su labor profesional no puede venir obligada a realizar sacrificios patrimoniales.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 14 de abril de 2011, se recibe en la Consejería de Educación, Formación y Empleo escrito del Director del Centro de Educación Especial “Pérez Urruti” de Murcia, en el que informa de un incidente ocurrido en el centro el 7 de abril anterior, cuando la maestra x, mientras desarrollaba su labor en intervención directa con un alumno diagnosticado de trastorno generalizado del desarrollo y que presenta conductas inadaptativas y desafiantes con agresiones y autolesiones frecuentes, sufre un cabezazo en el pómulo izquierdo que le produce un hematoma y fisura en los dos incisivos frontales, que precisaron reparación, “por lo que se solicita indemnización por daños”.

Al referido escrito se adjunta un parte de incidencias, sendos informes relativos a la atención médica y factura de reparación dental por importe de 170 euros.

El parte de incidencias, suscrito por la maestra lesionada, describe los hechos como sigue:

*“El alumno x del aula 3 (ciclo 4º) tiene una crisis e intenta agredir a los compañeros del aula y autolesionarse. Para evitarlo, intento que el alumno se relaje en la colchoneta sin conseguirlo. Al contener su cabeza para evitar que se golpee, me da un cabezazo en el pómulo izquierdo ocasionándome un hematoma y la fisura en los dos incisivos frontales”.*

**SEGUNDO.-** Por resolución de 27 de abril, del Secretario General de la Consejería consultante, se admite a trámite la reclamación (sic) y se designa instructora, quien procede a requerir a la maestra implicada en el incidente la aportación de fotocopia compulsada del DNI y la

designación de un domicilio para practicar sucesivas notificaciones, con advertencia de tenerla por desistida de su pretensión si no subsana los citados defectos formales.

La documentación e información requerida son remitidas a la instructora por conducto del Director del Centro.

**TERCERO.-** Recabado de éste el preceptivo informe, lo emite el 27 de mayo y en él se confirma la versión de los hechos contenida en su escrito inicial. Señala, asimismo, que *“la situación no pudo evitarse dadas las características especiales de nuestro alumnado con necesidades educativas graves y permanentes y lo imprevisible de sus actos. La profesional actuó en todo momento de manera procedente, ya que evitó que el alumno se autolesionara la cabeza contra la pared, como consecuencia de esa contención fue ella la que recibió un cabezazo en el pómulo. Los profesionales que presenciaron los hechos coinciden en la descripción de los mismos. Se necesitó la ayuda de varias personas para controlar totalmente la situación”*.

**CUARTO.-** Por la instrucción se solicita información a la maestra lesionada y a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), acerca de si aquélla ha percibido algún tipo de indemnización por los mismos hechos, contestando ambos interpelados en sentido negativo.

Conferido trámite de audiencia a la interesada, no hace uso del mismo.

**QUINTO.-** Con fecha 14 de julio de 2011, se formula propuesta de resolución estimatoria de la *“solicitud de reclamación por daños y perjuicios presentada por x”*, reconociendo su derecho a ser indemnizada en la cantidad de 170 euros.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 20 de julio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se ha recabado con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

## **SEGUNDA.- Del procedimiento.**

1. El procedimiento seguido se ha ajustado al establecido para las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, es decir, procedimientos iniciados a instancia de parte en los que se ejercita una pretensión indemnizatoria. Sin embargo, no existe tal reclamación inicial por parte de la maestra lesionada, sino una petición razonada del Director del Centro en el que aquélla presta servicios, para que se le indemnice por los perjuicios padecidos en el ejercicio de su función docente. Dicha petición, además, contiene los elementos necesarios para poder dar lugar a la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, toda vez que expresa la lesión sufrida, individualizada en una persona concreta, su relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público, su evaluación económica (aporta factura), y el momento en que la lesión se produjo.

Ello debería haber orientado el procedimiento por los trámites establecidos en el artículo 5 RRP, que exige, como primero de aquéllos, el acuerdo de iniciación dictado por el órgano competente, que debió haberse notificado a la maestra concediéndole un plazo de siete días para que aportara cuantas alegaciones, documentos y justificaciones estimara convenientes a su derecho y propusiera prueba.

Lejos de actuar conforme se indica, se califica el parte de incidencias suscrito por la interesada como una reclamación, aun cuando en el mismo no consta pretensión económica alguna, pues carece de *petitum*. Incluso, se llega a requerir a la interesada la fotocopia compulsada del DNI con advertencia de tenerle por desistida de su solicitud, que como se ha dicho no existía, para el caso de no cumplimentar el requerimiento, y todo ello con fundamento en el artículo 70 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), que regula los requisitos de las solicitudes que formulen los interesados ante las Administraciones Públicas.

En cualquier caso, atendiendo a un elemental principio de economía procesal y dado que a la interesada se le ha conferido trámite de audiencia en el procedimiento, procede dictar resolución

sin necesidad de retrotraer las actuaciones, sin perjuicio de adecuar los términos de la propuesta de resolución a la forma de iniciación de oficio del procedimiento.

**TERCERA.- Los daños al profesorado en el ejercicio de la actividad docente.**

Reconocida la legitimación activa de los profesores para reclamar al amparo de lo previsto en el artículo 139 y ss. LPAC, al margen de la relación funcional o laboral, interesa profundizar en la doctrina de este Consejo Jurídico para determinar en qué supuestos ha dictaminado la pertinencia de la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial para el resarcimiento de los daños ocasionados al profesorado, de otros en los que ha entendido que no era de aplicación, por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

1. La responsabilidad patrimonial como vía de resarcimiento para los empleados públicos, cuando no existe una regulación específica.

Punto de partida ha de considerarse que este Consejo Jurídico, incorporando la doctrina del Consejo de Estado, ha señalado que la utilización del instituto de la responsabilidad patrimonial por los empleados públicos, al amparo de lo previsto en el artículo 139 y ss. LPAC, sólo es posible cuando no exista una regulación específica o cuando, aun existiendo, su aplicación no repare los daños causados, siempre, claro está, que concurren los restantes requisitos para su estimación (Dictámenes 75 y 76 de año 1999).

En nuestro Dictamen 75/1999 se decía a este respecto:

*“se pretende una indemnización de daños y perjuicios que no encuentra en el régimen de la relación de empleo o de la prestación del servicio una respuesta específica; por lo tanto, podrían operar las previsiones de la responsabilidad extracontractual, con fundamento en el principio de indemnidad (...)”.*

En suma, bien cuando se ha ejercitado la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial por los docentes, bien cuando por la Consejería competente se ha encauzado por esta vía de resarcimiento la petición en ausencia de otra vía específica de compensación, ha de determinarse en cada caso si concurren los requisitos determinantes de la citada responsabilidad: relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público docente y el daño alegado (artículo 139.1 LPAC) y la antijuridicidad del daño sufrido, es decir, que se trate de daños que el lesionado no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley (artículo 141,1 LPAC).

Es importante destacar, para que pueda imputarse el daño al funcionamiento del servicio público en los accidentes ocurridos en centros escolares, que sean atribuibles los daños como propios e inherentes a alguno de los factores que lo componen: función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia, y no a otros factores concurrentes ajenos al servicio (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de julio de 2002).

De lo contrario, cabe recordar la consideración tantas veces reiterada en nuestros Dictámenes, como destaca la Memoria de este Consejo correspondiente al año 2008 (folio 47), relativa a que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente, por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

## 2. Los daños sufridos “con ocasión o como consecuencia del servicio público docente”.

Un aspecto destacado por este Consejo Jurídico en muchos de sus Dictámenes sobre este tipo de daños, es la distinción entre los daños sufridos con ocasión del cumplimiento del servicio, y los padecidos como consecuencia del funcionamiento del propio servicio, que podrán ser jurídicamente atribuidos a la Administración como persona jurídica. Tal distinción, recogida por el Consejo de Estado en su Dictamen 936/1997, aplicada a los daños sufridos por un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado causados por un tercero, tiene el siguiente fundamento:

*“En el desempeño de sus funciones, un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado puede sufrir daños y perjuicios que a veces serán causados por un tercero, y otras podrán ser como consecuencia del funcionamiento del propio servicio de la Administración General del Estado. Hay que diferenciar, pues, los daños sufridos con ocasión del cumplimiento de un servicio pero causados por un tercero, y los padecidos como consecuencia del propio funcionamiento de la Administración General del Estado. Mientras que los primeros son imputables al tercero que los haya causado (con ocasión del servicio), los segundos podrán ser jurídicamente atribuidos a la Administración General del Estado como persona jurídica (como consecuencia del servicio)”.*

Se plasmó la anterior doctrina, entre otros, en el Dictamen 181/2007 de este Consejo Jurídico: *“en supuestos como el que nos ocupa, es decir, daños sufridos por un empleado público en el desempeño de sus funciones, es preciso distinguir entre aquéllos que pueda padecer con ocasión del cumplimiento de tales funciones, causados por un tercero, y los padecidos como consecuencia del propio funcionamiento del servicio (...). En principio, estos últimos deberían ser reparados en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración, mientras que los primeros lo serían, en su caso, por el régimen de indemnizaciones previsto en la legislación funcionarial antes referida”*.

Si bien, en el caso de los daños sufridos por los docentes por la acción de los alumnos, éstos no pueden ser considerados como terceros ajenos al servicio público, pues se integran en la organización administrativa mientras el servicio esté en funcionamiento, ejercitándose sobre ellos unas facultades de vigilancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1903 del Código Civil:

*“Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias”*.

### 3. Principio de indemnidad de los funcionarios públicos.

En todos nuestros Dictámenes sobre daños producidos a los docentes, aunque se haya dictaminado la desestimación de la acción de reclamación por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, indicándose en tales casos la conveniencia de su resarcimiento por otra vía específica (Dictámenes 145/2006, 181/2007 y 175/2009), se ha sustentado que su compensación se fundamenta en el principio de indemnidad de los empleados públicos. Así, en el último de los citados se señala:

*“Por otra parte, el Consejo Jurídico viene sosteniendo el principio general en virtud del cual el desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público algún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su propio patrimonio, un daño generado en el seno de la relación específica funcionarial, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte (por todos nuestro Dictamen núm. 143/2003). Dicha doctrina refleja el principio general de la indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona o en sus bienes por el desempeño de funciones o tareas reconocidos en la legislación sobre función pública.*

*Así los artículos 14, d) y 28 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, establecen que los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón de servicio y, en el mismo sentido, el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, también recoge el derecho a la prevención de riesgos laborales y a las indemnizaciones que reglamentariamente se establezcan (artículos 73 y 72,b, respectivamente), cuyo desarrollo no recoge, en el ámbito de nuestra Región, estos supuestos como susceptibles de indemnización”.*

Precisamente, la falta de una regulación adecuada y completa de la compensación de daños sufridos por los funcionarios con ocasión y a consecuencia del servicio, ha dado lugar a la búsqueda difícil de criterios a tener en cuenta, lo que ha conducido al Consejo de Estado a proponer la vía del artículo 139 LPAC, como se ha indicado con anterioridad, cuando no exista una regulación específica (Memoria del año 1998), recogida en nuestra doctrina (por todos, Dictámenes 75/99 y 76/99, ya citados).

A este respecto, en el ámbito de la Administración Pública regional sólo se contemplan, como indemnizaciones por razón de servicio a los funcionarios públicos y personal laboral (Decreto 24/1997, de 25 de abril, cuyas cuantías han sido actualizadas por Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 20 de febrero de 2006), las indemnizaciones por uso de automóvil y motocicleta, por alojamiento y manutención, por participar en tribunales de oposición y en otros órganos encargados de selección, por formar parte de tribunales cuya superación sea necesaria para el ejercicio de profesiones o para la realización de determinadas actividades y por la participación en comisiones de valoración, así como en actividades de formación y perfeccionamiento del personal y asistencia a órganos colegiados.

#### 4. Daños personales sufridos por los docentes por acciones del alumnado.

En los supuestos de daños personales sufridos por los profesores por acciones del alumnado, este Consejo Jurídico ha dictaminado de forma favorable la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial en los casos de daños que se producen durante el transcurso de las actividades docentes (por tanto, derivaban del funcionamiento del servicio público docente sea normal o anormal), ocasionados por alumnos que se encontraban bajo la vigilancia del centro escolar y que el empleado público no tenía el deber jurídico de soportar, pues en el desempeño de su labor profesional no puede venir obligado a realizar sacrificios patrimoniales, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte.

Téngase en cuenta que la responsabilidad extracontractual, como señala la STS, Sala 3ª, de 18 de junio de 1999, supone la existencia de una determinada actividad administrativa que incidentalmente, y al margen de cualquier relación jurídica previamente constituida, provoca unos daños a determinada persona que ésta no tiene el deber jurídico de soportar.

Así, se dictaminó favorablemente la estimación de la responsabilidad patrimonial respecto a los daños alegados por un docente con motivo del lanzamiento de un balón por parte de un alumno, cuando el profesor desempeñaba sus labores de vigilancia en el recreo (Dictamen 247/2002) con el siguiente razonamiento:

*“Las circunstancias que concurren en el presente supuesto determinan el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional desde el momento en que concurren todos los elementos necesarios para ello. Así, ha quedado acreditado en el expediente un daño o perjuicio patrimonial efectivo, individualizado en el reclamante (...) y que se ha derivado del funcionamiento del servicio público docente, dado que se produjo en el transcurso de las actividades escolares propias del mismo.*

*Asimismo, la antijuridicidad del daño viene determinado por la inexistencia del deber jurídico de soportarlo por parte del reclamante, quien en el desempeño de su labor profesional no puede venir obligado a realizar sacrificios patrimoniales (...).”*

En igual sentido, en el caso de los daños sufridos por una profesora cuando se desplazaba al pabellón de Primaria y sufrió un balonazo por la acción de un alumno, que le rompió las gafas (Dictamen 86/2004).

También se ha reconocido tal vía resarcitoria en los daños sufridos por una profesora cuando, al intentar separar a dos alumnos que discutían, recibió un puñetazo en el lado derecho de la cara (58/2007), o cuando en el desempeño de sus funciones recibió una agresión física por parte de un alumno (Dictamen 188/02).

En consecuencia, la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial ha sido dictaminada favorablemente por el Consejo Jurídico (presupuesto el principio de indemnidad de los empleados públicos y que se trata de daños que no tienen el deber jurídico de soportar), por entender acreditado el nexo causal (*“como consecuencia del funcionamiento del servicio público”*), al resultar atribuible como inherente a alguno de los factores que la componen, como la actividad docente o la vigilancia o custodia de los alumnos, en aquellos casos en que los daños al profesorado se producen durante el ejercicio de sus actividades docentes, derivadas de acciones

de alumnos, que se encuentran bajo la vigilancia del centro escolar, siempre y cuando no medie culpa o negligencia del profesor.

Por último, queda fuera de toda duda la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial en los supuestos de daños al profesorado por funcionamiento anormal de los servicios públicos docentes (defectos constructivos y de las instalaciones, etc.), como se contiene, entre otros, en nuestros Dictámenes 92/2002 y 180/2007.

**CUARTA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el presente caso.**

Las circunstancias que concurren en el supuesto determinan el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional desde el momento en que se cumplen todos los elementos necesarios para ello. Así, ha quedado acreditado en el expediente un daño físico cuya sanación ha derivado en un perjuicio patrimonial efectivo, individualizado en la reclamante y valorado en 170 euros, ocasionado por el funcionamiento del servicio público docente, y que se produjo en el transcurso de las actividades escolares propias del mismo.

Además, el alumno causante del daño no puede ser considerado como un tercero, ejercitándose sobre él unas facultades de vigilancia durante la jornada escolar, por lo que, conforme al artículo 1.903, último párrafo, del Código Civil, los titulares de los centros docentes responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando las actividades escolares.

Para tal reconocimiento de responsabilidad patrimonial es indiferente que el funcionamiento del servicio público docente haya sido normal o anormal, de acuerdo con el enunciado del artículo 139.1 LPAC, sino que basta que exista relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público docente.

La antijuridicidad del daño viene determinada por la inexistencia del deber jurídico de soportarlo por parte de la reclamante, quien en el desempeño de su labor profesional no puede venir obligada a realizar sacrificios patrimoniales. En efecto, tanto este Consejo Jurídico (por todos, Dictámenes 188/2002 y 86/2004, ya citados), como el Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 2411/2000 y 1164/2001), vienen sosteniendo el principio general en virtud del cual el desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público ningún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su

propio patrimonio, un daño generado en el seno de la relación específica funcional, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte con virtualidad suficiente para romper el nexo causal correspondiente.

Del examen del expediente resulta que la reclamante sufrió un daño, consistente en la rotura de dos dientes, al recibir un cabezazo de un alumno a quien intentaba sujetar para evitar que se autolesionara y agrediera a otros compañeros en el transcurso de una crisis de la patología que el menor padece.

Cabe concluir, pues, que la Administración debe reparar el daño sufrido por la reclamante en el ejercicio de su función docente, al igual que este Consejo Jurídico lo estimó en Dictamen 58/2007, en un supuesto de daños derivados del puñetazo recibido por una docente al intentar separar a dos alumnos que peleaban entre sí, con cita de los Dictámenes del Consejo de Estado números 3819/2000, que analiza un supuesto de daños sufridos por una profesora al intentar separar a dos alumnos que se peleaban, y 2414/2000, en los que una profesora sufre daños en su boca al intentar sujetar a un alumno.

No habiéndose discutido el importe en el expediente, la cuantía de la indemnización habrá de coincidir con la anteriormente expresada, más la correspondiente actualización, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Procede declarar el derecho de la maestra lesionada a ser indemnizada en concepto de responsabilidad patrimonial en la cuantía de 170 euros más la correspondiente actualización, si bien la resolución habrá de adecuarse a la forma en que se inició el procedimiento, conforme a lo indicado en la Consideración Segunda de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 250-2011**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x y otra, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo (2008)
<b>Fecha</b>	29/11/2011

**Extracto de doctrina**

Especial valor ha de darse al detallado informe del forense emitido en las actuaciones penales de referencia, dada la singular posición de imparcialidad de dicho profesional, que en el caso, y según se advierte de la profusa documentación médica presentada por los denunciantes en dichas actuaciones penales, se pronuncia esencialmente sobre las mismas cuestiones, relativas a la praxis sanitaria “ad hoc”, que los reclamantes vuelven a plantear en esta sede administrativa.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado el 11 de junio de 2007, dirigido a la Consejería de Sanidad de esta Administración regional, x, y formularon reclamación de responsabilidad patrimonial por la muerte de su hijo x el 25 de septiembre de 2003 en el hospital psiquiátrico regional “*Román Alberca*”, hecho por el que se siguieron las Diligencias Previas nº 3299/2003 en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Murcia, que terminaron con Auto de sobreseimiento de 30 de octubre de 2006.

En síntesis, en su escrito expresan que el 10 de septiembre de 2003 tuvieron que ingresar a su hijo en el referido hospital por prescripción de su psiquiatra, en contra de la voluntad de aquél (no estaba declarado incapaz); al día siguiente fueron a entrevistarse en el centro con el psiquiatra Dr. x, al que informaron de los antecedentes de su hijo, especialmente de que era alérgico a los ácaros y que el tratamiento con neurolépticos le daba asma y le sentaba mal; el 13 de septiembre lo visitaron y comprobaron que no tenía fuerza, tenía los pies hinchados y les dijo que lo ataban por la noche a la cama; el día 15 siguiente hablaron con el citado facultativo y les dijo que por la noche lo ataban cuando a la mañana siguiente tenían que realizarle una TEC (terapia electro convulsiva), porque esa noche el paciente no podía beber agua, debido a la anestesia que el día de la TEC era necesario administrarle. Alegan que lo lógico hubiera sido informar al paciente de que le iban a realizar una TEC, y que el médico les dijo que ya le habían realizado tres, sin que éste tuviera ninguna autorización para ello. Añaden que el 22 de septiembre de 2003 por la tarde fueron a ver a su hijo y enseguida comenzó a tener náuseas y se quedaba sin fuerza en los pies, de forma que

una enfermera trajo una silla de ruedas para llevarlo a su habitación y acostarlo. El siguiente 23 llamaron al centro, donde les dijeron que era un síncope vasovagal sin importancia, visitándolo nuevamente por la tarde, en que se vuelve a quejar de náuseas y dolor en el pecho, sentándolo en una sala de control; posteriormente les llaman del centro para informarles de que su hijo había tenido un episodio de desconexión con el medio con caída al suelo y relajación de esfínteres, por lo que había sido trasladado al Servicio de Urgencias del hospital “*Virgen de la Arrixaca*”. El día 24 siguiente se le dio el alta en dicho hospital, con diagnóstico de síncope vasovagal y, ya en el centro psiquiátrico, ellos le dijeron al médico que dejara de darle TEC y tantos medicamentos a su hijo, pues continuaba con náuseas, indicándole aquél que no fueran a verlo en unos días, pues le provocaban estrés, expresando los reclamantes que ello no es cierto, pues se alegraba de verles. No obstante, al siguiente día 25, fueron a visitarlo y en el patio empezó a toser y a ponerse amarillo, y a la hora aproximadamente murió.

En síntesis, imputan a los servicios sanitarios regionales las siguientes deficiencias: a) falta de autorización judicial para internarlo en el centro psiquiátrico; b) falta de consentimiento informado para aplicarle la TEC, durante las tres primeras sesiones, y deficiencias del documento informado firmado después por el padre; c) inadecuado tratamiento terapéutico en el centro “*Román Alberca*”, porque le aplicaron una medicación (neurolépticos) sobre la que la familia comunicó que era alérgico, además de administrársela en inadecuada concomitancia con la realización de las TECS, que no estaban indicadas en el caso, todo lo cual le provocó el fallecimiento por Síndrome Neuroléptico Maligno (SNM); inadecuado tratamiento en el Servicio de Urgencias del hospital “*Virgen de la Arrixaca*”, pues no le realizaron todas las pruebas necesarias para advertir la patología de su hijo, no siendo acertado el diagnóstico de síncope vasovagal. A tal fin, los reclamantes realizan una serie de consideraciones médicas. Por todo ello, solicitan una indemnización de 200.000 euros, proponiendo como prueba documental las historias clínicas del paciente en determinados centros sanitarios.

Junto con su escrito de reclamación, aportan diversa documentación, de la que se destaca la siguiente, cuyo contenido se expresa ahora en síntesis, sin perjuicio de posteriores ampliaciones en este Dictamen: a) documento de derivación del paciente a una unidad hospitalaria, de 10 de septiembre de 2003, expedido por el psiquiatra del Servicio Murciano de Salud (SMS) Dr. x, donde se hace constar como motivo del ingreso (involuntario del paciente) su “*esquizofrenia paranoide F-20 (IC 10)*”, con “*nula adherencia al tratamiento desde hace meses*”; b) petición de consulta de 23 de septiembre de 2003, de un psiquiatra del centro “*Román Alberca*” al Servicio de Urgencias del hospital “*Virgen de La Arrixaca*”, debido a un “*episodio de desconexión con el medio con caída al suelo y relajación del esfínter vesical*”; c) informe de alta en el Servicio de Urgencias del hospital “*Virgen de La Arrixaca*”, de 24 de septiembre de 2003, con diagnóstico de “*síncopes vasovagales*”;

d) informe de 25 de septiembre de 2003 de la psiquiatra del centro Dra. x, de resumen de la historia clínica y actividades prestadas al paciente; e) informe del Instituto Nacional de Toxicología, de 23 de octubre de 2003, que expresa que la causa del fallecimiento es un *“tromboembolismo pulmonar masivo”*; f) informe de análisis químico-toxicológico de 5 de febrero de 2004 del Instituto Nacional de Toxicología, sobre muestras de diversos órganos del paciente, en el que se indica que *“las cifras de las sustancias detectadas en sangre pueden ser consideradas terapéuticas”*; g) informe de autopsia de 20 de febrero de 2004, del Instituto de Medicina Legal de Murcia, que concluye que el fallecimiento se debió a *“tromboembolismo pulmonar masivo, de instauración súbita”*; h) informe de la Directora Médica del centro *“Román Alberca”*, de 17 de marzo de 2005, en contestación a un previo requerimiento judicial en las Diligencias Previas antes citadas, en las que ofrece determinada información sobre el tratamiento, personal facultativo y evolución del paciente en determinados días de su estancia en el centro. Como antecedentes del paciente, los reclamantes adjuntan a su escrito los siguientes: a) hoja de solicitud de interconsulta de un facultativo de la Gerencia de Atención Primaria (GAP) del INSALUD, de 4 de septiembre de 2000, dirigida a la consulta especializada de alergología; en dicha hoja se indica que el paciente presenta alergia a neurolépticos, butirofenonas y otros psicofármacos y está diagnosticado de asma extrínseco, con el ruego de que sea examinado por dicha consulta especializada; b) hoja de solicitud de interconsulta de un facultativo de la GAP del INSALUD, de 23 de octubre de 2001, dirigida a la consulta especializada de alergología; en dicha hoja se indica como motivo de consulta *“rinitis y asma alérgica y refiere intolerancia a Akineton, Tranxilium y Haloperidol”*.

**SEGUNDO.-** Mediante resolución de 29 de junio de 2007, el Director Gerente del SMS acordó admitir a trámite la reclamación, lo que fue notificado a los interesados. En la misma fecha se requirió a los reclamantes para que aportaran el Libro de Familia, lo que cumplieron posteriormente. Asimismo, se requirió copia de la historia clínica del paciente de la GAP de Yecla, el hospital *“Virgen de La Arrixaca”* y el hospital psiquiátrico *“Román Alberca”*. Asimismo, se solicitó al Juzgado de Instrucción nº 3 de Murcia copia de las referidas Diligencias Previas.

**TERCERO.-** Mediante oficio de 13 de julio de 2007, la Directora Médica del hospital *“Román Alberca”* remitió la historia clínica del paciente e informe suyo de la misma fecha, en el que expresa lo siguiente:

*“Así mismo, me gustaría realizar algunas puntualizaciones a la reclamación mencionada, ya que desde mi punto de vista lo planteado en la misma no se corresponde ni con los hechos, ni con las pruebas, ni con el estado actual de conocimientos sobre el tema.*

1. *Sobre la falta de legitimación del internamiento: El ingreso se realizó cumpliendo absolutamente la legalidad vigente, por cuanto el paciente fue derivado de su Centro de Salud Mental con un formulario de derivaciones de atención ambulatoria-hospitalización para internamiento involuntario (aporte documento). Una vez valorado por el psiquiatra de guardia del hospital, se realizó comunicación al juzgado correspondiente en fecha y forma (aporte documento), que acudió al centro y autorizó el ingreso en fecha y forma (aporte documento).*

2. *Sobre la falta de consentimiento para la Terapia Electroconvulsiva: La TEC se inicia el día 18 de septiembre tras realizar las pruebas necesarias (exploración física/analítica, EKG y RX de tórax). Previamente, en concreto el día 15 de septiembre, el padre firma la autorización, donde se incluye una descripción del procedimiento, así como de los riesgos, efectos secundarios y complicaciones, resultados y derecho a retirar el consentimiento (ver documento). Por lo tanto, si no leyó el documento o no le pareció bien, tuvo 3 días para hacerlo y retirar dicho consentimiento antes de iniciar la misma o en cualquier momento posterior a su inicio.*

3. *Sobre el incumplimiento del Protocolo de TEC: El paciente fue valorado por el Anestesiista del centro y se cumplimentó el Protocolo de Anestesia vigente en el Hospital en esas fechas, con exploración por órganos y sistemas y pruebas complementarias, incluyendo EKG y RX tórax. Así mismo, cada intervención fue monitorizada según protocolo (ver documentos).*

4. *Sobre la presunta intolerancia a Neurolépticos: Ni en el formulario de derivación desde su CSM ni en el apartado de Antecedentes Personales y Familiares de la Historia Clínica realizados al ingreso a los familiares (bastante detallada, por cierto), la familia refiere alergia alguna excepto a ácaros (ver documento). Posteriormente, tampoco a la Dra. x, encargada del paciente a su ingreso, se le indica más que "alérgico al polen, ácaros y aspirina". Así mismo, en el documento de ingreso en la Arrixaca del 23/09, consta "no alergias conocidas". Los documentos a los que hace referencia para justificar esas supuestas alergias no estuvieron en poder del hospital en ningún momento durante el ingreso.*

5. *Sobre las causas de la muerte: En ningún momento el informe forense hace referencia al Síndrome Neuroléptico Maligno (diagnóstica tromboembolismo pulmonar) como causa de la muerte, ni la sintomatología que el paciente presenta durante los días de internamiento son compatibles con dicho diagnóstico. Hay que mencionar que, por definición, un síndrome es un "conjunto de síntomas" y, por lo tanto, todos ellos son necesarios para hacer el diagnóstico. Así mismo, en los datos del análisis químico-toxicológico no se informa de dosis tóxicas de ninguno de los fármacos encontrados.*

6. Sobre las contraindicaciones de la TEC: “actualmente se considera que no existen contraindicaciones absolutas para la TEC, sino situaciones de riesgo relativo... El riesgo de la TEC es, en sí mismo, el anestésico y está determinado por el ASA, como las lesiones cerebrales ocupantes de espacio, hipertensión intracraneal, infarto de miocardio reciente, hemorragia cerebral reciente o malformaciones vasculares y aneurismas inestables”. En cuanto a la medicación intercurrente, “aunque sería deseable evitar la asociación de la TEC con psicofármacos, no existe ninguna contraindicación absoluta para el uso de TEC con psicofármacos. El riesgo relativo podría dividirse en tres niveles: A. Riesgo Alto: 1. IMAO (deben evitarse preferiblemente). Litio (debe valorarse la disminución de niveles)”. (“Recomendaciones Terapéuticas en los Trastornos Mentales” --, Barcelona, 1999).”

Posteriormente, se remitió informe del Dr. x, de 18 de julio de 2007, que expresa lo siguiente:

“El paciente x, de 36 años de edad, fue ingresado en nuestro hospital con el diagnóstico de esquizofrenia paranoide y tratado por el Dr. x. Como encargado de la TEC, fui requerido por el mismo para tratar al citado paciente. A tal efecto, se procedió a solicitar el consentimiento informado para TEC. Dado el estado del paciente y su nula conciencia de enfermedad, dicho consentimiento fue otorgado por su padre x con fecha 15/9/2003 y firmado por el Dr. x y yo mismo.

El día 17/9/2003 se realizó la preceptiva consulta preanestésica al paciente, una vez hechas las pruebas complementarias del protocolo: ECG, Radiografía de tórax y analítica general (no se solicitaron otras pruebas por no estar justificada su necesidad), que no pusieron de manifiesto ninguna anomalía. El examen físico general, los antecedentes y la anámnesis fueron anodinos, si acaso pusieron de manifiesto la corpulencia del paciente y un cierto grado de obesidad.

No existen contraindicaciones absolutas para la práctica de la TEC, sí algunas relativas que condicionan situaciones de riesgo elevado para la práctica de la misma como son: el infarto de miocardio reciente (< de 3 meses), accidente cerebrovascular reciente (< de 3 meses), las masas intracraneales (con aumento de la presión intracraneal), la angina de pecho inestable, la insuficiencia cardíaca congestiva, el feocromocitoma y las malformaciones vasculares y/o aneurismas inestables.

A la vista de las pruebas (Rx, ECG, Analíticas), de la anámnesis y la entrevista preanestésica y dado que no tenía ninguna patología ni antecedentes que desaconsejaran o contraindicaran la práctica de la TEC, se dio el visto bueno para la misma, clasificándose el paciente como ASA I (la clasificación ASA es de la Asociación Americana de Anestesia, que,

*dependiendo del estado físico o patologías del paciente, predice el riesgo anestésico y que va del I al V, siendo I el de menor riesgo).*

*Las sesiones de TEC se realizaron los días 18/9/2003, 19/9/2003, 22/9/2003 y 25/9/2003, según protocolo y con monitorización de EEG (electroencefalografía), ECG (electro-cardiografía), pulsioximetría y PA (presión arterial) no invasiva. Las sesiones fueron bien toleradas y sin incidencias, con una buena y rápida recuperación del paciente, que después de un periodo de aproximadamente 1 hora de reposo, desayunó y se incorporó a la actividad normal dentro de la vida hospitalaria, después de cada una de las sesiones.*

*Como anestésico se utilizó Tiopental a dosis de 250 mg. o 275 mg., más 0,5 mg. de atropina, y como relajante muscular succinilcolina a dosis de 125 mg, dada la corpulencia del paciente.*

*En el informe de la Directora Médica del Hospital Psiquiátrico "Román Alberca", x, se adjuntaron los informes y pruebas complementarias realizadas al paciente:*

*Consentimiento informado*

*Consulta preanestésica*

*Hoja de control de t.e.c*

*Electrocardiograma*

*Radiografía de torax*

*Analítica (hematología y bioquímica).*

*Considero que, a la vista de lo expuesto, la Praxis Médica para la realización de la TEC (terapia electroconvulsiva) fue correcta, respetándose los protocolos y procedimiento en todo momento."*

**CUARTO.-** Mediante oficio de 18 de julio de 2007, el Director Médico del hospital "Virgen del Castillo", de Yecla, remitió la historia clínica del paciente.

**QUINTO.-** Mediante oficio de la misma fecha, el Director Gerente del hospital "Virgen de la Arrixaca" remitió la historia clínica del paciente e informe de 20 de diciembre de 2004 del Jefe de Servicio de Cardiología, emitido en las Diligencias Previas ya citadas, y que expresa lo siguiente:

*"1.- Que sólo me han hecho llegar una fotocopia del informe de alta del paciente y la copia de la analítica practicada.*

2.- *Que aunque pone en la hoja del informe de alta de urgencias que fue valorado por el cardiólogo de guardia, yo no tengo informe de dicha consulta.*

3.- *Que a la vista de ello me es imposible valorar el caso, ya que me tengo que valer exclusivamente de lo que en dicho informe se dice, es decir un paciente que acude por 3 episodios de pérdida de conocimiento precedidos de sudoración, náuseas y mareo con relajación de esfínter vesical en una de las ocasiones. Llega con TA algo baja 96/45 y a una frecuencia cardíaca de 117 latidos por minuto, siendo el resto de la exploración física normal. La analítica presenta elevación de la CK, pero con MB de 2,2, por lo tanto, normal cardíaca, reafirmada con unas cifras de troponina normales, muy ligera anemia y ligero aumento de los neutrófilos. El ECG en ritmo sinusal y bloqueo incompleto de rama derecha, un TAC craneal normal. Ningún dato, por lo tanto, que sugiera una situación cardíaca aguda que requiriera ingreso. El paciente es diagnosticado de síncope vasovagal. Con respecto a la actitud terapéutica se pone algo de medicación, sin especificar y un TE, que me imagino podría ser un ecocardiograma transesofágico, pero también podría tratarse de un TILT o test de basculación.*

*En síntesis, la valoración diagnóstica parece adecuada para este tipo de enfermo por lo que consta en el informe de alta, siéndome imposible valorar la actitud terapéutica, aunque en el síncope vasovagal la actitud es totalmente conservadora y benigna.”*

**SEXTO.-** Obra en el expediente copia de las Diligencias Previas nº 3299/2003, incoadas el 25 de septiembre de 2003 por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Murcia por el fallecimiento del hijo de los reclamantes (folios 221 a 736 exp.). De ellas se destaca ahora, además de los documentos de las mismas aportados con la reclamación (informes analíticos y autopsia), los siguientes:

- Auto de 5 de marzo de 2004, de sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, pues *“no resulta debidamente practicada (sic) la perpetración de infracción penal alguna”*.

- Interpuesto contra dicho Auto recurso de reforma y subsidiario de apelación, por Auto de 2 de septiembre se acordó la reapertura de las actuaciones, practicándose diversas actuaciones instructoras adicionales, entre las que destaca finalmente el informe médico forense de 19 de septiembre de 2006, del que se extrae lo siguiente:

*“1). Síntesis de la documentación médica obrante en autos.*

Según consta en informe médico suscrito por la Dra. x, Médico Psiquiatra, en fecha 25/09/03, el paciente ingresó el día 10/09/03 en el hospital psiquiátrico remitido por su psiquiatra (Dr. x) y la familia, por una descompensación psicopatológica, diagnosticado de Esquizofrenia paranoide de 16 años de evolución, con otros antecedentes patológicos como el haber sufrido hepatitis en la infancia y padecer glaucoma en tratamiento farmacológico. Durante su ingreso, se instauró tratamiento neuroléptico a dosis recomendadas y TEC (Terapia Electroconvulsiva). Así mismo, consta en el referido informe que el 22/09/03 sufrió un síncope vasovagal del que se recuperó. Al día siguiente, presentó episodio de desconexión del medio con caída al suelo y relajación de esfínteres, trasladándolo al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA), donde se le realizó exploración y valoración por el cardiólogo, siendo dado de alta el 24/09/03 con el diagnóstico de síncope vasovagal. El día 25/09/03 a las 18,15 horas, sufre cuadro de mareos y dificultad respiratoria y, tras la realización del control de las constantes vitales y administración de oxígeno, presentó súbitamente una parada cardiorrespiratoria, iniciando maniobras de reanimación y avisando al 061, falleciendo a las 19,15 horas del 25/09/03.

En informe del Servicio de Urgencias del HUVA de fecha 24/09/03, consta que el paciente ingresó en el referido servicio a las 22,33 horas del día 23/09/03 procedente del Hospital Psiquiátrico Román Alberca por presentar en los últimos 3 días 3 episodios de pérdida de conocimiento precedidas de sudoración, náuseas y mareos, con relajación de esfínter vesical en una ocasión. No movimientos Tónico clónicos. No dolor torácico. Se le realizó una exploración física (Tensión arterial, auscultación cardíaca, temperatura, abdominal, miembros inferiores y neurológica) que fue normal, y exámenes complementarios (analítica, TAC craneal, Electrocardiograma). En el ECG se evidenció un bloqueo incompleto de la rama derecha del haz de Hiss (BIRDHH) y T negativa en V1-V4, siendo dado de alta hospitalaria con el diagnóstico de Síncopes Vasovagales.

En la historia clínica referente al fallecido remitida por el Dr. x, Coordinador del Centro de Salud Mental de Yecla-Jumilla en fecha 12 de febrero de 2004 constan, entre otros extremos, que el paciente inició tratamiento en el citado centro en abril de 1997 por un cuadro de ansiedad y cuadro psicótico de inicio. La evolución de la enfermedad no fue buena, dada la nula conciencia de enfermedad y la mala adherencia al tratamiento, abandonando éste en varias ocasiones, siendo diagnosticado de Esquizofrenia paranoide y trastorno por crisis de ansiedad.

En la Historia Clínica procedente del Hospital Psiquiátrico Román Alberca consta que el paciente ingresó el 10/09/03 por un cuadro de descompensación psicótica con abundantes ideas delirantes y agitación, aplicándole tratamiento farmacológico y medios de contención mecánica, constando así mismo en las anotaciones del día 12 de septiembre que "está en cama sin sujeción y

*no se quiere levantar", constando igualmente una evolución hacia la mejoría de su sintomatología delirante sin llegar a desaparecer por completo, aplicándole TEC los días 18, 19 y 22 de septiembre, hasta que el 23 sufre un episodio de desconexión del medio con caída al suelo y relajación de esfínter vesical, motivo éste por el que es trasladado al HUVA para su valoración, apareciendo así mismo en la historia clínica el resultado de dicha exploración, hasta las anotaciones del día 25, donde se describe que, sobre las 18,15 horas, el paciente sube mareado del patio, sufriendo poco después una parada cardiorrespiratoria que no se pudo revertir a pesar de los medios empleados.*

*En informe de autopsia de fecha 20/02/04 suscrito por la abajo firmante, se constata que la muerte del x se produjo por un Tromboembolismo Pulmonar, extremo éste que se confirmó tras la realización de los estudios histológicos pertinentes, determinando los análisis toxicológicos realizados la existencia de fármacos neurolépticos, anestésicos y ansiolíticos en rango terapéutico.*

#### *II). Consideraciones médico forenses.*

*La finalidad de la presente prueba pericial es la de valorar, dando cumplimiento a lo solicitado por SS<sup>a</sup>, la causa del tromboembolismo Pulmonar masivo que desencadenó el fallecimiento de x, así como si dicho tromboembolismo pudiese ser un efecto secundario de la medicación administrada para tratar su esquizofrenia."*

*Seguidamente, el informe del Forense realiza unas consideraciones generales sobre la esquizofrenia y su tratamiento, así como sobre el tromboembolismo pulmonar agudo (TEP), destacándose que "el impacto real de cada factor de riesgo es variable, comprobándose que cerca del 40% de los TEP son de causa primaria, es decir, sin factor de riesgo conocido. La causa de la embolia pulmonar es, en el 95% de los casos, una trombosis venosa profunda (TVP), principalmente localizada en los miembros inferiores", pero "en diversos estudios, en concreto en una lista de 583 autopsias con TEPA, no se pudo encontrar el foco embolígeno en el 53% de ellas".*  
(...)

*Asimismo, se han venido realizando diversos estudios acerca de la relación entre TEP y administración de sustancias antipsicóticas o neurolépticos tanto típicos como atípicos. Si bien es cierto que en este tipo de pacientes se ha comprobado una mayor incidencia de TEP, no es posible la atribución exclusiva del incremento de TEP en relación directa a los fármacos neurolépticos, ya que los pacientes afectados de las diversas patologías psiquiátricas susceptibles de la administración de este tipo de sustancias, padecen otros tipos de desórdenes internos y/o factores de riesgo*

*añadidos, lo que dificulta notablemente, en el momento actual de la investigación médica, el poder establecer sin lugar a dudas dicha relación. (...)*

*La sintomatología que presentó el paciente los 3 días previos a su fallecimiento, en concreto los cuadros sincopales, era totalmente inespecífica, resolviéndose los mismos sin aparentes complicaciones. Cuando fue trasladado a la Arrixaca el día 23 de septiembre para su valoración tras presentar un nuevo cuadro sincopal con relajación de esfínter vesical, se le realizó la recogida de antecedentes, descripción del estado actual (presencia en los 3 últimos días de 3 episodios de pérdida de conciencia precedidos de sudoración, náuseas y mareo, con relajación de esfínter vesical en una ocasión, no movimientos tónico clónicos, no dolor torácico), realización de una exploración física (tensión arterial, no fiebre, auscultación cardíaca normal, abdomen normal, miembros inferiores normales y neurológico normal) y exámenes complementarios (analítica de sangre, TAC craneal y ECG). En el ECG se detectó un bloqueo incompleto de rama derecha del haz de Hiss y T negativa en V1 a V4.*

*Estos hallazgos electrocardiográficos, aisladamente y en ausencia de otros síntomas y signos de sospecha, como serían el dolor torácico, la presencia de síntomas de trombosis en miembros inferiores, taquipnea, taquicardia, presencia de 2º tono pulmonar, fiebre, etc., difícilmente harían pensar en un cuadro de las características y la gravedad de un TEP, aun a sabiendas de que el paciente estaba siendo tratado con fármacos neurolépticos, ya que, entre los efectos secundarios de éstos, no consta en la literatura médica habitual el de TEP, siendo este cuadro descrito en supuesta relación con los fármacos neurolépticos en diversos trabajos de investigación, relacionando esta patología con factores de riesgo tales como un mayor reposo secundario al tratamiento propio de los pacientes con enfermedades psiquiátricas como la sufrida por el x, cuadros de obesidad, edad avanzada, ciertos tumores, presencia de trombosis venosa, cuadros de deshidratación, etc..*

*En relación a la administración conjunta de varios fármacos, a lo que se hace referencia en autos como "Polifarmacia", las fenotiacinas son neurolépticos típicos que pueden ser responsables de la aparición de alteraciones cardíacas detectables en el ECG y responsables de algunas muertes súbitas. En el caso que nos ocupa, el x no estaba tomando este medicamento, tal y como se pone de manifiesto en los análisis toxicológicos efectuados. En éstos, los fármacos detectados son los habituales en el tratamiento de su enfermedad y los derivados de la administración previa a la realización de la terapia electroconvulsiva (TEC) a dosis terapéuticas, y sin que se pueda justificar la presencia del TEP.*

*Por otra parte, tanto la causa como el origen del TEP no pueden establecerse con los datos de que se dispone, no pudiendo tampoco atribuir su aparición a causas médicas derivadas del tratamiento aplicado, según se desprende de los datos que constan en autos.*

### *III. Conclusión.*

*De lo anteriormente expuesto puede concluirse que no se observan signos de inadecuación en la medicación aplicada ni de inatención a la sintomatología que presentó el x a los que pueda atribuirse la presencia de un Tromboembolismo Pulmonar Masivo como el causante del fallecimiento sufrido por x.”*

- Auto de 30 de octubre de 2006, por el que se decreta el sobreseimiento y archivo del procedimiento, fundado en las siguientes consideraciones:

*“Tras el fallecimiento de x, el informe de autopsia de 20 de febrero de 2004 determinó que la causa de la muerte podía calificarse como natural debida a un tromboembolismo pulmonar masivo. La representación procesal de sus padres expuso su convencimiento de que el tratamiento que tuvo x desde su ingreso en el Centro Psiquiátrico Román Alberca, así como el suministrado en el Hospital Virgen de la Arrixaca, no había sido correcto y había sido determinante del cuadro de tromboembolismo, causa de su muerte. Sin embargo, tras la práctica de diligencias de investigación, de acuerdo con el contenido del informe médico forense de 19 de septiembre de 2006, elaborado a la vista de toda la documentación médica recopilada, no puede sustentarse la misma conclusión que la formulada por la Acusación Particular. Ha de anticiparse que algunas de las circunstancias expuestas en su día por dicha Acusación, tales como los pormenores de la firma del consentimiento informando para la terapia electroconvulsiva, o el supuesto trato deshumanizado y desproporcionado, no supondrían, aún en el caso de que hubieran sido acreditados, imprudencias de negligencia profesional penalmente relevante en cuanto al fatal resultado producido. Según el informe forense, el tratamiento mediante neurolépticos es el indicado para enfermos de esquizofrenia, como ocurría con x, que había ingresado el 10/9/2003 en el Centro Psiquiátrico Román Alberca remitido por su psiquiatra por una descompensación de su cuadro esquizofrénico. Continúa el informe afirmando que la sintomatología que presentó los tres días anteriores al fallecimiento, en concreto los cuadros sincópaes, era totalmente inespecífica, resolviéndose los mismos sin aparentes complicaciones. En el último ingreso efectuado el 23 de septiembre en el Hospital Virgen de la Arrixaca se le realizaron diversas pruebas, detectándose ciertos problemas electrocardiográficos que, aisladamente y en ausencia de otros síntomas y signos de sospecha, difícilmente harían pensar en un cuadro de las características y gravedad de un tromboembolismo pulmonar agudo (TEP), aun a sabiendas de que el paciente estaba siendo*

*tratado con fármacos neurolépticos, por las razones que la forense expresa detalladamente en su informe. También excluye que el TEP haya sido provocado por una Polifarmacia, no constando en los análisis toxicológicos que el paciente hubiera tomado fenotiacinas (que hubieran podido ser responsables de alteraciones cardíacas y muerte súbita), no siendo los fármacos detectados, todos ellos a dosis terapéuticas, responsables del TEP. Por todo ello, no habiendo en esta sede Penal indicios de mala praxis médica determinante del fallecimiento de x, procede el archivo de las actuaciones, a salvo las acciones de otra índole que pudieran ejercitar los perjudicados”.*

**SÉPTIMO.-** Consta en el expediente una Providencia de 14 de abril de 2008, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de admisión a trámite del recurso contencioso-administrativo nº 148/2008, en la que se deduce que se impugna la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial de referencia.

**OCTAVO.-** Mediante escrito presentado el 23 de noviembre de 2008, los reclamantes adjuntan un informe médico legal de 3 de julio de 2008 elaborado por el Dr. x, especialista en Medicina Legal y Forense, en Radiodiagnóstico y en Medicina del Trabajo, Médico Forense en excedencia, en el que analiza el proceso terapéutico seguido con el hijo de los reclamantes, concluyendo lo siguiente:

*“1ª.- x, de 36 años en septiembre de 2003, padecía desde 16/18 años antes una Esquizofrenia Paranoide Crónica, que era atendida por el Centro de Salud Mental de Yecla. Tras permanecer un periodo prolongado de tiempo sin medicación de su proceso esquizofrénico, presenta un Brote Psicótico con descompensación psicopatológica, comportamientos extraños e impulsivos con actos de fugas al campo motivadas por ideación delirante de temática persecutoria respecto a los etarras, y sin agresividad aparente, por indicación de su psiquiatra (Dr. x) y anuencia de su familia, por primera vez es ingresado de forma involuntaria en el Hospital Psiquiátrico Román Alberca de El Palmar, el 10 de septiembre de 2003.*

*2ª.- Por indicación del Médico de Guardia del Hospital Psiquiátrico Dr. x, a su ingreso se le instaura tratamiento Neuroléptico (Haloperidol, Akineton, Sinogan), Contención Mecánica ocasional, y con ligeras variaciones sigue hasta el 17 de septiembre, porque sin agotar el periodo de resistencia (6 a 8 semanas) y previo estudio de las condiciones del enfermo, se le añade de forma concomitante a la farmacológica anterior Terapia Electroconvulsiva (TEC), aunque no estaba indicada como efectiva en la esquizofrenia paranoide.*

*3ª.- El consentimiento informado para la aplicación de TEC es obligatorio tanto ética como legalmente, pero la historia clínica pone de manifiesto que el enfermo no fue informado de nada, ni*

de su enfermedad, ni de los tratamientos posibles, ni de la TEC, ni da consentimiento, su padre tras diez minutos de charla firma un Consentimiento informado no acorde a las disposiciones legales ni a las normas del consenso español sobre la T.E.C, ni tratándose de un ingreso involuntario se solicitó autorización judicial para implantar ese tipo de tratamiento.

4ª.- En el tratamiento aplicado a la esquizofrenia de x ha existido una inadecuación en la medicación aplicada, al no completarse el periodo de resistencia al tratamiento farmacológico antipsicótico en los primeros días, e instaurarle un tratamiento con TEC que no tenía indicación, y además se le administra de forma concomitante. Como consecuencia le aparece una sintomatología anormal (episodio de pérdida de conocimiento, precedidos de sudoración, náuseas y mareo, con relajación de esfínter vesical en una ocasión) y no acorde con los que aparecen como efectos secundarios en las terapias farmacológicas únicas.

5ª.- La esquizofrenia, en su evolución habitual, por sí misma no puede ser motivo o causa del fallecimiento de quien la padece, excepto de una muerte violenta accidental ocasionable por complicaciones externas originadas en el transcurso de alguna de sus ideas delirantes de persecución. Por medio del tratamiento conjunto y paradójico recibido, e instaurado contra su voluntad y teóricamente para mantener su salud, se obtiene un resultado desproporcionado, ya que en 15 días pasa el enfermo de una vida con todas sus ideas delirantes, a su fallecimiento.

6ª.- En la relación del médico con el enfermo no se puede pactar la salud, pero el facultativo sí tiene obligación de realizar actuaciones que procuren mantener, recuperar o proporcionar salud del enfermo. A tenor de los datos de la Historia clínica, en la "procura de salud" de este enfermo se realizaron acciones que se encaminaban a que fuera imposible que recuperara la salud, al no utilizar para ello las habilidades, las técnicas y los medios idóneos en el tiempo oportuno, existiendo un incumplimiento de la Lex Artis que, junto a la falta de información y consentimiento, determinan una Praxis Médica no acorde con los conocimientos científico-médicos del momento.

7ª.- Existe una clara relación de causalidad entre la asistencia sanitaria recibida en el Hospital Psiquiátrico Román Alberca desde el ingreso involuntario del enfermo, el 10 de septiembre de 2003, hasta el fallecimiento del enfermo el día 25 del mismo mes y año, y la muerte por Tromboembolismo pulmonar masivo de instauración súbita. La sintomatología anormal (episodios de pérdida de conocimiento, precedidos de sudoración, náuseas y mareo, con relajación de esfínter vesical en una ocasión) que presentaba, no acorde con la que aparecen como efectos secundarios en las terapias farmacológicas únicas, junto a la depresión respiratoria, son efecto indeseable de la TEC (según el CONSENSO ESPAÑOL SOBRE LA T.E.C), y única causante posible de la muerte súbita del enfermo."

**NOVENO.-** Remitido el expediente a la Inspección Médica del SMS en solicitud de informe, fue emitido el 17 de mayo de 2010, estimando que la actuación de los profesionales sanitarios en el caso fue correcta, realizando las siguientes conclusiones:

*“- El paciente x estaba diagnosticado desde hacía años de Esquizofrenia Paranoide. Su evolución había sido irregular, sobre todo por la falta de adherencia al tratamiento. El psiquiatra de zona de su Centro de Salud mental le llevaba desde hacía años, por lo que conocía bien su situación clínica y social.*

*- x le diagnostica el 10 de Septiembre de 2003 un trastorno de conducta grave con sintomatología psicótica aguda dentro del contexto de esquizofrenia paranoide que padecía.*

*- El psiquiatra acuerda con los padres ordenar el ingreso involuntario en el Hospital Román Alberca de Murcia. Se realiza el protocolo de ingreso involuntario y se deriva en ambulancia a dicho centro seguido de los padres. En dicho ingreso se cumple escrupulosamente con la normativa que exige el Código Civil para dicha situación.*

*- El tratamiento pautado a x es el recomendado a esta situación clínica y a las características individuales que presentaba el paciente, de acuerdo a las recomendaciones de decenas de psiquiatras en las Guías Terapéuticas para la Esquizofrenia utilizadas y recomendado por la bibliografía especializada. Incluye neurolépticos, antipsicóticos y Terapia Electro Convulsivante. Está demostrado que la combinación de fármacos y TEC pautada a x fue la correcta, se administró correctamente y se encontraba en su organismo en dosis correcta (así lo atestigua la autopsia).*

*- Previo a la administración de la terapia farmacológica y a la aplicación del TEC se realizaron todas las pruebas complementarias que aconsejan los protocolos médicos.*

*- Ha quedado demostrado que x no estaba en condiciones de decidir libremente sobre un aspecto de su personalidad, que puede afectar a algunos de los derechos que le son inherentes. Esta capacidad es una aptitud intelectual y emotiva necesaria para comprender la enfermedad y, en general, hacerse cargo de su situación, y al mismo tiempo para poder valorar las distintas alternativas y optar por la opción que aprecia más conveniente. Cuando un paciente haya sido evaluado como incapaz para tomar sus propias decisiones, se hace necesario transferir dicho poder de tomar decisiones a un tercero, casi siempre un familiar cercano. Esta situación está amparada por la ley 41/2002, artículo 9: Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a*

*criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*

*- La actuación en urgencias del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca fue absolutamente correcta, realizándole la entrevista médica adecuada, teniendo en cuenta los antecedentes personales, la situación crítica en la que se encontraba, se le realizó la exploración de los principales sistemas que podían estar implicados en el cuadro clínico y se le realizaron las pruebas complementarias pertinentes. Por último, fue valorado por el especialista Cardiólogo, valorando las pruebas cardiológicas y diagnosticando cuadro de síncope vasovagal debido a la medicación o a la Terapia electroconvulsivante.*

*- El diagnóstico anterior no es motivo (una vez tratado y superado) para interrumpir el tratamiento agudo que estaba llevando. Tampoco fue éste el motivo de la muerte de x.*

*- En ningún momento el paciente fue diagnosticado, ni antes de llegar al Hospital Román Alberca, ni en dicho hospital, ni posteriormente por el Médico Forense, de haber sufrido un Síndrome Neuroléptico Maligno, sino que es algo que alega la reclamación sin haber constancia de ningún registro en este sentido, ni siquiera en la autopsia.*

*- No cabe duda que x no murió por Síndrome Neuroléptico, a la vista de la sintomatología que presentaba, pero además la causa de la muerte la determina con absoluta seguridad la autopsia.*

*- La causa de la muerte, en este caso confirmada por autopsia, fue por un Tromboembolismo Pulmonar. Generalmente el TEP es causado por el sinergismo de varios factores, tanto de riesgo como predisponente, que se pueden dividir en genéticos (trombofilias), adquirido y circunstancial.*

*- No podemos conocer los factores genéticos que podían haber predispuesto a x a sufrir un Tromboembolismo Pulmonar. Pero entre los factores de riesgo conocido, no se encuentran ninguna de las causas que alega la reclamación. De entre los factores adquiridos, el aumento de peso de forma rápida dando lugar a obesidad pudo contribuir a dicho desenlace”.*

**DÉCIMO.-** Obra en el expediente dictamen médico de 24 de julio de 2010, aportado por la compañía aseguradora del SMS, elaborado por especialista en psiquiatría, del que se destaca lo siguiente:

*“Dada la incapacidad legal temporal del paciente, se informó a la familia del tratamiento propuesto (la TEC), exponiéndose los beneficios y riesgos del mismo, como se reconoce en el informe médico legal del Dr. x. Fue aceptado y firmado el Consentimiento Informado por los padres del paciente, tutores legales del mismo.*

*No es preciso obtener autorización judicial para realizar esta práctica terapéutica.*

*Tras la aceptación y firma del Consentimiento Informado, se procedió a la evaluación del paciente necesaria, seguida por, en general, todos los protocolos que existen sobre la TEC: antecedentes médicos, exploración física y pruebas de laboratorio: ECG, analítica y radiografía de tórax. Fue valorado por anestesta, que dio el visto bueno para la anestesia: la TEC hoy en día requiere anestesia y suele hacerse en el antequirófano como medida de seguridad.*

*El tratamiento farmacológico pautado al paciente consistió fundamentalmente en el neuroléptico haloperidol, que al inicio fue pautado intramuscularmente y posteriormente se pasó a vía oral. El día que acudió a Urgencias del Hospital Virgen de Arrixaca tomaba 3 mg/día (30 gotas diarias), y el ansiolítico Tranxilium, que se le retiró a petición del paciente. Estos fármacos son muy seguros desde el punto de vista cardiovascular, como se puede encontrar en cualquier libro de psicofarmacología o tratado de psiquiatría (ver Psicofarmacología esencial de Stahl: guía del prescriptor en Editorial Aula Médica, 2010) y nunca se ha señalado en la literatura científica que puedan provocar TEP.*

*Ambos tratamientos: el farmacológico y la TEC son complementarios y deben de administrarse al mismo tiempo (ver Guía clínica para el tratamiento de la esquizofrenia de la APA).*

*Por otra parte, el reclamante no puede afirmar que el paciente era alérgico a los neurolépticos, pues no consta en ninguno de los informes médicos e historial del paciente a los que hemos tenido acceso.*

*Tampoco la TEC tiene contraindicaciones absolutas. Las condiciones médicas asociadas a aumento de riesgo de la técnica son las siguientes: enfermedades cardiovasculares graves o inestables tales como infarto de miocardio reciente, angina inestable, insuficiencia cardíaca congestiva mal compensada, y grave enfermedad vascular. Además, aneurismas, aumento de la presión intracraneal, infarto cerebral reciente, EPOC grave, asma y neumonía (ver el conocido texto: The Practice of Electroconvulsive Therapy. Task Force Report of the American Psychiatric Association. Segunda edición, 2001, del que existe traducción española). En este caso se trataba*

*de un paciente joven y sin enfermedad médica conocida que fue evaluado convenientemente: historia, exploración física, ECG, radiografía de tórax, analítica, no encontrándose contraindicaciones para su práctica.*

*Entre los efectos adversos de la TEC no figura el TEP (ver mismo texto). Por lo tanto, el TEP sufrido por el paciente no se puede achacar a esta técnica. Coincidimos, pues, plenamente con el informe del médico forense en el que se indica que "no se observaron signos de inadecuación en la medicación aplicada" que pueda atribuirse a la presencia de un tromboembolismo pulmonar masivo, causa del fallecimiento del paciente.*

*La evaluación realizada por el Servicio de Urgencias del H. Virgen de Arrixaca incluyó exploración médica, analítica, ECG, TEC cerebral, exploración neurológica y evaluación por el cardiólogo de guardia concluyendo en el diagnóstico de síncope vasovagal. Es decir, no se constató la existencia, en aquel momento, de un tromboembolismo pulmonar (TEP). Por lo tanto, estamos de acuerdo con el informe del médico forense en que "no se observan signos de inatención a la sintomatología a la que pueda atribuirse la presencia de un tromboembolismo pulmonar masivo como causante de su fallecimiento".*

#### *Conclusiones.*

*1. Ni el tratamiento farmacológico ni la terapia electroconvulsivante tuvieron que ver con el TEP que sufrió el paciente.*

*2. Se actuó dentro de la legalidad y se siguieron los protocolos para estos casos".*

**DECIMOPRIMERO.-** Otorgado trámite de audiencia a las partes, el 28 de febrero de 2011 los reclamantes presentaron escrito de alegaciones en el que, en síntesis, vienen a reiterar las consideraciones y conclusiones expresadas en el informe pericial aportado por ellos en su día.

**DECIMOSEGUNDO.-** El 28 de marzo de 2007 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, fundada, en síntesis, en que, según los informes emitidos en las diligencias penales ya citadas, los de los profesionales que le atendieron y el informe de la Inspección Médica del SMS, no puede considerarse acreditada la existencia de mala praxis médica generadora de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria regional.

**DECIMOTERCERO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, los reclamantes están legitimados para solicitar indemnización por el daño moral inherente al fallecimiento de su hijo. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a los servicios públicos sanitarios de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos, en especial, la fecha de la finalización de las actuaciones penales seguidas por los mismos, y la fecha de presentación de la reclamación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

Constando la pendencia judicial de la impugnación de la desestimación presunta de la reclamación, no procederá dictar resolución expresa de ésta si constara el dictado de sentencia sobre el fondo del asunto.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria.****Consideraciones generales.**

La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración de la responsabilidad de la Administración que se desprende del artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce *“el derecho a la protección de la salud”*, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

-Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación de éste ha de regirse por la denominada “*lex artis ad hoc*”, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la “*lex artis*” como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. La “*lex artis*”, por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

Así, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

Asimismo, la STS, Sala 3ª, de 23 de marzo de 2011, expresa que *“la actividad sanitaria no permite exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, ya que su función ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria, utilizando al efecto los medios y conocimientos que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir en todo caso la curación del paciente.”*

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la*

*influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.*

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la “*lex artis*” responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que habría de declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que, por ejemplo, no pudieran evitar la muerte de un paciente, o la producción de lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica, cuando la correspondiente actuación sanitaria fue realizada conforme a la “*lex artis*”; responsabilidad que, por lo dicho, no puede admitirse en estos casos.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

Además, en el presente caso, especial valor ha de darse al detallado informe del forense emitido en las actuaciones penales de referencia, dada la singular posición de imparcialidad de dicho profesional, que en el caso, y según se advierte de la profusa documentación médica

presentada por los denunciados en dichas actuaciones penales, se pronuncia esencialmente sobre las mismas cuestiones, relativas a la praxis sanitaria “*ad hoc*”, que los reclamantes vuelven a plantear en esta sede administrativa, ahora éstos con el apoyo de un informe pericial de parte.

**CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Falta de acreditación.**

En el caso que nos ocupa, los reclamantes imputan el fallecimiento de su hijo al inadecuado tratamiento sanitario prestado al mismo en los hospitales regionales “*Román Alberca*” y “*Virgen de la Arrixaca*”, así como a la falta de autorización para su internamiento en el primero de dichos hospitales y a defectos en el consentimiento informado necesario para la realización de la TEC. Sin embargo, como va a verse, sus alegaciones y la consiguiente pretensión indemnizatoria, por el daño moral inherente a dicho fallecimiento, no pueden estimarse, por las razones que siguen.

I. En primer lugar, y en lo referente al internamiento del paciente en el centro psiquiátrico de referencia, junto al informe aportado por su Directora Médica se adjunta la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 763.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil para proceder al internamiento forzoso de un enfermo con trastornos psíquicos, como confirma el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Murcia de fecha 11 de septiembre de 2003, que ratifica el internamiento acordado por razones de urgencia por el psiquiatra, en concreto el doctor Salmerón.

II. En lo atinente a la realización de tres TEC por dicho centro sin existir autorización judicial ni el previo consentimiento informado, y las deficiencias que se imputan al consentimiento posteriormente prestado por el padre del paciente, debe decirse, en primer lugar, que la autorización judicial sólo es precisa para el internamiento, pero no para la realización de uno u otro tratamiento médico, que sólo requiere, y en determinados casos, el consentimiento informado del paciente o de su representante, según se dirá.

Sobre dicho consentimiento, debe recordarse, en primer lugar, que, como tiene reiterado la jurisprudencia, la mera omisión del mismo no genera, “*per se*”, derechos indemnizatorios, siendo presupuesto imprescindible, entre otros, que el acto sanitario realizado sin el debido consentimiento sea causa eficiente del daño por el que se reclama (SSTS, Sala 3ª, de 19 y 25 de mayo de 2011, entre otras), resultando que, como se razonará posteriormente y expresan todos los informes emitidos (menos el del perito de los interesados), en el caso no se puede considerar acreditado que la realización de las TECS influyera en el fallecimiento del paciente. Pero es que, a los efectos ahora analizados, no resulta necesario ahondar en la anterior circunstancia, pues no es cierto que

al paciente se le realizara TEC alguna sin el debido previo consentimiento, ya que en la historia clínica remitida obra la hoja de control de las TECS realizadas, advirtiéndose que la primera de las cuatro sesiones practicadas se realizó el 18 de septiembre de 2003, y el documento de consentimiento informado para el tratamiento con TEC fue suscrito por su padre el 15 de ese mes, es decir, tres días antes. En cuanto a la deficiencia que se imputa a dicho consentimiento por no ser prestado por el paciente, no puede aceptarse, pues, a la vista de los informes emitidos, éste tenía nula conciencia de su enfermedad y nula adherencia al tratamiento farmacológico seguido hasta entonces, lo que, unido a sus inmediatos antecedentes de comportamiento (con ideaciones delirantes, como reconoce el informe pericial de parte), justifica plenamente la conclusión médica de que no estaba en condiciones de ser informado ni de decidir razonablemente sobre su tratamiento (el informe de preanestesia obrante al folio 60 y 61 exp. señala que *“por indicación del psiquiatra no se informa al paciente de la TEC. El paciente está muy receloso”*). En consecuencia, de acuerdo con el artículo 9.3,a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, procedía recabar el consentimiento por representación, en este caso, de su padre, lo que se hizo.

En cuanto a las alegadas deficiencias en la información suministrada para prestar dicho consentimiento, el informe de la Inspección Médica no opone objeciones al contenido de tal documento, obrante en los folios 72 y 73 del expediente, en el que se hace una detallada exposición de la descripción, riesgos, efectos secundarios, complicaciones y resultados del tratamiento, así como el derecho a retirar o revocar el consentimiento, pudiendo así los interesados recabar mayor información sobre el tratamiento o proceder a su revocación, ya inicialmente (tuvieron tres días al efecto), ya después de alguna de las sesiones realizadas, sin que conste tal revocación, más allá de las meras manifestaciones de los reclamantes de que le dijeron al facultativo del centro que dejara de realizarle TECS a su hijo.

III. Por lo que se refiere a las alegaciones de mala praxis médica en el tratamiento sanitario dispensado en los hospitales antes citados, lo expresado en el informe pericial de parte, únicas alegaciones a considerar dado el carácter técnico de la cuestión, viene sólo referido al tratamiento realizado en el hospital *“Román Alberca”*, y lo allí expresado es contradicho por el resto de informes emitidos, teniendo especial relevancia, en cuanto a los hechos, el informe de la Directora Médica de dicho centro, transcrito en el Antecedente Tercero, singularmente en cuanto a la información dada por la familia sobre los antecedentes del paciente, información que no incluía la alegada alergia a los neurolépticos (por lo demás, no diagnosticada de forma clara por alergólogo alguno, existiendo sólo realmente algunas referencias a cierta intolerancia a determinados medicamentos); asimismo, de la historia clínica del centro se desprende que la contención mecánica aplicada al

paciente fue sólo ocasional y no continua (sólo la primera noche y las noches previas a la realización de las cuatro TECS, por las razones que reconocen los reclamantes en su escrito inicial).

Lo anterior, entre otros aspectos, es valorado por los informes del Forense y de la Inspección Médica en su análisis de la praxis médica realizada, informes cuyas conclusiones deben de prevalecer por las razones de objetividad expresadas en la precedente Consideración. En definitiva, de los mismos se desprende que no puede aceptarse lo sostenido por el informe pericial de parte en el sentido de que la administración de neurolépticos en concomitancia con las TECS fueran la causa del fallecimiento del paciente, ni tampoco que tales actuaciones sanitarias simultáneas no estuvieran clínicamente indicadas. Ello, a su vez, implica, por lo que atañe a la invocación de los reclamantes de la producción de un resultado desproporcionado, que no pueda concluirse que en el caso se esté ante un hecho dañoso que normalmente sólo se produce cuando hay una actuación negligente (STS, Sala 1ª, de 30 de enero de 2003, y Dictámenes de este Consejo nº 220/09 y 37/10, entre otros). Antes bien, el informe del Forense ofrece datos estadísticos sobre la dificultad científica actual de encontrar las causas y/o el origen concreto de tromboembolismos pulmonares como el desgraciadamente acaecido, debiendo tenerse en cuenta también las razones apuntadas por el informe de la Inspección Médica que podrían explicar en este caso dicha patología.

IV. Por todo ello, y conforme con lo expresado en la Consideración precedente, no puede considerarse acreditado que, en la actuación sanitaria de que se trata, haya existido una infracción de la *“lex artis ad hoc”* determinante de la adecuada relación de causalidad jurídicamente necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria regional, por lo que procede desestimar la reclamación de referencia.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No puede considerarse acreditada la existencia de una infracción de la *“lex artis ad hoc”* determinante de la adecuada relación de causalidad jurídicamente necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria regional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se dictamina favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 251-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una finca de cultivo de almendros de su propiedad  
**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)  
**Fecha** 02/12/2011

**Extracto de doctrina**

No puede bastar para tener por cumplido el requisito legal de la acreditación de la efectividad de los daños las simples manifestaciones de la reclamante, sin apoyo en informe técnico alguno, realizadas más de dos años después de los hechos iniciales.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 7 de abril de 2006, x presentó reclamación dirigida a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes solicitando indemnización por los daños sufridos en una finca de cultivo de almendros de su propiedad, sita en Tallante, colindante con la carretera N-332. Alega que su plantación se vio afectada por el producto empleado en la fumigación realizada con un herbicida en las cunetas de dicha carretera por parte de los servicios regionales de mantenimiento de la misma, causándole daños a las dos primeras filas de almendros, según informe pericial aportado al efecto, elaborado por Ingeniero Agrónomo el 29 de marzo de 2006. Éste indica que *“los perjuicios ocasionados a los almendros afectados pueden ser variables según el grado de intoxicación y pueden suponer la pérdida total de los mismos. Es preciso esperar varios meses para ver cómo evolucionan los árboles afectados, comprobar su crecimiento y brotación y así, cuantificar de una forma fiable los perjuicios”*. No obstante lo anterior, el perito hace una valoración de la pérdida de cosecha de los árboles afectados al precio mínimo de liquidación de la campaña 2005-2006, dando como resultado 585 euros, considerando un rendimiento de 1,50 kilogramos de almendra en pepita por árbol, aplicado a 65 árboles afectados, a 6 euros el kilogramo. Adjunta copia de una ficha de situación y características agrícolas de la parcela, emitida por el sistema SIGPAC, sin autenticación oficial.

A partir de lo anterior, la reclamante expresa que no puede determinarse *“hasta dentro de unos meses la valoración definitiva de los daños ocasionados (...), dejando así abierta la resolución del expediente, en caso de ser necesario en meses posteriores solicitar indemnización de la valoración final”*.

Además del citado informe pericial, aporta copia de escritura de donación, de fecha 27 de enero de 1988, en la que consta ser la nuda propietaria de tres fincas sitas en el paraje de Tallante,

siendo sus padres los usufructuarios vitalicios, señalando como la finca afectada por el herbicida una allí descrita como colindante por el Norte con la “--”.

**SEGUNDO.-** Con fecha de 22 de mayo de 2006, el instructor del expediente formula escrito dirigido a la reclamante requiriéndole la subsanación y proponiendo la mejora de la reclamación presentada, solicitándole, entre otros aspectos, que indique *“el tiempo necesario, a su juicio, para poder determinar los daños en la cosecha”*; en la misma fecha solicita el preceptivo informe de la Dirección General de Carreteras.

**TERCERO.-** El 30 de mayo de 2006 la interesada presenta escrito atendiendo al requerimiento de referencia, expresando, en lo atinente al aspecto antes indicado, que *“se estima un tiempo de 12 meses”*.

**CUARTO.-** Con fecha 8 de junio de 2006 se emite informe por la Dirección General de Carreteras en el que, entre otros aspectos, se manifiesta que es cierto el evento lesivo expuesto en la reclamación, que los trabajos de fumigación se realizaron entre los días 8 y 10 de marzo de 2006, tratando las cunetas con herbicida para eliminar hierbas y malezas que obstaculizan el drenaje longitudinal de la carretera, la cual es de competencia regional. Añade que no pueden valorarse los daños causados.

**QUINTO.-** Mediante oficio de 2 de enero de 2007 se otorga a la reclamante el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, sin que conste la presentación de alegaciones.

**SEXTO.-** El 9 de mayo de 2008 el instructor requiere a la reclamante a fin de que fije y concrete la realidad y cuantía de los daños y perjuicios sufridos, dado que en el informe pericial se difiere la valoración a la evolución de los árboles dañados.

**SÉPTIMO.-** El 26 de mayo de 2008 la reclamante presenta escrito solicitando que la valoración final se ajuste a la cuantía de la valoración previa contenida en el informe pericial presentado con la reclamación, al no haberse detectado hasta la fecha más daños que los ocasionados inicialmente.

**OCTAVO.-** El 22 de octubre de 2008 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación. En síntesis, señala que, no planteando dudas el informe del Ingeniero de la Dirección General de Carreteras acerca de la producción de los hechos, procede abonar los gastos ocasionados según el informe pericial presentado por la reclamante, ya que recoge como afectados *“dos filas de almendros en la zona norte de la parcela en el lindero con la Carretera N-*

332, debido a que durante la fumigación de la hierba de la cuneta el herbicida aplicado mojó dichos árboles”, considerando que el hecho de afectar a dos filas de árboles situados junto a la carretera parece una consecuencia lógica y no desmesurada, adecuada a la acción administrativa producida al fumigar las malas hierbas de la cuneta, admitida por el Ingeniero de la Dirección General de Carreteras. Por lo que respecta al importe de los daños reclamados, se acepta lo expresado en el informe presentado por la reclamante, al no existir otros de esa fecha sobre el particular.

**NOVENO.-** Remitido el expediente a este Consejo Jurídico, con solicitud de emisión de su preceptivo Dictamen, fue emitido el 20 de mayo de 2009 (Dictamen nº 94/09), concluyendo en la necesidad de practicar actuaciones instructoras adicionales, en concreto, para requerir a la reclamante la acreditación de su legitimación activa (al constar que tenía la nuda propiedad, pero que el usufructo vitalicio de la finca afectada -y, por tanto, en principio, su disfrute- era de titularidad de sus padres) y que se solicitara informe a la Consejería de Agricultura sobre la producción y, en su caso, valoración de los daños en cuestión.

**DÉCIMO.-** Mediante oficios de 13 de julio de 2009 la instrucción procede a cumplimentar lo indicado en el referido Dictamen.

**DECIMOPRIMERO.-** El 30 de julio de 2009 comparece ante la instrucción x (una de las usufructuarias) manifestando ser interesada en el procedimiento tramitado, y otorga su representación en el mismo a la inicialmente reclamante, x, que acepta dicha representación.

**DECIMOSEGUNDO.-** El 12 de abril de 2010, el Servicio de Sanidad Vegetal de la Consejería de Agricultura y Agua emite informe, en el que, partiendo de que el herbicida utilizado fuera glifosato (lo que no se ha cuestionado por los servicios de carreteras), señala que *“el grado de afección de los almendros por glifosato, y su posible recuperación, va a depender de la cantidad de herbicida absorbida por cada árbol, su tamaño y su fenología. En general, con fenologías muy tempranas del cultivo (de febrero a abril) los síntomas visuales de daños son aparentemente mayores y más rápidamente visibles, afectando fundamentalmente a la cosecha de ese año, como parece haber sucedido en la aplicación referenciada en el informe técnico”* (el aportado por la reclamante con su escrito inicial). *Que el debilitamiento de los almendros, como consecuencia de los daños de un herbicida, podría afectar también a otros aspectos, como puede ser su mayor sensibilidad a ataques de barrenillos.”*

**DECIMOTERCERO.-** Otorgado un trámite de audiencia y vista del expediente a la reclamante, el 22 de noviembre de 2010 un representante de aquélla toma vista del mismo, sin que conste la presentación de alegaciones.

**DECIMOCUARTO.-** Solicitado por la instrucción un informe ampliatorio a dicho Servicio sobre la veracidad técnica de la reclamación y los daños producidos, el 22 de marzo de 2011 contesta señalando que *“dado el tiempo transcurrido entre la fecha de reclamación de los daños, 10 de abril de 2006, y la fecha de emisión de este informe complementario, no se puede demostrar la veracidad de la reclamación planteada. Además, como se plantea en el informe de daños elaborado por x (el informe antes citado), los daños afectan a la cosecha de la campaña 2005-2006 y, en consecuencia, en la actualidad no pueden ser evaluables. Para verificar la veracidad de la posible fitotoxicidad por la aplicación del herbicida glifosato, los daños deberían haber sido evaluados durante la misma campaña de producción y no 4 años más tarde”*.

**DECIMOQUINTO.-** Otorgado nuevo trámite de audiencia y vista del expediente a la interesada, no consta su comparecencia ni la presentación de alegaciones.

**DECIMOSEXTO.-** El 7 de abril de 2011 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, con similar contenido al de la propuesta reseñada en el Antecedente Octavo.

**DECIMOSÉPTIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a x, en su condición de usufructuaria de la finca en cuestión, persona a la que hay que considerar como reclamante cuando compareció como interesada en el procedimiento, ratificando implícitamente la reclamación presentada por x, a la que confirió su representación a estos efectos. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ha de considerarse formulada contra la Administración regional dentro de plazo, vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación.

III. En cuanto a la tramitación realizada, cabe señalar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios de carácter esencial que integran esta clase de procedimientos.

#### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa tiene su fundamento primario en el artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. A partir de lo anterior, los elementos constitutivos de esta institución vienen establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, interpretados por abundante jurisprudencia. En síntesis, para que proceda estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran interrumpir el nexo causal.

- Que el daño no se derive de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.

- Ausencia de fuerza mayor.
  
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, debe señalarse que no puede considerarse acreditada la efectividad y, en su caso, el alcance del daño por el que se reclama, siendo éste, como se ha visto, uno de los presupuestos indispensables para poder reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En efecto, si se examina el expediente, se advierte que el informe pericial aportado por la reclamante señalaba que, para poder realizar una determinación de daños *“fiable”*, había que esperar *“varios meses para ver cómo evolucionan los árboles afectados, comprobar su crecimiento y brotación”*, sin perjuicio de realizar en aquel momento (en el mismo mes en que se produjo la impregnación del herbicida en las dos primeras filas de almendros de la interesada) una valoración *“inicial”*, que en realidad era hipotética, para el supuesto de que se perdiera la cosecha estimada de los árboles afectados, es decir, que se trataba de una valoración anticipada e hipotética previa a la comprobación de los daños que efectivamente pudieran causarse. A estos efectos, la interesada respondió, a requerimiento de la instrucción, que se necesitaban unos doce meses. Ello implicaba la necesidad de que la reclamante, que tiene el *“onus probandi”* sobre los requisitos determinantes de la responsabilidad que pretende que se reconozca, hubiera presentado posteriormente otro informe pericial en el que, transcurridos dichos doce meses (o los que su perito hubiera considerado finalmente necesarios para determinar los daños efectivamente causados, como apuntaba en su informe), se hubiera evaluado debidamente, por dicho técnico u otro competente, el resultado efectivo de la producción de almendra y el estado (posibles ataques de barrenillos, como apuntaba el primer informe del Servicio de Sanidad Vegetal) de los árboles afectados, en comparación con los colindantes de la finca no afectados, y ello a partir de fotografías tomadas con la debida fehaciencia de su fecha y lugar (y, además, en rigor, en ejercicio de la buena fe, con citación previa de la Consejería reclamada para que un técnico designado por ella pudiera asistir a dicha evaluación). Por ello, no puede bastar para tener por cumplido el requisito legal de la acreditación de la efectividad de los daños las simples manifestaciones de la reclamante, sin apoyo en informe técnico alguno, realizadas más de dos años después de los hechos iniciales, en el sentido de que los daños causados son los mismos que anticipó, estimativamente, el informe inicialmente presentado (Antecedente Séptimo).

En consecuencia, no es legalmente posible reconocer la responsabilidad patrimonial pretendida, procediendo la desestimación de la reclamación.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No se ha acreditado la efectividad de daños a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos regionales de mantenimiento de carreteras a que se refiere el presente procedimiento, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es estimatoria de la reclamación, se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 252-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.  
**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)  
**Fecha** 02/12/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.
- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada al afectado x, según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dió traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los*

*medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que “*efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 53 años.*

*Antecedentes personales: No alergias. Fumador. No otros factores de riesgo cardiovascular. No cirugía previa.*

*Enfermedad oncológica:*

*Diagnóstico: Carcinoma epidermoide pobremente diferenciado de laringe supraglótica, irresecable por afectación de hipofaringe.*

*Estadio: cT3 NO MO.*

*Fecha del diagnóstico: Febrero-2007.*

*Tratamiento de la neoplasia: Tras valoración en nuestro Servicio, se planteó tratamiento neoadyuvante con esquema TPF (docetaxel, cisplatino a 75 mg/m<sup>2</sup>, 5FU), del que recibió tres ciclos entre el 12/2/07 y el 28/3/07.*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de cisplatino: Situación en el momento de la administración del tratamiento: Buen estado general, con respuesta parcial de la neoplasia, con ganancia de peso y con buena tolerancia a los tratamientos previos (sólo alopecia).*

*Fecha de administración: 28/3/07.*

*Dosis total de cisplatino prescrita: 123 mg iv.*

*Toxicidad aguda (máxima):*

- Digestivo: diarrea grado 2.*
- Mielotoxicidad: no.*
- Ototoxicidad: no (audiometría no realizada).*
- Nefrotoxicidad: no.*
- Neurotoxicidad: no.*
- Otras toxicidades: no.*

*Ingreso hospitalario: no.*

*Evolución posterior y situación actual:*

*Evolución de la neoplasia: Tras quimioterapia neoadyuvante se objetivó respuesta parcial. Aunque no había presentado sintomatología en la fase aguda de la administración de cisplatino, el paciente presentó hipoacusia grado 2, por lo que se decidió administrar la radioterapia con cetuximab concurrente en vez de con cisplatino. Se administró la radioterapia entre el 18/4 y el 7/6/07, con reevaluación posterior normal. Sin embargo, en Noviembre-07 se objetivó enfermedad residual en laringe por lo que fue intervenido mediante laringectomía total el 9/1/08 (AP: focos microscópicos de carcinoma epidermoide que invade la pared). En el seguimiento posterior no hay evidencia de recaída.*

*Toxicidad crónica o residual:*

- *Ototoxicidad: sí, pero no disponemos de reevaluación ORL posterior.*
- *Nefrotoxicidad: no.*
- *Neurotoxicidad: no.*
- *Otras toxicidades: no.*

*Situación actual: Vivo, sin recaída (última revisión el 16/4/08).*

*Juicio diagnóstico:*

- *Carcinoma epidermoide de laringe supraglótica cT3N0M0, tratado con quimioterapia neoadyuvante y quimiorradioterapia. Recaída precoz tratada con cirugía de rescate (laringuectomía total).*
- *Toxicidad por cisplatino residual: ototoxicidad (grado no determinado)".*

En la nota 2 del informe se hace referencia a que la valoración de la ototoxicidad se ha hecho con los datos disponibles en el Servicio, si bien es posible que existan datos adicionales en el Servicio de Otorrinolaringología.

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cisplatino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal del paciente por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre los hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 2 de diciembre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, de 29 de octubre de 2009, de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presentó el paciente con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que en este caso la fecha de administración del tercer ciclo (30 de marzo de 2007) coincide con el periodo en que se utilizó la doble concentración. También que los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de este paciente presentó como toxicidad aguda la sintomatología digestiva que se resolvió sin problemas.

En cuanto a la toxicidad residual presentó hipoacusia grado 2 sin audiometría (controles 4/4/07, 11/4/07 y 16/04/07).

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de

Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que valoró el daño causado en la cuantía de 2.198,41 euros.

Dicho importe se desglosa valorando un periodo de incapacidad temporal, que asciende a 705,01 euros por 7 días improductivos (a 50,35 euros por día), y 13 no improductivos (a 27,12 euros por día), y 2.677,16 euros por la secuela de pérdida auditiva (4 puntos), a razón de 669,29 euros por punto, sin que se tenga en cuenta ningún factor de corrección al no tenerse constancia de que pudiera aplicarse. El importe así obtenido se aminora en un 35%, es decir, en la cuantía de 1.183,76 euros por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino.

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cisplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta que el paciente formulara alegaciones.

**DUODÉCIMO.-** Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**DECIMOTERCERO.-** La propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (1.465 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (733 euros), más los intereses legales correspondientes.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 18 de abril de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993,

de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que el paciente recibió ciclo de quimioterapia con Cisplatino en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cisplatino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de

esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 2 de diciembre de 2009).

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

#### **CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un error de medicación, al suministrar a 25 pacientes afectados de procesos oncológicos una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino.

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso "registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos".

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la

que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación, etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el precitado informe de 2 de diciembre de 2009 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a pruebas de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

**QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

I. Relación de causalidad.

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”*.

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al

funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”*. También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección *“en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%”* (informe de 29 de octubre de 2009). De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, si no imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro,

que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento. Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

**SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de **2.198 euros** al afectado, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Por parte del afectado no se han presentado alegaciones, ni se ha cuestionado la cuantía indemnizatoria propuesta.

Encontrándose justificada la cuantía indemnizatoria fijada por el órgano instructor, salvo la aplicación de un coeficiente reductor del 35% por la toxicidad intrínseca del Cisplatino que debe ser motivado, este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente al afectado, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA.-** No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad (Consideración Quinta).

**TERCERA.-** La cuantía indemnizatoria se considera justificada, salvo la cuestión suscitada en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 253-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por caída en un centro sanitario  
**Consultante** Consejera de Sanidad y Política Social (2011)  
**Fecha** 02/12/2011

**Extracto de doctrina**

Si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente, por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 5 de octubre de 2010, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, por la caída sufrida el 24 de mayo anterior en el Centro de Salud de Beniel, al encontrarse mojado el suelo de la sala de rehabilitación por motivos que desconoce, según refiere.

Manifiesta la reclamante que como consecuencia del accidente sufrió los siguientes daños: artritis postraumática, dolor pierna-muslo derecho postraumático, dolor muscular y fractura de al menos dos vértebras.

Además, refiere que la asistencia tras el accidente por parte del personal del Centro de Salud fue insuficiente, ya que después de ayudarle para levantarse del suelo y asegurarse de que no había perdido el conocimiento, le recomendaron tomar unos antiinflamatorios y la dejaron marchar, cogiendo el coche para llegar a su domicilio con un dolor insoportable, acompañada de su hijo discapacitado.

La reclamante afirma que el accidente sufrido es consecuencia del descuido o dejadez del estado del suelo por parte del personal del citado Centro, en el que se había derramado un líquido, y que fue la causa de los daños alegados.

Por último, aunque no concreta la cuantía indemnizatoria, acompaña tres informes de los Servicios de Urgencias del Hospital Reina Sofía correspondientes a los días 24 y 30 de mayo, y 12 de junio de 2010, con los siguientes diagnósticos: artritis postraumática, dolor pierna muslo derecho

postraumático y dolor muscular, respectivamente. También acompaña informes médicos complementarios de los Servicios de Rehabilitación y Reumatología.

**SEGUNDO.-** Solicitados el historial y los informes médicos de los profesionales que atendieron a la paciente a la Gerencia del Área de Salud VII de Murcia Este, fueron remitidos el 30 de noviembre de 2010 (registro de entrada), destacándose el informe del Coordinador Médico del Centro de Salud de Beniel, que expresa lo siguiente:

*“En contestación a su solicitud de informes en relación a la reclamación hecha por x, os remito escrito remitido por E-mail por x, Fisioterapeuta del Centro de Salud, que en el día de los hechos ocupaba la plaza en nuestro Centro, así como los antecedentes que constan en la Historia Clínica de la paciente, que pudieran estar relacionados con patologías osteomusculares de la paciente.*

*Por mi parte, tras revisar el pavimento del gimnasio la misma mañana en que recibí vuestro escrito, he de manifestar que se trata de un pavimento especial antideslizante, de color rojo ocre, sin ninguna rotura ni signos de haber sido reparado recientemente. En la sala de Fisioterapia, solamente existe un lavabo para uso personal de la fisioterapeuta, en su despacho y ningún punto de agua en el gimnasio. Tras hablar personalmente con la fisioterapeuta, me manifestó que la paciente le dijo a ella que se cayó al suelo por culpa de unos zapatos que resbalaban y que tras caerse, ella misma le ofreció ser valorada por un médico del centro, hecho que la paciente rechazó por encontrarse bien. Además, si revisáis los apuntes hechos por la Dra. x, responsable de dicha paciente, NO constan antecedentes de fracturas vertebrales a lo que alude la paciente”.*

**TERCERO.-** Con fecha 1 de diciembre de 2010, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó Resolución de admisión a trámite, que fue notificada a la reclamante, requiriéndole para que proponga prueba y especifique la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible.

Igualmente se solicita a la Gerencia Única Área VII de Murcia Este que complete el historial, siendo remitido un escrito de 20 de diciembre de 2010 del Director Gerente de dicha Área, que informa lo siguiente:

*“(…) le comunicamos que la documentación referente al proceso interesado, que obra en el hospital, coincide plenamente con las fotocopias que nos remiten. Los profesionales intervinientes manifiestan no tener nada más que añadir respecto a lo allí señalado”.*

También consta la remisión de la reclamación a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud, a través de la Correduría de Seguros.

**CUARTO.-** La reclamante presenta escrito de 18 de enero de 2010, al que acompaña un informe pericial del Dr. x, que contiene las siguientes consideraciones médicas:

*I. Las lesiones comenzaron su manifestación clínica inmediatamente tras la caída accidental en las instalaciones del SMS, por lo que se cumple el criterio cronológico.*

*II. Las lesiones iniciales se localizan en rodilla derecha y MID según consta en el Parte de Urgencias, por lo que se cumple el criterio topográfico. Con posterioridad, cuando se practica exploración RX de columna, se amplía a cadera columna dorsal y hombro derecho, como se acredita en el informe de Reumatología del H. Reina Sofía (documento7).*

*III. Existe relación causa-efecto, por cuanto la existencia del accidente es la que da lugar a la clínica dolorosa e incapacitante sufrida por la paciente.*

*IV. El paciente precisó baja médica, por espacio de 134 días, estando impedida en sus funciones habituales ese tiempo, por cuanto se mantuvo tratamiento médico y rehabilitador hasta el momento del Alta.*

#### *Secuelas*

*Menos de 50 por ciento de la altura de la vértebra.....4*  
*Limitación de la movilidad de la columna toracolumbar... 10*  
*Coxalgia postraumática inespecífica.....8*  
*Gonalgia postraumática inespecífica/agravación de una artrosis previa.....3'*

Se acompaña la factura expedida por el perito, que asciende a la cantidad de 150 euros, que también es reclamada por la interesada.

**QUINTO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta que formularan alegaciones, tras lo cual se formula la propuesta de resolución desestimatoria, debido a las carencias probatorias que no permiten vincular el daño físico sufrido por la reclamante con el funcionamiento del servicio público sanitario, sólo imputable a la parte que le incumbe su probanza (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

**SEXTO.-** Con fecha 29 de agosto de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.**

1. La acción indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de un año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

2. La reclamante, al sufrir los perjuicios que imputa a la actuación administrativa, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva de la titularidad pública del centro sanitario al que se imputa el daño.

3. La tramitación realizada se ajusta, en lo sustancial, a lo establecido en la LPAC y en el RRP para esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama. Falta de acreditación.**

Del artículo 139 y siguientes LPAC se desprende que la Administración Pública está obligada a responder por los daños y perjuicios efectivos, evaluables económicamente e individualizados que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos de su competencia, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

El Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial como la presente (por todos, Dictamen 58/09), ha de destacar que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente, por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Como señalamos en el citado Dictamen 58/2009, y ya antes, en el 165/2006, en este caso no existe más prueba de la caída en el centro sanitario, alegada por la reclamante como origen del daño, que la mera afirmación de ésta, sin haber propuesto testigo alguno que pueda ilustrar sobre sus concretas circunstancias. Más aún, su versión de los hechos es contradicha por la fisioterapeuta, cuya declaración se reproduce en el folio 15 del expediente:

*“la paciente le dijo a ella que se cayó al suelo por culpa de unos zapatos que resbalaban y que tras caerse ella misma le ofreció ser valorada por un médico del centro, hecho que la paciente rechazó por encontrarse bien”.*

Esta carencia del mínimo soporte probatorio necesario para tener por ciertos los hechos, determinaría ya por sí misma la desestimación de la reclamación.

No obstante lo anterior, aun cuando se aceptara el lugar en el que ocurrió la caída, no contradicho por el testimonio de la fisioterapeuta, no se ha acreditado que los daños alegados sean imputables al funcionamiento del servicio público en cuestión, pues no existe la más mínima prueba de que el pavimento de la sala de rehabilitación tuviese las características deslizantes que sostiene la interesada, ni que se encontrara mojado en el momento de la caída, destacando, por el contrario, el Coordinador Médico del Centro de Salud de Beniel que “se trata de un pavimento especial antideslizante, de color rojo ocre, sin ninguna rotura, sin que exista ningún punto de agua en el gimnasio” (folio 15).

La carga de acreditar el nexo causal entre los daños y el funcionamiento de los servicios públicos a los que se imputa pesa (art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sobre la parte reclamante, quien, por tanto, ha de padecer las consecuencias desestimatorias de la pretensión basada en hechos y circunstancias huérfanas de prueba.

Todo lo anterior permite concluir, conforme a la propuesta elevada, que si bien se acredita la existencia de un daño, no se ha probado la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, en tanto que desestima la reclamación, al no advertir la concurrencia de los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 254-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar  
**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2011)  
**Fecha** 02/12/2011

**Extracto de doctrina**

Conforme se razonó en el Dictamen número 42/03, "(...) aun cuando sea exigible al profesorado la diligencia propia de un buen padre de familia para prevenir el daño (artículo 1903 del Código Civil), incluso añadiendo un plus de intensidad por el especial cuidado de los alumnos en los centros de educación especial, resulta imposible que pueda convertirse en una actividad absolutamente controlada, respecto a una reacción fuera de todo cálculo (...)".

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** x presentó el 5 de mayo de 2011 un escrito reclamando de la Consejería de Educación, Formación y Empleo ser indemnizada en la cantidad de 144 euros, precio de las gafas de su hijo x, alumno del CEIP Las Herradillas, de Yecla, que resultaron rotas cuando el 1 de marzo de 2011 era trasladado a la sesión de logopedia. Aporta la correspondiente factura y un parte médico del Hospital Virgen del Castillo, de Yecla, siendo el motivo de asistencia una contusión nasal "tras caída casual en el colegio", según su madre.

**SEGUNDO.-** En informe de accidente escolar fechado el 5 de mayo de 2011, el Director del centro aclara que el alumno es de 3º de educación infantil, nacido el 3 de marzo de 2003, y que "en el traslado desde su clase a la salita de logopedia (llevándole la Auxiliar Técnico Educativo que este centro tiene asignada para atender a este niño y a otra niña en similares circunstancias), a pesar de la atención individual de la Sra. ATE se desequilibró, debido a sus problemas motóricos, cayendo y dándose en el bordillo de una acera (...) Esta caída provoca la rotura de las gafas del niño (...)".

**TERCERO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora por resolución del Secretario General de 24 de mayo de 2011, se solicitó informe ampliatorio a la dirección del centro, que lo emitió el 8 de junio de 2011 reseñando que el camino que recorren en este centro los alumnos no presenta desperfectos, pero sí barreras arquitectónicas. Por su parte, la Auxiliar Técnico Educativo, en otro informe de igual fecha emitido a petición del Director del centro, indica que "...sobre las 10,20 llevé a cabo el traslado del niño(...) desde su clase, en un primer piso sin ascensor, a clase de logopedia, pasando previamente por el aseo en la clase de tres años,

*cruzando todo el patio de Educación Infantil, el patio de Educación Primaria con sus respectivas aceras y llegando finalmente al pabellón del colegio donde se ubica la clase de logopedia, para el cual también hay que subir un tramo de escalones (...) Los hechos ocurrieron exactamente en el tramo entre un patio y otro: cruzamos la puerta de rejas que los separa, le agarro de la mano y del brazo para bajar la acera en la que se encuentra la puerta. Una vez bajado el escalón, lo suelto de la mano sujetándolo por la espalda de la ropa, para favorecer su autonomía y permitir su desarrollo motriz (debido a las indicaciones que los especialistas me orientaron en el momento de mi incorporación al centro, que debe afianzar la autonomía, dejándole que camine sólo). Andamos un par de pasos y x, de forma totalmente fortuita pierde el equilibrio abalanzándose hacia adelante y precipitándose en el suelo tan rápidamente que yo misma pierdo el equilibrio, cayendo justo en el borde de la acera que se encuentra enfrente de la que acabábamos de bajar; todo fue cuestión de segundos y cuando llego a agarrarlo bien x ya estaba en el suelo (...)*”.

**CUARTO.-** Se solicitó informe también a la Unidad Técnica de Centros Educativos, la cual lo emitió el 15 de julio de 2011 concluyendo que el lugar del accidente cumple todas las condiciones de accesibilidad exigidas por la normativa vigente, aunque no el denominado edificio de nuevas dotaciones (donde se encuentra la sala de logopedia), que carece de rampa de acceso, plataforma salva escaleras y doble pasamanos continuo, tanto en la rampa como en la escalera interior. Tales adaptaciones son razonables y de escasa dificultad.

**QUINTO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante, no consta que presentara alegaciones; la instructora, por su parte, formuló su propuesta de resolución el 8 de septiembre, concluyendo que debía desestimarse la pretensión, dada la ausencia de nexo causal.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

La reclamación se ha interpuesto por persona interesada, la madre del menor, condición que acredita con la copia del libro de familia.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, el colegio público en el que se han producido los hechos pertenece al servicio público de educación de la Comunidad Autónoma, correspondiendo la resolución del presente expediente a la Consejería consultante. En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, ésta se ha interpuesto dentro del año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

### **TERCERA.** - Sobre el fondo del asunto.

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de febrero de 1999).

En lo que respecta a la posible incardinación del hecho lesivo en el marco de la actividad administrativa, también ha tenido ocasión de pronunciarse el Consejo de Estado en relación con daños producidos en supuestos de tropiezos o caídas considerando que en estos supuestos, cuando los hechos se producen fortuitamente, sin que concurren elementos adicionales generadores de riesgo, como defecto en las instalaciones o la realización de actividades programadas y ordenadas que, por su propia naturaleza, exijan una mayor vigilancia por parte de

los profesores, no existe la conexión con el servicio público educativo que es necesaria para estimar la pretensión de indemnización formulada (entre otros, Dictamen 2099/2000). En el mismo sentido los Dictámenes números 81/00 y 208/02 de este Consejo Jurídico.

No obstante, en el presente supuesto se produce la circunstancia de que el evento ocurrió con un alumno necesitado de cuidados especiales (según es posible deducir del conjunto del expediente), respecto a los cuales, por sus características, la Administración está obligada a extremar su celo en la custodia, igual que en los centros de educación especial. Así se recoge, entre otros, en los Dictámenes del Consejo de Estado números 4060/1996, de 19 de diciembre, y 1077/1996, de 9 de marzo. En esta misma línea se manifiesta la doctrina legal de otros órganos consultivos autonómicos (Dictámenes números 183, 285, 294, 381, 409 y 461, del año 2000, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana y Dictamen número 75/2000 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha), y de este propio Consejo (Dictámenes números 30/2002, 107/2002, 31/2003, 5/2004, 15/2005, 82/2006).

En consecuencia, ante tales alumnos necesitados de cuidados especiales es exigible la adopción de medidas preventivas apropiadas para evitar accidentes. Sin embargo, también hemos señalado (Dictamen número 42/2003, entre otros) que, aun cuando por las minusvalías que padecen los alumnos sea exigible un especial cuidado por parte de los responsables de tales centros, ello no implica que cualquier suceso que ocurra en uno de dichos centros de educación especial deba ser necesariamente indemnizado por la Administración, pues ello implicaría la desnaturalización del instituto de la responsabilidad patrimonial. Por ello, conviene analizar y ponderar las circunstancias que concurren en cada caso en orden a determinar si se cumplen los requisitos que caracterizan la responsabilidad patrimonial, legalmente establecidos en los artículos 139 y siguientes LPAC.

En el presente caso ha quedado acreditado en el expediente que el alumno estaba atendido en aquel momento por la ATE, y que la acción que rompió las gafas fue inevitable por su rapidez y se produjo en el transcurso de una actividad recomendada para el desarrollo del alumno, cual es favorecer su psicomotricidad, sin que las barreras arquitectónicas existentes tuvieran participación alguna en la producción del daño.

A la vista de tales anteriores circunstancias el Consejo Jurídico muestra su conformidad con la propuesta del servicio instructor, ya que, conforme se razonó en el Dictamen número 42/03, *“(…) aun cuando sea exigible al profesorado la diligencia propia de un buen padre de familia para prevenir el daño (artículo 1903 del Código Civil), incluso añadiendo un plus de intensidad por el especial cuidado de los alumnos en los centros de educación especial, resulta imposible que pueda*

*convertirse en una actividad absolutamente controlada, respecto a una reacción fuera de todo cálculo (...)*".

Así pues, antes que la infracción de un deber de custodia se percibe que el daño se debe al infortunio, y es de resaltar que la reclamante no achaca al centro ni a su personal conducta alguna que pudiera haber influido en el suceso.

A la misma conclusión desestimatoria llega el Consejo de Estado, en su Dictamen nº. 3820/2000, de 11 de enero de 2001, y este Consejo Jurídico en el Dictamen 82/2006.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por el alumno y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 255-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por pérdida de una prótesis dental en centro hospitalario  
**Consultante** Consejera de Sanidad y Política Social (2011)  
**Fecha** 02/12/2011

**Extracto de doctrina**

Con ocasión de anteriores Dictámenes, emitidos en relación a supuestos de sustracción de objetos en dependencias de la Administración, el Consejo Jurídico ha destacado que el instituto de la responsabilidad patrimonial no puede desnaturalizarse de manera que se convierta en un seguro a todo riesgo, convirtiendo a la Administración en un centro de imputación de cualquier lesión, que conduciría a la larga a la paralización de la vida, administrativa o no, ya que la simple coexistencia en el tiempo y en el espacio de acciones no ligadas causalmente, constituirían al titular de tales acciones en asegurador universal de cualquier contingencia.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En impreso normalizado, fechado el 23 de abril de 2010, según la propuesta elevada puesto que no es legible la copia reproducida, se presenta una reclamación ante el Hospital General Universitario Reina Sofía por x, que dice actuar en representación de su esposo x, relativa a la pérdida de una prótesis dental durante su ingreso en el Servicio de Urgencias del citado Hospital.

Según la propuesta de resolución, el contenido del escrito de reclamación es literalmente el siguiente:

*“El paciente fue ingresado el día 15/04/10 a las 6,30 aproximadamente, fue ingresado en urgencias y dicho día se le perdió la dentadura de la parte de abajo, (al) día siguiente fue ingresado en planta donde nosotros los familiares nos dimos cuenta de que no la tenía, preguntamos en información donde nos dicen que no saben nada y el paciente dice que vio a la enfermera que se lo llevó”.*

**SEGUNDO.-** Recabado el informe de la Supervisora del Servicio de Urgencias, remite una comunicación interior de 12 de mayo de 2010, en la que hace constar:

*“(…) En el Servicio de Urgencias, el protocolo de custodia en el caso de prótesis dentales no se lleva a cabo, puesto que no se introduce en la caja fuerte del hospital, pero sí existe un procedimiento en el caso de tener que retirar las prótesis dentales para poder actuar en beneficio*

*de la salud del paciente y evitar posibles complicaciones al mismo. Las prótesis dentales, cuando son retiradas, se guardan en cajas azules especialmente diseñadas para ese fin y se identifican con las etiquetas del paciente, en primera instancia si hay algún familiar se le entrega dejando constancia de ello en la hoja de registro del paciente, en el caso que estamos tratando no hay nada reflejado en dicho registro; en el caso de no estar ningún familiar se dejaría en la mesita del paciente o en la bolsa junto a la ropa y demás cosas que llevase a su entrada si no pasa a camas de observación, tal y como hemos referido anteriormente, en caja diseñada para guardar prótesis dentales y correctamente identificada.*

*En el caso que nos lleva no podemos aportar nada a lo ya expuesto, no habiendo constancia en ningún registro de dicho paciente de la retirada de la prótesis y que el familiar se da cuenta de ello durante su estancia en planta”.*

**TERCERO.-** Mediante escrito de 15 de junio de 2010, se requiere a la reclamante para que subsane las deficiencias advertidas en el escrito de reclamación, entre ellas la acreditación de la representación que dice ostentar, la aportación de cuantas alegaciones, documentos e informes se estimen oportunos y la proposición de prueba, debiendo especificar la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y suscribir el escrito presentado, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

**CUARTO.-** Para subsanar el requerimiento anterior, con fecha 30 junio de 2010 (registro de entrada) se presenta escrito firmado por x, al que se acompaña certificación literal de defunción de x y fotocopia compulsada del Libro de Familia, asumiendo x, en su condición de viuda, la legitimación activa en el presente procedimiento.

**QUINTO.-** Admitida a trámite la reclamación por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 30 de julio de 2010, fue notificada a las partes interesadas.

Asimismo por parte del órgano instructor se solicitó al Hospital General Universitario Reina Sofía copia de la historia clínica de x e informes de los profesionales que le asistieron, siendo remitido el parte de admisión del Servicio de Urgencias, con fecha de registro de 15 de abril anterior, a las 6:25 horas, en el que figura el diagnóstico de *meningitis bacteriana*.

**SEXTO.-** Por escrito del órgano instructor de 18 de noviembre de 2010, se solicitó al Servicio de Urgencias del Hospital un informe en el que se hiciera constar si fue necesario retirar la

prótesis dental en la asistencia sanitaria dispensada al x el día 15 de abril anterior, que se afirma que llevaba a su ingreso.

En su contestación, los Supervisores de Enfermería remiten una comunicación interior de 1 de diciembre de 2010, que expresa lo siguiente (folio 22):

*“ (..) Como ya informamos en nuestra Unidad existe un protocolo o procedimiento establecido para el caso de tener que retirar una prótesis para la práctica de ciertas técnicas, o porque el motivo de consulta o gravedad lo requiera, como se expone a continuación:*

*(...)*

*Tras volver a revisar la historia del paciente nos ratificamos en que no consta en ningún sitio este registro, como así también que por el estado y motivo por el que llegó a este Hospital fuese o no necesario la retirada de la prótesis o ni que la llevase, ya que también fue traído por el 061 y después de pasar por Urgencias subió a Planta de Hospitalización”.*

**SÉPTIMO.-** En fecha 11 de enero de 2011 se solicitó informe a la Gerencia de Emergencias 061 al objeto de que informase si el paciente era portador de prótesis dental, y si durante su traslado al Hospital estuvo acompañado por algún familiar. En la contestación la Dra. x (folio 25), como responsable del equipo del 061 que intervino en la citada asistencia, expresa lo siguiente:

*“La asistencia (fue) realizada el día 15/04/2011 a las 5,25 horas de la madrugada. El paciente fue trasladado al Hospital Reina Sofía con el diagnóstico de Febrícula y Deterioro. En ningún punto de la Historia Clínica del 061 aparece reflejado que el paciente fuera portador de prótesis dental. Por su parte, es procedimiento habitual que cuando se asiste al paciente en el domicilio se le dejen sus objetos personales a la familia incluyendo las prótesis dentales. En cuanto a si el paciente era acompañado en nuestra ambulancia por algún familiar, decir que no, puesto que no se permite llevar acompañante en las ambulancias de emergencias. El procedimiento habitual es que el familiar del paciente se desplace por sus propios medios al Servicio de Urgencias del hospital correspondiente”.*

**OCTAVO.-** Otorgado trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta que la reclamante presentara alegaciones.

**NOVENO.-** La propuesta de resolución, de 29 de julio de 2011, desestima la reclamación presentada, al no quedar acreditado que el paciente perdiera la prótesis dental en el centro

hospitalario y que ésta fuera consecuencia de un funcionamiento normal o anormal del servicio público.

**DÉCIMO.-** Con fecha 29 de agosto de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP), al solicitarse en el seno de uno de tales procedimientos.

#### **SEGUNDA.-** Plazo, legitimación y procedimiento.

1. La acción de reclamación es ejercitada dentro del año de producido el hecho que motiva la indemnización, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.5 LPAC.

2. El procedimiento se ha iniciado por persona que ostenta la condición de interesada según el artículo 31.1 LPAC, lo que le confiere legitimación activa para reclamar, de conformidad con los artículos 139.1 y 142.1 LPAC.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva de su condición de titular del servicio público sanitario a cuyo funcionamiento se imputa el daño.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en términos generales, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.-** Sobre la no concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.

Son requisitos exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, conforme establece el artículo 139 LPAC:

1. La concurrencia de un hecho, acción u omisión que resulte imputable al funcionamiento de los servicios públicos.
2. La producción de un daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado, que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar.
3. La existencia de una relación de causalidad directa e inmediata entre aquel hecho, acción u omisión, y el mencionado daño o perjuicio, sin que concurren fuerza mayor ni otros elementos que determinen la ruptura de dicha relación de causalidad.

Con ocasión de anteriores Dictámenes, emitidos en relación a supuestos de sustracción de objetos en dependencias de la Administración, el Consejo Jurídico ha destacado que el instituto de la responsabilidad patrimonial no puede desnaturalizarse de manera que se convierta en un seguro a todo riesgo, convirtiendo a la Administración en un centro de imputación de cualquier lesión, que conduciría a la larga a la paralización de la vida, administrativa o no, ya que la simple coexistencia en el tiempo y en el espacio de acciones no ligadas causalmente, constituirían al titular de tales acciones en asegurador universal de cualquier contingencia; en tal sentido STS, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de 4 de mayo de 1998 (Dictámenes números 76/1999 y 84/2002).

En idéntico sentido se pronuncia la sentencia de la misma Sala y Sección del Tribunal Supremo, de 5 de julio de 1998. Cabe añadir que mantener sin más que cualquier objeto sustraído o perdido en los locales públicos en general puede desplegar los efectos indemnizatorios de la responsabilidad patrimonial, constituiría una interpretación desmesurada de este instituto jurídico.

A este respecto, el Consejo de Estado ha afirmado, entre otros en su Dictamen núm. 3156/1999, que el hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no implica que deba responderse de todos los daños causados en centros públicos; muy al contrario, debe estarse a las circunstancias del caso concreto, que han de mostrar el daño y, sobre todo, la imprescindible relación causal.

En el supuesto que nos ocupa, la reclamante atribuye la pérdida de una prótesis de la dentadura inferior al personal del Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Reina Sofía de Murcia. Sin embargo, no se ha acreditado que dicha pérdida aconteciera en el citado Servicio, ni tampoco se hizo constar por los familiares que el paciente portara tal prótesis (no figura en la historia clínica de la Gerencia de Emergencias del 061), cuando la ambulancia le trasladó al

Hospital desde su domicilio. En este sentido, la facultativa que le atendió refiere que el procedimiento habitual es que se dejen sus objetos personales en el domicilio, incluyendo las prótesis dentales, antes de su traslado.

Pero, incluso, aunque la pérdida se hubiera producido en las dependencias del Hospital, no implica que sea imputable al mismo, ya que en ningún momento ha quedado acreditado que el sujeto causante del daño se encuentre integrado en la organización administrativa, circunstancia cuya carga corresponde a la reclamante, de conformidad con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por otra parte, tampoco concurre el requisito de la antijuridicidad del daño. En este sentido, cabe inferir, aun yendo más allá de los términos en los que se plantea la reclamación, que la interesada sitúa el título de imputación del daño al servicio público en un eventual deber de vigilancia o cuidado que la Administración asumiría sobre las pertenencias de los pacientes que ingresan en los hospitales públicos. Al respecto, la STSJ Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de febrero de 2000, afirma sobre la obligación que incumbe a la Administración sanitaria de adoptar las medidas necesarias para evitar atentados a las propiedades de los enfermos que *“los medios que en este sentido está obligada a proveer la Administración para evitar o hacer más difícil el perjuicio no son siempre los mismos, sino que habrá que estar a los parámetros de normalidad que exigen la conciencia social de cada momento, al grado de desarrollo y medios de que dispongan los servicios públicos o, dicho al modo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a los estándares de funcionamiento del servicio, variables en cada lugar y en el tiempo”*.

En el supuesto sometido a consulta, no consta que se haya incumplido protocolo alguno de seguridad pues, según explica la Supervisora del Servicio de Urgencias del Hospital, las prótesis dentales cuando son retiradas se guardan en unas cajas azules especialmente diseñadas para este fin y se identifican con las etiquetas del paciente; en el caso de que haya un familiar se le entrega dejando constancia de ello en la hoja de registro del paciente; en su defecto, se deja en la mesita del paciente o en bolsa junto a la ropa y demás cosas que llevara a su entrada. Sin embargo, la Supervisora afirma que no hay constancia de la retirada de la prótesis en ningún registro de dicho paciente y tampoco que el familiar se diera cuenta de ello cuando ingresó en la planta al día siguiente, siendo denunciada su pérdida por los familiares 7 días después.

En suma, se dictamina favorablemente la propuesta elevada en tanto no se ha acreditado que el paciente perdiera la prótesis dental en el centro hospitalario, ni la imputación de su pérdida

al servicio público sanitario y, por consiguiente, no se ha probado la relación de causalidad necesaria para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por no concurrir los requisitos exigidos para su nacimiento.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 256-2011**

**Asunto** Proyecto de Decreto por el que se establece la ordenación de las explotaciones ovinas y caprinas de la Región de Murcia  
**Consultante** Consejero de Agricultura y Agua (2004)  
**Fecha** 05/12/2011

**Extracto doctrina**

La ausencia de desarrollo reglamentario por parte del Estado de las previsiones contenidas en el artículo 36 LSA sobre las condiciones sanitarias básicas de este tipo de explotaciones, no puede condicionar el ejercicio de las competencias autonómicas en la materia, sin perjuicio del posterior desplazamiento que pudiera producir si dicha normativa básica fuera aprobada por la Administración General del Estado

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha indeterminada, la Dirección General de Ganadería y Pesca elabora el borrador del Proyecto de Decreto por el que se establece la ordenación de las explotaciones ovinas y caprinas y los sistemas de identificación de las citadas especies.

Seguidamente, consta que el titular del centro directivo, mediante escrito de 28 de mayo de 2009, otorgó un trámite de audiencia a las siguientes corporaciones, organizaciones y asociaciones:

- Colegio Oficial de Veterinarios.
- Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos. Iniciativa Rural (COAG-IR-MURCIA).
- Unión de Pequeños Agricultores (UPA).
- Agrupaciones de Defensa Sanitaria (ADS), ADESCO-ALHAMA, FRACOM ADEA-ASAJA, CAMPOS DEL RÍO, LORCA, PUERTO LUMBRERAS, MAR MENOR SAN JAVIER, CAMPO DE CARTAGENA, AGACO COMARCA ORIENTAL, ÁGUILAS, HOYA DEL CAMPO, CEHEGÍN, CALASPARRA, TOTANA "SANTA EULALIA", CARAVACA, ADESLANC-MUR.NORDESTE, MULA, YECLA, NOROESTE, AJUDESA-JUMILLA y MAZARRÓN.
- Asociación Nacional de Transportistas de Animales (ANTA).
- --, --, --, --, --, -- y --.

Asimismo se otorga un trámite de audiencia a las empresas -- y --.

Con posterioridad, se incorpora al expediente (folio 193) una comunicación de régimen interior también de 28 de mayo de 2009, en la que se remite el borrador al “Secretario General. Consejo Asesor Regional Agrario”, si bien no consta que fuera adoptado acuerdo por el citado órgano consultivo.

**SEGUNDO.-** Por parte de COAG-IR se presenta un escrito de alegaciones, en el que manifiesta que el sector al que hace referencia el borrador está inmerso en una grave crisis económica, que unida al desajuste que se ha producido para la campaña del 2010, va a dar lugar a que desaparezcan numerosas explotaciones, por lo que no parece razonable que se norme en este el momento, cuando no existen previsiones al respecto en la legislación estatal.

También UPA realiza observaciones al Proyecto, concretamente a los artículos 4 (condiciones mínimas que deben reunir las explotaciones ovinas y caprinas) y 5 (Registro Regional de Explotaciones Ovinas y Caprinas), considerando que no es necesario disponer de un cercado perimetral, ni de sistemas para la desinfección de las ruedas, ya que no se tiene acceso a las áreas donde se alojan los animales; también que no se debería condicionar la ubicación de las instalaciones necesarias que constituyan una unidad de producción, al mismo término municipal donde esté la principal, sino que debería referirse al ámbito de actuación de las Oficinas Comarcales Agrarias que engloban varios municipios. Por último, respecto a las ampliaciones de las explotaciones de ovino y caprino (artículo 7), señalan la conveniencia de establecer un periodo transitorio para su inscripción en el Registro Regional de Explotaciones Ovinas y Caprinas (REOC).

**TERCERO.-** El Jefe de Servicio de Sanidad Animal emite informe el 15 de octubre de 2009, en el que destaca la importancia económica del sector ovino y caprino dentro de las producciones ganaderas de la Región de Murcia, y su significación social y ecológica, por su estrecha vinculación con el mantenimiento de la población rural y con el aprovechamiento de los recursos naturales, contribuyendo al equilibrio medioambiental y al desarrollo rural en general.

Tras justificar la necesidad de la regulación propuesta, en tanto el sector ha de ajustarse a los estrictos criterios sanitarios, medioambientales y de bienestar animal que la Unión Europea establece y que los consumidores demandan, enumera las normas estatales que lo sustentan, adentrándose en sus objetivos contenidos en el artículo 1 del Proyecto:

- Creación de un Registro Regional de Explotaciones Ovinas y Caprinas, habilitado para ello por la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal (LSA en lo sucesivo).

- Ordenación del sector, mediante el establecimiento de condiciones higiénico sanitarias generales, condiciones específicas y de bienestar animal.
- Procedimiento de inscripción de las explotaciones.
- Medios de identificación de los animales de las especies citadas.

En otro apartado del informe, se entra a analizar el trámite de audiencia otorgado (respecto al tercer borrador), valorando las alegaciones presentadas.

También resalta que con posterioridad se ha producido una reunión del centro directivo con varias organizaciones agrarias a fin de evaluar el borrador, dando como resultado otras modificaciones introducidas al texto (cuarto borrador).

**CUARTO.-** El 16 de octubre de 2009, el Director General de Ganadería y Pesca remite para su tramitación y aprobación el Proyecto de Decreto, acompañado de la siguiente documentación:

1. Informe económico suscrito por el Jefe de Servicio de Sanidad Animal, en el que expresa que la regulación proyectada no supone ningún compromiso de carácter económico, puesto que será atendido por el personal y los medios existentes en el centro directivo competente.

2. Informe jurídico de la Asesora de la Dirección General que no encuentra ningún obstáculo legal para llevar a cabo la aprobación del Proyecto, señalando que se ha otorgado también audiencia al Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino, si bien no consta en el expediente.

3. Informe sobre el impacto por razón de género, que concluye que no existe en sus preceptos ningún tipo de discriminación en función de género.

**QUINTO.-** El Servicio Jurídico de la Consejería de Agricultura y Agua emite un informe el 12 de noviembre de 2009, en el sentido de señalar que el departamento proponente se encuentra habilitado para el desarrollo de las competencias atribuidas a los órganos autonómicos por la normativa estatal (LSA y Real Decreto 947/2005, de 29 de julio, por el que se establece un sistema de identificación y registro de los animales de las especies ovina y caprina). También realiza observaciones particulares al articulado, que son objeto de valoración y consideración por el Servicio de Sanidad Ambiental en su informe de 17 de diciembre de 2009.

**SEXTO.-** El 30 de diciembre de 2009, la Vicesecretaría de la Consejería de Agricultura y Agua emite informe favorable a su tramitación, indicando los trámites ulteriores, al igual que el Jefe

de Servicio Económico Presupuestario emite su parecer con fecha 4 de febrero de 2010, ratificando que la regulación proyectada no supone ningún compromiso de carácter económico.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el informe del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (CES, en lo sucesivo), a instancias de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, es evacuado por el Pleno el 30 de junio de 2010 con las siguientes conclusiones:

1. En primer lugar, se valora positivamente el Proyecto de Decreto porque establece en la Región de Murcia un sistema acorde con las exigencias que la normativa europea y estatal plantean desde el punto de vista de la organización del sistema de registro y control de las explotaciones, así como de los procedimientos de identificación de los animales de estas especies.

2. Sin embargo, muestra su preocupación por el impacto que la regulación de las condiciones mínimas de las explotaciones ovinas y caprinas pueda tener sobre las existentes en la Región, dado el contexto caracterizado por la crisis económica general, por la incertidumbre de la Política Agrícola Comunitaria (periodo de reforma que finaliza en el 2013) y por la situación de desventaja que puede generarse para los ganaderos de la Región, como consecuencia del establecimiento de estos requisitos, que no son exigibles en el ámbito estatal, ni en otras Comunidades Autónomas. Por consiguiente, sostiene que los requisitos previstos en la regulación proyectada sólo deberían ser exigibles a las nuevas explotaciones que surjan a partir de su entrada en vigor.

3. Aunque valora positivamente que se distinga la exigencia de las condiciones higiénico-sanitarias, en función de su objeto o de la mayor capacidad de las explotaciones, sin embargo las condiciones específicas deberían exigirse a las explotaciones con 500 reproductores y/o 700 animales de cebo, en atención a las características del sector en la Región de Murcia.

4. En relación con el régimen transitorio previsto para las explotaciones existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva disposición, considera que la adecuación a la totalidad de las condiciones genéricas y específicas debería ampliarse hasta 8 años.

5. Señala que debería considerarse la oportunidad de mantener una nueva reunión de trabajo con las organizaciones del sector, con la finalidad de que el texto que se apruebe tenga el mayor respaldo y compromiso necesario en el contexto actual.

6. Por último, expresa que la documentación exigible para la inscripción en el REOC no responde a las características de una Administración moderna y adaptada a los principios

contenidos en la legislación básica estatal en materia de procedimientos administrativos, echando en falta una mayor presencia de las posibilidades de utilización de las tecnologías de la información y comunicación en la gestión de procedimientos, sin que se utilice la posibilidad de declaraciones responsables.

**OCTAVO.-** El informe de 22 de noviembre de 2010, del Jefe de Servicio de Sanidad Animal de la Dirección General de Ganadería y Pesca, contiene el estudio y valoración de las observaciones del órgano preinformante:

1ª) Frente a las consideraciones del impacto socioeconómico de la nueva regulación (condiciones generales y específicas de las explotaciones) e incertidumbre por la Política Agraria Comunitaria (PAC), se señala, de una parte, que muchos de los requisitos del Proyecto ya están englobados en las condiciones para obtener las ayudas de la PAC, y que la legislación estatal y los reglamentos comunitarios obligan desde hace tiempo al cumplimiento de muchos de los requisitos exigibles, por lo que una parte de las inversiones en las explotaciones han debido ya ser realizadas por los productores. Desde otra vertiente destaca que es necesaria la regulación contenida en el Proyecto por aplicación de la LSA, al objeto de establecer el procedimiento para la autorización e inscripción de las explotaciones ovinas y caprinas en el correspondiente Registro, determinar y detallar los requisitos generales y específicos que deben cumplir en materia de sanidad ambiental y bienestar animal, así como disponer de los medios de identificación animal. También sostiene una tendencia en la PAC a mantener las ayudas en aquellos sectores en producción vinculados a las buenas prácticas agrarias y medioambientales.

2ª) Respecto a las restantes observaciones del CES, propone estimar las siguientes observaciones:

a) En relación con las ampliaciones de las explotaciones, se considera acertado tener en cuenta las dimensiones de las instalaciones y el número de animales (20%).

b) La exigencia, pero como un requisito general, de un lazareto o medio similar para cualquier explotación, con independencia de su estructura y número de animales.

c) Para evitar controversias sobre la impermeabilización natural del terreno, se exigirá que el informe del técnico competente se encuentre avalado por los estudios y análisis que lo garanticen.

d) Se acepta parcialmente la ampliación del plazo para el cambio de titularidad (15 días hábiles).

e) Se sustituye la licencia de apertura y el acta de puesta en marcha y funcionamiento por la licencia de actividad acorde con la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada.

f) Se suprime la exigencia de determinada documentación de acuerdo con el Decreto regional 286/2010, de 5 de noviembre, pero se mantiene la necesidad de presentar previamente cierta documentación, no siendo posible un control *a posteriori*.

**NOVENO.-** El nuevo borrador (fechado el 17 de noviembre de 2010) es sometido a informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, que lo emite el 16 de diciembre siguiente con las siguientes observaciones al procedimiento de elaboración:

- Inexistencia de una Memoria justificativa que incluya la motivación técnica de las concretas determinaciones normativas propuestas, en especial de las condiciones mínimas que se fijan respecto a las explotaciones ganaderas.

- Insuficiencia del estudio económico de la norma.

- Escasa efectividad del informe de impacto por razón de género.

Respecto al articulado, a las Disposiciones transitoria y derogatoria, así como a los Anexos, se realizan las consideraciones contenidas en los folios 208 a 218 del expediente, que serán objeto de examen posteriormente.

**DÉCIMO.-** El examen y la valoración de las observaciones del órgano preinformante se contienen en el informe del Jefe de Servicio de Sanidad Ambiental de 17 de marzo de 2011, dando como resultado el Proyecto de Decreto fechado en marzo de 2011, que es el texto sometido a consulta de este Consejo Jurídico.

**UNDÉCIMO.-** Con posterioridad se emite un nuevo informe de fecha 17 de mayo de 2011 por la Vicesecretaria de la Consejería de Agricultura y Agua, y se redacta nueva propuesta del titular de la Consejería al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 20 de mayo de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de Decreto que desarrolla la normativa básica del Estado que se reseñará en Consideraciones posteriores, por lo que tiene carácter preceptivo, conforme con lo previsto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**SEGUNDA.- Procedimiento de elaboración.**

El artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en adelante Ley 6/2004) establece los trámites a seguir para el ejercicio de la potestad reglamentaria. De acuerdo con dicha regulación, se advierten en el expediente las siguientes deficiencias:

a) Aunque el informe del Jefe de Servicio de Sanidad Animal de 15 de octubre de 2009, evacuado tras las alegaciones presentadas, contenga una explicación de la importancia del sector regulado, de la normativa básica estatal de aplicación y del procedimiento hasta entonces seguido, no existe una verdadera Memoria justificativa del Proyecto normativo, exigida por el apartado 1 del artículo 53.1 precitado, que incluya la motivación técnica y jurídica de las concretas determinaciones normativas propuestas, con el grado de detalle suficiente que requieran. Es singularmente significativa dicha carencia en relación con las condiciones higiénico-sanitarias y específicas exigibles a las explotaciones, a la vista de las alegaciones presentadas por el sector.

En efecto, si como señala el Servicio de Sanidad Animal (folio 169) parte de las condiciones en materia sanitaria y de bienestar animal que recoge el Proyecto de Decreto son ya exigibles por la legislación horizontal europea, así como por la normativa estatal -frente al alegato de que no se han establecido en otras Comunidades Autónomas- su justificación pormenorizada en la Memoria correspondiente hubiera podido evitar ciertas controversias suscitadas durante la tramitación del Proyecto. En todo caso, la falta de una Memoria justificativa no puede ser excusada respecto al presente Proyecto, bajo el pretexto de que será subsanada en futuras disposiciones, debiendo ser completado el expediente en tal sentido, pues aunque no se haya seguido el correcto orden de los trámites, lo importante es que consten en el expediente los trámites esenciales, como indicamos en nuestro Dictamen núm. 152/2011.

b) Es cierto que ha habido una amplia participación de los sectores ganaderos afectados, no sólo a través del trámite de audiencia particularizado a cada asociación o agrupación, sino también a través de alguna reunión mantenida con el centro directivo competente, según refiere el Servicio correspondiente; sin embargo, pese a que por el Centro Directivo se remitió una comunicación interior a la Secretaría para que el Proyecto de Decreto se sometiera a informe del Consejo Asesor

Regional Agrario, no consta dicha audiencia o la consideración de su innecesariedad, conforme a la redacción prevista en el artículo 3, c) del Decreto 47/1984, de 10 de mayo. Pero tampoco consta que se haya sometido a informe del Consejo Asesor Regional de Organizaciones Profesionales Agrarias (CAROPA), órgano especialmente diseñado para canalizar la participación y colaboración de las Organizaciones Profesionales Agrarias, entre cuyos cometidos se encuentra la emisión de informe sobre la normativa que se refiera a política agraria y al desarrollo rural que promueva la Consejería competente por razón de la materia (artículo 3.1,c del Decreto 331/2009, de 9 de octubre).

c) Es indudable que las competencias en materia de sanidad ganadera radican en la Consejería consultante (artículo 36 del Decreto 26/2011, de 25 de febrero), lo que no obsta a que se pudiera otorgar un trámite de audiencia a la Consejería de Sanidad y Política Social, en tanto a la Dirección General de Salud Pública le corresponde la competencia en salud alimentaria, zoonosis, epidemiología y salud medio ambiental (artículo 4 del Decreto 146/2011, de 8 de julio) y sus aportaciones podrían enriquecer el texto, sobre todo en relación con las condiciones técnico sanitarias.

d) Se afirma por la asesora jurídica de la Dirección General (folio 74) que se ha otorgado también audiencia al Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino, si bien no consta en el expediente que se haya evacuado tal trámite.

Por último, cabe señalar que se ha plasmado adecuadamente en el expediente la evolución del contenido del Proyecto, con la agregación de las sucesivas modificaciones, habiéndose informado las alegaciones presentadas.

### **TERCERA.- Competencia regional y habilitación normativa.**

La materia a la que se refiere el Proyecto dictaminado ha de encuadrarse en el título competencial regional relativo a ganadería, sobre el que nuestra Comunidad Autónoma ostenta competencias exclusivas, conforme con lo establecido en el artículo 10.Uno,6 del Estatuto de Autonomía, competencia que debe ejercerse *“de acuerdo con la ordenación general de la economía”* y, con reiterada jurisprudencia constitucional, respetando asimismo otras competencias estatales que puedan concurrir e incidir en la materia, como es, en el caso, la relativa a la sanidad (bases y coordinación general) y, más específicamente, la sanidad animal, fruto de la cual el Estado aprobó la LSA, y, en su desarrollo, con carácter básico, los Reales Decretos 479/2004, de 26 de marzo, que establece y regula el registro general de explotaciones ganaderas, y 947/2005,

de 29 de julio, por el que se establece un sistema de identificación y registro de los animales de las especies ovinas y caprinas.

A partir del marco básico sectorial que imponen dichas normas, la Comunidad Autónoma puede aprobar su propia regulación en la materia.

En tal sentido, aunque el título del Proyecto de Decreto pudiera inducir a pensar en una suerte de ordenación general de las explotaciones ovinas y caprinas en la Región de Murcia, en realidad su contenido versa sobre el establecimiento de las condiciones mínimas, desde el punto de vista higiénico sanitario y de bienestar animal, de tales explotaciones, la creación de un Registro (REOC), así como el procedimiento para su autorización e inscripción y la identificación de los animales de las especies citadas. Nada se expresa, por ejemplo, respecto al Libro Registro de las explotaciones ganaderas de tales especies, que se rigen por lo dispuesto en la Orden de 16 de septiembre de 1996, modificada por la Orden de 4 de octubre de 2007.

Puede afirmarse, con carácter general, que, en el marco configurado por dichas normas estatales, existe competencia autonómica para adoptar la regulación pretendida, sin perjuicio de lo que se dirá posteriormente sobre su ajuste a lo establecido en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (en adelante, Ley 11/2007) y a la Ley 17/2009, de 23 de diciembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, Ley 17/2009), en cuanto son normas jurídicas de incidencia general o transversal, aplicables de este modo a la materia que nos ocupa. Igualmente, el Consejo de Gobierno está habilitado para regular por Decreto la materia.

#### **CUARTA.- Observaciones al contenido del Proyecto de Decreto.**

Puesto que el Proyecto de Decreto contiene distintos aspectos de la materia que pueden ser desgajados, se agrupan las observaciones en razón de los siguientes apartados:

I. La regulación de las condiciones mínimas y específicas que deben reunir las explotaciones ovinas y caprinas de nueva instalación.

Se ha suscitado a lo largo de la elaboración del Proyecto por parte de algunos sindicatos agrarios, la falta de conveniencia y oportunidad de fijar en este momento determinadas condiciones mínimas que deben reunir las explotaciones ovinas y caprinas (artículos 4), así como la ausencia de regulación básica estatal al respecto.

En su defensa, la Consejería proponente ha sostenido que se encuentra habilitada para dicho establecimiento por la LSA, que la mayoría de los requisitos se encuentran ya exigidos por la normativa comunitaria o estatal y que se ha atemperado el régimen de aplicación, estableciendo dos niveles de exigencia: condiciones higiénico sanitarias generales y condiciones específicas para aquellas explotaciones clasificadas como cebaderos, las de reproducción para producción de carne de más de 300 reproductores, para producción láctea y las de reproducción mixta, además de establecer un periodo de adaptación de 6 años para las explotaciones existentes (Disposición transitoria única).

Ciertamente, la ausencia de desarrollo reglamentario por parte del Estado de las previsiones contenidas en el artículo 36 LSA sobre las condiciones sanitarias básicas de este tipo de explotaciones, no puede condicionar el ejercicio de las competencias autonómicas en la materia, sin perjuicio del posterior desplazamiento que pudiera producir si dicha normativa básica fuera aprobada por la Administración General del Estado (recientemente se ha aprobado el Real Decreto 804/2011, de 10 de junio, por el que se regula la ordenación zootécnica, sanitaria y de bienestar animal de las explotaciones equinas y se establece un plan sanitario equino). Así sintetiza el sistema de relaciones existente entre el ordenamiento estatal, de un lado, y los distintos ordenamientos autonómicos, de otro, en lo que ahora importa, las SSTS, Sala 3ª, de 26 de octubre de 2010 y de 13 de octubre de 2003, que incorpora la primera:

*“Que los principios de unidad y de jerarquía informan internamente cada uno de ellos, siendo el de competencia, y no esos otros dos, el que rige la articulación entre ambos ordenamientos. Que el reconocimiento por virtud de este principio de un ámbito propio para el ordenamiento autonómico, se produce sin perjuicio de la articulación de éste y del estatal en el "supraordenamiento" constitucional, de suerte que la separación entre ordenamientos no es absoluta, sino que encuentra una articulación superior en la Constitución como norma fundamental o norma "normarum". Y que cuando el reparto competencial actúa sobre una misma materia mediante el concurso, para su regulación global, de normas estatales básicas y autonómicas de desarrollo, surgen entonces entre ambas los efectos denominados de preclusión y de desplazamiento. Por el primero, queda cerrada para la norma autonómica, sin posibilidad de que ésta la replantee, la regulación que como propia del Estado global, del Estado en su integridad, haya hecho la previa norma estatal básica. Y por el segundo, queda desplazada la autonómica previa por la estatal básica posterior: ésta, en lo que dispone con tal carácter, desplaza a aquélla, que queda inaplicable e ineficaz hasta tanto no varíe o se modifique, haciéndolas compatibles”.*

Del conjunto de condiciones puede afirmarse que algunas derivarían de la LSA (por ejemplo, los apartados 1,a y b del artículo 4 del Proyecto), que establece que en las explotaciones

intensivas y en los alojamientos en las extensivas deberán estar aislados, de forma que se limite y regule sanitariamente el acceso de personas, animales y vehículos (artículo 36.2 LSA) o la preferencia por aquellas explotaciones o sistemas productivos que, por su características, medios o infraestructura, permitan garantizar debidamente las condiciones sanitarias del ganado o evitar la posible difusión de enfermedades (artículo 36.3 LSA).

En otras condiciones (artículo 4.1,d, e, g) se citan las normas comunitarias y básicas que las sustentan, pero no en todas, por lo que debe justificarse en el expediente -precisamente en la Memoria justificativa que ha de incorporarse al procedimiento- la concreta regulación en el texto, lo que contribuiría a fundamentar la conveniencia de la normativa en este momento.

## II. El Registro Regional de Explotaciones Ovinas y Caprinas.

### 1. Interrelación con otros Registros.

El artículo 5.1 del Proyecto de Decreto crea el REOC, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del RD 947/2005, y en el RD 479/2004.

Previamente, el artículo 38 LSA estableció que todas las explotaciones de animales deben estar registradas en la Comunidad Autónoma en que radiquen, y que los datos básicos de estos registros serán incluidos en un registro nacional de carácter informativo.

Uno de los aspectos que suscita la nueva regulación, que debería aclararse en el expediente, es el engarce o inserción de este nuevo registro regional para las especies ovinas y caprinas con el Registro regional de explotaciones ganaderas, al que hace referencia, por ejemplo, el artículo 3 del Decreto regional 448/2009, de 29 de diciembre, como un registro adscrito a la Consejería consultante.

Esta observación viene motivada porque el artículo 11 del Real Decreto 947/2005 configura al Registro de las especies caprinas y ovinas, en el ámbito de la Administración General del Estado, como una sección dentro del Registro General de Explotaciones Ganaderas, no existiendo tal incardinación en la normativa proyectada. En igual sentido es tratado en otros Registros de Explotaciones Ganaderas de Comunidades Autónomas (por ejemplo, el Registro de Explotaciones Ganaderas de La Rioja, regulado por el Decreto 36/2005, de 26 de mayo).

Por tanto, debería aclararse si es un registro independiente o incardinado en el Registro regional de Explotaciones Ganaderas.

## 2. Sobre el concepto de explotación de ganado a efectos de su inscripción

La disposición ha optado, a efectos de su inscripción en el Registro, por equiparar unidad de producción con explotación, que supone el manejo de todo el rebaño, si bien en el supuesto de que un productor posea más de un rebaño se considerarán unidades productivas diferentes y requerirán la inscripción de cada una de ellas en el Registro.

Partiendo de que el artículo 2 del Proyecto incorpora las definiciones de la normativa básica estatal, entre ellas el concepto de explotación, debería aclararse (se suscitan dudas a este respecto) si la inscripción será única para cada explotación ganadera ovina y caprina, aunque se hagan constar por separado los datos relativos a cada unidad productiva (en el caso de poseer más de un rebaño).

### III. La autorización e inscripción en el Registro.

De conformidad con el artículo 36.1 LSA, las explotaciones de animales de estas especies de nueva instalación, o la ampliación de las existentes, deberán disponer de la previa autorización de la autoridad competente, que verificará el cumplimiento de los requisitos en materia de protección animal. Además, se establece la exigencia de su inscripción en el Registro de la Comunidad Autónoma en la que radiquen (artículo 38.1 de la misma Ley), constituyendo una infracción grave el inicio de la actividad en aquéllas sin la previa autorización administrativa o sin la inscripción en el Registro correspondiente.

Pues bien, ambas técnicas (autorización e inscripción registral) son recogidas en el Proyecto de Decreto respecto a las explotaciones de nueva instalación, ampliaciones de las existentes, cambios de orientación y de titularidad (artículos 6 y ss.) si bien, como señaló este Consejo Jurídico en su Dictamen núm. 137/2007, sobre el Proyecto de Decreto por el que se establece la ordenación de las explotaciones cunícolas, la regulación proyectada parece confundir ambas técnicas o, como mínimo, no se han articulado correctamente en el texto, de forma que aparezcan claramente diferenciadas. Téngase en cuenta, como se indicó en aquel Dictamen, que la autorización constituye un control administrativo previo de actividades de naturaleza privada, pero susceptibles de incidir en el interés general, a diferencia de la inscripción en el Registro, cuya finalidad es esencialmente informativa, como especifica claramente el artículo 3.2 del RD 479/2004.

Sin embargo, antes de ahondar en la observación indicada, conviene partir del examen de la incidencia que haya podido tener sobre la LSA la entrada en vigor de la normativa relativa al libre

acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en el mercado interior sobre la exigencia de la correspondiente autorización previa.

1. Adecuación de la autorización a la normativa sobre el libre acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio.

La Ley 17/2009 ha incorporado, parcialmente, al Derecho español la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

En particular, dicha Ley pone énfasis en que los instrumentos de intervención de las Administraciones Públicas en este sector deben de ser analizados pormenorizadamente y ser conformes con los principios de no discriminación, de justificación por razones imperiosas de interés general y de proporcionalidad para atender esas razones. Por otro lado, exige que se simplifiquen los procedimientos, evitando dilaciones innecesarias y reduciendo las cargas administrativas a los prestadores de servicios. En tal sentido, se establece que el régimen de autorización sólo podrá imponerse cuando concurren las siguientes condiciones: no discriminación, necesidad, es decir, que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general, y proporcionalidad, en tanto no existan otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado (comunicación o una declaración responsable del prestador), hoy contenidas en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En relación con la previa autorización que se exige en el Proyecto de Decreto para las nuevas explotaciones, la ampliación de las existentes y los cambios de orientación productiva de las ya inscritas, cabe señalar que en el caso de los dos primeros supuestos (nuevas explotaciones y ampliación de las existentes) se encuentra habilitado el Proyecto por el artículo 36.1 LSA, que no ha sido modificada en este punto por la Ley 25/2009 (artículo 38), que a su vez adaptó la normativa estatal de rango legal a lo dispuesto en la Ley 17/2009, afectando a otros artículos de la LSA, pero no a los que atañen a la materia objeto del presente Proyecto.

Por tanto, queda justificada la autorización en los dos supuestos indicados, pues concurren las razones imperiosas de interés general para no excepcionar el régimen de autorización (artículos 5, en relación con el 3.11, de la Ley 17/2009), en tanto la autoridad competente ha de verificar, a través de la autorización previa, el cumplimiento de los requisitos exigibles en materia de bienestar

animal y las condiciones sanitarias, respondiendo a razones de salud pública y de protección de la seguridad y salud de los consumidores.

Por el contrario, como también se indicó en el Dictamen 137/2007, la autorización para los cambios de orientación productiva de las ya inscritas, siempre y cuando no tengan la consideración de ampliaciones (artículo 8.3 del Proyecto), además de no estar expresamente previstos en la normativa estatal (LSA) como sujetos autorización, carece de una justificación en el expediente acerca de la necesidad de someter dichos cambios a intervención previa, cuando quizás pudieran bastar otras técnicas de protección de interés general, a la vista de la documentación exigida, como la comunicación previa y la posterior inscripción en el Registro.

Respecto a los cambios de titularidad de las explotaciones, aunque no se citan en el artículo 5.6 como un supuesto sujeto a autorización, tampoco se dice expresamente en el articulado que baste con la comunicación previa para su inscripción, teniendo en cuenta, además, que se sujeta al mismo procedimiento que los supuestos sometidos a autorización (artículo 10.4), cuando debería ser distinto.

## 2. Deslinde entre los supuestos de autorización e inscripción.

A tenor de lo dispuesto en el 5.6 del Proyecto, obtenida la autorización en los supuestos requeridos, procederá su inscripción en el REOC, trámite este último que culmina los requisitos para poder desarrollar la actividad ganadera, de manera que la inscripción, tal y como aparece configurada en el texto, es consecuencia de la primera. Por lo tanto, en los casos en los que se exija la autorización previa, la resolución que se adopte por el titular del centro directivo, en caso de ser positiva, contendrá además un mandato de inscripción en el Registro indicado, lo que conlleva a la simplificación de trámites y que no se tenga que adoptar una resolución posterior ordenando su registro. Por el contrario, en los supuestos no sujetos a autorización, pero sí a inscripción (por ejemplo, el cambio de titularidad) la resolución que se adopte ordenará únicamente tal inscripción.

Sin embargo, en el artículo 10.4 (tramitación y resolución) se mezclan todos los supuestos (lo que están sujetos a autorización previa e inscripción, y sólo a inscripción), como si conllevaran los mismos trámites (no es comparable la comunicación de un cambio de titularidad con la autorización de nuevas explotaciones), sujetos, además, a un mismo plazo de resolución. Además, se dice que la resolución concederá o denegará la inscripción, ampliación, cambio de orientación productiva y cambio de titularidad en el REOC, omitiendo que en relación con las nuevas instalaciones la resolución no se limita únicamente a ordenar la inscripción en el Registro (como

figura en la redacción), sino también al otorgamiento de autorización, tras la comprobación de los requisitos de bienestar animal e higiénico sanitarios previstos en la citada norma.

Respecto a las ampliaciones de las explotaciones, se consideran como tales aquellas que supongan un aumento de más del 20% de los metros cuadrados disponibles e inscritos y/o el incremento de más del 20% del número de reproductores o animales de cebo autorizados e inscritos en el REOC (artículo 7). Pero si relacionamos tales porcentajes con la exigencia de autorización previa, cabría preguntar si las ampliaciones que no cumplieran tales requisitos estarían sujetas a autorización previa, o bastaría con su comunicación para su inscripción en el Registro. Es decir, el supuesto de las modificaciones menores que no alcancen dichos porcentajes no queda aclarado en el Proyecto.

#### IV. Documentación y simplificación administrativa.

En relación con el presente Proyecto de Decreto, se ha reiterado por los órganos preinformantes la necesidad de tener en cuenta en la regulación de los procedimientos de autorización e inscripción las medidas de simplificación documental, así como las posibilidades de utilización de las tecnologías de la información.

Como indicamos en el Dictamen 152/2011, esta cuestión ha de regirse por lo establecido, con carácter general, por el artículo 6.2,b) de la Ley 11/2007, que establece, entre los derechos de los ciudadanos, no tener que aportar datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas. También por lo previsto en la normativa regional sobre simplificación de procedimientos, citando a este respecto el Decreto regional 286/2010, de 5 de noviembre, y sus normas de desarrollo (Órdenes de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, de 28 de abril de 2011, por la que se establecen las condiciones de acceso a la plataforma de interoperabilidad de la Administración Pública de la Región de Murcia y de 24 de mayo de 2011, por la que se publica el catálogo de simplificación documental de la Administración Pública de la Región de Murcia).

En el procedimiento de elaboración, a resultas de observaciones de órganos consultados, se han suprimido algunos requisitos, acomodándose a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 286/2010, sobre la supresión de la obligación del interesado de aportar el Documento Nacional de Identidad o la cédula catastral.

Si bien es verdad que la documentación a aportar por el peticionario, ya suprimida en el borrador a sugerencia de otros informes, no es significativa a estos efectos también conviene

destacar que otras que permanecen en el texto (la aportación del contrato de arrendamiento de las instalaciones o la escritura pública de propiedad en el caso de las nuevas instalaciones) son documentos que pueden no encontrarse en poder de la Administración Regional, de ahí su exigencia; no obstante, algún requisito añadido, como la necesidad de que esté inscrita la escritura pública de titularidad en el Registro de la Propiedad, pudiera ser excesivo (se podría encontrar en trámite de inscripción o presentar problemas adicionales su regularización registral), considerando más acorde con el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 4,g) de la Ley 11/2007, que se recoja la exigencia de acreditar el título de adquisición.

De otra parte, respecto a las ampliaciones de las explotaciones de ovino y caprino que no excedan del porcentaje indicado (artículo 7 del Proyecto), como se indicó anteriormente, se desconoce si están sujetas a autorización y cuál es la documentación exigida en tal caso.

Respecto a los supuestos que se equiparan a los de nueva instalación, tales como las ampliaciones que superen un determinado porcentaje (artículo 7) o los cambios de orientación con nuevas construcciones (artículo 8), que reenvían, a su vez, a la documentación exigida por el artículo 6 para las nuevas instalaciones, debería especificarse que en tales supuestos no será exigible la documentación que esté en poder de la Administración regional (por ejemplo, si se trata de la misma persona jurídica, la Administración dispone ya una copia del Número de Identificación Fiscal).

También debería incorporarse, como hemos sugerido en otros Dictámenes, en los modelos de instancias que figuran en el Anexo, la previsión del consentimiento del interesado para recabar, incluso telemáticamente, sus datos en el caso de ser procedente.

V. La identificación individual de los animales de estas especies.

De la regulación proyectada (artículos 12 y ss.), se destacan los siguientes aspectos:

1. La configuración del registro de animales identificados individualmente.

El artículo 17 del Proyecto de Decreto crea el registro informático de animales identificados individualmente, adscrito y gestionado por la Dirección General correspondiente. En su regulación se establece que los obligados a comunicar tales datos lo harán por vía telemática, para lo que dispondrán de los medios informáticos y equipos de lectura electrónica.

Con ocasión del Dictamen 152/2011, ya se indicó, respecto a la obligación de comunicar electrónicamente a la Administración determinados datos, que habrá de tenerse en cuenta lo

dispuesto en el artículo 27 de la Ley 11/2007, en especial los apartados 1 y 6; el primero establece que los ciudadanos podrán elegir en todo momento la manera de comunicarse con las Administraciones Públicas, sea o no por medios electrónicos. El segundo (apartado 6) recoge la posibilidad que reglamentariamente las Administraciones Públicas puedan establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando sólo medios electrónicos, cuando los interesados se corresponden con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y la disponibilidad de los medios tecnológicos precisos.

Ciertamente la configuración como registro informático deriva de la normativa básica estatal (R.D. 947/2005), partiendo de la identificación electrónica de los animales de la especie ovina y caprina (artículo 13 del citado Real Decreto), que conlleva comunicarse mediante vía telemática, aunque no se justifica en el expediente que en los obligados concurren las circunstancias señaladas en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, es decir, dispongan de los medios tecnológicos precisos para dicha reglamentación, como prevé igualmente el artículo 61.1 del Decreto regional 302/2011, de 25 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Gestión Electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (publicado en el BORM de 29 de noviembre siguiente). En todo caso, el Proyecto habrá de tener en cuenta los requisitos previstos en la Ley 11/2007 para la validez de tales comunicaciones, particularmente que se pueda garantizar la constancia de la transmisión, y sus fechas, el contenido íntegro de las comunicaciones y la identificación fidedigna del remitente y el destinatario de la misma (artículo 27.3).

## 2. Suministro y distribución de los medios de identificación a los titulares de explotaciones.

El artículo 13.2 del Proyecto de Decreto establece que el suministro y la distribución de los medios de identificación a los titulares de las explotaciones será llevado a cabo por una entidad previamente autorizada por la Dirección General, que habrá de cumplir los cometidos que se recogen en el citado apartado: llevar un registro de distribución y remitir la información con periodicidad a la dirección general competente en materia de ganadería vía telemática. En este concreto aspecto se ha producido un cambio significativo en el Proyecto, pues ha pasado de ser distribuidos tales medios por la propia Administración, las ADS y por las entidades previamente autorizadas, a ser sólo ser distribuidos por estas últimas sin mayor justificación, y sin que tal previsión se contuviera en el texto sometido al trámite de audiencia.

De otra parte, la expresión “entidad” suscita ciertas dudas sobre su naturaleza (se trata de nuevos entes colaboradores o sólo empresas suministradoras) , y parece excluir de plano a las Agrupaciones de Defensa Sanitaria Ganadera, cuya normativa básica ha sido recientemente

aprobada (Real Decreto 842/2011, de 17 de junio), presentando cierta imprecisión su regulación en el texto (artículo 13), en comparación con otras normas autonómicas que han regulado de forma más completa estas entidades, creando incluso un registro (Decreto 183/2010, de 4 de noviembre de la Junta de Galicia, por el que se regula las entidades identificadoras para la prestación de servicios de identificación del ganado bovino, ovino y caprino y su registro oficial).

### 3. Responsabilidad de la identificación.

El artículo 14 establece que durante el transporte, desde la explotación de origen hasta la descarga en destino, el transportista es responsable solidariamente junto con el titular de la explotación de la identificación de los animales que traslade, en los términos establecidos en el presente Decreto y en el Real Decreto 947/2005, de 29 de julio.

Sin embargo, no cabe duda que el transportista tiene una serie de obligaciones, y las consiguientes responsabilidades en caso de incumplimiento, que se establecen en el artículo 47 LSA, tales como disponer de la correspondiente autorización e inscripción en el registro, además de cumplir las condiciones higiénico sanitarias para el traslado de los animales y llevar a bordo del vehículo la pertinente documentación de traslado.

Por otro lado, la obligación de identificar a los animales no recae en él, sino en el titular de la explotación, según recoge el primer párrafo del artículo 14 del Proyecto (también en la parte expositiva se refleja la obligación del ganadero de tenerlos debidamente identificados), por lo que hacer responsable al transportista de dicho cometido, de forma solidaria con el obligado, no se adecua a la normativa vigente:

- El Reglamento (CE) 21/2004, de 17 de diciembre, por el que se establece un sistema de identificación y registro de los animales de las especies ovina y caprina y se modifica el Reglamento (CE) núm. 1782/2003, obliga a los poseedores de los animales a llevar el registro con la información que figura en la Sección B del anexo, en el que se contendrá el código de identificación de cada animal, y a su vez han de cumplimentar el documento de traslado con la indicada información. Expresamente el artículo 5 de dicho Reglamento excluye a los transportistas de la precitada obligación (artículo 5). En igual sentido, la normativa española (R.D. 947/2005) hace recaer dicha obligación en el titular o poseedor del animal, exceptuando también al transportista (artículo 9).

- Conforme al artículo 10.1 del Real Decreto precitado, que se remite a su vez al R.D. 728/2007, de 13 de junio, todos los movimientos de ganado deberán estar amparados por un

documento de movimiento debidamente cumplimentado por el titular o poseedor de los animales, que recoja los datos mínimos establecidos. Este documento acompañará a los animales hasta la finalización del movimiento en la explotación de destino, estableciendo la obligación del titular de la explotación de hacer llegar una copia de cada movimiento al transportista y el original al titular de la explotación de destino o al poseedor de los animales.

En suma, sin perjuicio de las obligaciones del transportista, que en caso de incumplimiento serán sancionadas conforme a la normativa básica estatal, la identificación de los animales no le corresponde a él según lo expresado, por lo que habrá de modificarse la redacción de este artículo, de manera que se distingan las distintas responsabilidades.

**QUINTA.- Observaciones particulares al Proyecto del Decreto.**

1. Articulado y parte final.

- Artículo 1.

Se omite, en el objeto la regulación, la autorización en los supuestos previstos, pues las restantes finalidades sí están recogidas.

- Artículo 6.

En relación con las personas jurídicas, mientras en este precepto se recoge el NIF, en el artículo 9, sobre los cambios de titularidad, se hace referencia al CIF.

- Artículo 7.

Conforme se ha expresado en la Consideración Cuarta, III,2, no se aclara en el texto qué ocurre con las ampliaciones menores (las que no superan determinados porcentajes), es decir, cabría preguntarse si están sujetas a inscripción en el Registro o, por el contrario, no tienen relevancia a los efectos que nos ocupa.

- Artículo 9.

En el apartado 2 se establece que la presentación del cambio de titularidad se realizará en el plazo máximo de quince días hábiles, desde que tenga lugar el mismo, a través del correspondiente contrato de arrendamiento.

Con esta regulación parece que sólo se puede producir el cambio de posesión por medio de un contrato de arrendamiento, omitiendo otras vías de transmisión, como la compraventa.

- Artículo 10.

Conforme a lo señalado en la Consideración Cuarta, III, se deben distinguir los procedimientos de los supuestos sujetos a autorización e inscripción, de aquél (o aquéllos si se aceptara una sugerencia realizada a este respecto) en que sólo se exige la comunicación previa (cambio de titularidad). También se omite, respecto a la resolución que ha de adoptarse, la autorización de las nuevas instalaciones (sólo se recoge su inscripción).

- Artículo 11.

En este artículo se recogen una serie de supuestos que dan lugar a la cancelación de la inscripción en el Registro, pero no se hace referencia a que tales motivos pueden, igualmente, ser causa de revocación o extinción de las autorizaciones previas otorgadas en los supuestos que sean exigibles.

Por tanto, resultaría procedente comenzar el apartado 1, señalando que la revocación de la autorización, la suspensión temporal de la actividad y la baja y cancelación de la inscripción de una explotación, se producirá previa tramitación del correspondiente expediente (...). El título del artículo debería acomodarse a este contenido, al igual que el apartado 2 del mismo artículo.

- Disposición transitoria única.

Contiene el régimen aplicable a las explotaciones en funcionamiento con anterioridad, recogiendo que serán inscritas de oficio aquellas que tengan el correspondiente código REGA (Registro General de Explotaciones Ganaderas), así como que tendrán un plazo de 6 años para adaptarse al artículo 4, apartados 1. f) y h) y apartado 2. a), b), c) y e); pues bien, estas dos últimas letras (c y e) no existen en el apartado 2 del artículo al que se remite, por lo que habrá de ser corregido.

- Anexos.

En la última hoja de los Anexos, correspondiente a la documentación que se acompañará a la solicitud, la exigencia de la licencia de actividad no se acomoda a la redacción contenida en el artículo 6 del Proyecto.

## 2. Cuestiones de técnica normativa y correcciones gramaticales.

- En la parte expositiva, suprimir la coma en el siguiente párrafo del apartado quinto: “Dicha raza es suficientemente sensible, a la aplicación del bolo ruminal”, así como añadir “del” delante de Real Decreto 947/2005 en el penúltimo apartado.

- En el Artículo 4.1,h), debería comenzarse por un párrafo introductorio de este tipo o similar: “Deberán disponer de un Lazareto (...)”.

- En el artículo 5.6 debería suprimirse un espacio tras productiva, al igual que en el artículo 6.2, antes de “además”.

- En el artículo 11.1, debería alinearse el párrafo segundo en el apartado b) y suprimir la coma después del paréntesis en el apartado 1 (párrafo introductorio).

- En el artículo 12,2, quedaría más clara la redacción si se añadiera “y” delante de Real Decreto 1486/2009, pues hace referencia a las dos normas que han modificado la disposición anteriormente citada.

- En el artículo 13.1, se podría suprimir la primera vez que se utiliza la palabra “identificación”, quedando del siguiente modo: “Los códigos de los medios de identificación (...)”.

- En la Disposición transitoria única, apartado 2, convendría suprimir el espacio detrás del código REGA.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación suficientes para aprobar el Proyecto objeto de Dictamen, si bien habrá de ser completado el procedimiento de elaboración con la Memoria justificativa de la disposición por las razones recogidas en las Consideraciones Segunda, a) y Cuarta, I.

**SEGUNDA**.- En cuanto a la participación, no consta la intervención del Consejo Asesor Regional Agrario, ni tampoco del CAROPA.

**TERCERA**.- Se consideran observaciones esenciales las realizadas sobre los siguientes aspectos:

- El deslinde en el articulado entre el procedimiento de autorización y de inscripción (Consideración Cuarta, III).

- La documentación y la simplificación administrativa (Consideración Cuarta, IV).

- La responsabilidad en la identificación individual de los animales de estas especies (Consideración Cuarta, V, apartado 3).

- Las observaciones realizadas a los artículos 9 sobre el cambio de titularidad, y al artículo 11 sobre la revocación de la autorización (Consideración Quinta, Observaciones particulares).

**CUARTA**.- Las demás observaciones contribuyen a la mejora e inserción del texto en el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 257-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios  
**Consultante** Consejera de Sanidad y Política Social (2011)  
**Fecha** 05/12/2011

**Extracto de doctrina**

Dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 14 de mayo de 2009, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud, por los daños que dice haber sufrido como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida de los servicios médicos dependientes de aquél.

Relata el reclamante que ingresó el 14 de mayo de 2008 en el Hospital Universitario “Santa María del Rosell”, de Cartagena, para ser intervenido al día siguiente de un divertículo de Zenker, mediante diverticulectomía y cricotiroidectomía. En el postoperatorio presentó vómitos, dolores esofágicos y faríngeos, así como sangrado. El 25 de mayo se le da el alta hospitalaria y se le cita al mes siguiente para revisión con el cirujano interviniente.

En la revisión de 24 de junio se le prescribe un tránsito intestinal, para verificar el resultado de la intervención realizada, que se le practica el 29 de julio. Afirma el reclamante que, desde el mes de junio, su estado de salud se había deteriorado, y presentaba respiración dificultosa, disfagia, odinofagia, palidez, delgadez, apatía y depresión.

Vuelve a consulta del cirujano el 12 de agosto a fin de que le informase del resultado de la prueba diagnóstica, prescribiéndosele una gastroscopia de urgencia, que revela una “*compresión extrínseca sobre esófago cervical*”, con recomendación de valorar el origen de la posible compresión con técnica de imagen. Ese mismo día, el cirujano le indica que, al haberse observado una bolsita de líquido o similar, que no se podía precisar, se le debía intervenir de nuevo, por lo que se le hacen dos radiografías y queda ingresado en el Hospital.

El 13 de agosto se le practica una cervicotomía exploradora y endoscopia intraoperatoria, que no permite localizar la causa de la disfagia, más allá de la existencia de un hematoma organizado de unos 4-5 cms., en espacio cervical izquierdo. Se le informa por el cirujano que en unos días se le realizaría un escáner.

Al día siguiente de la intervención, tras quitarle la sonda naso-gástrica, sufrió vómitos, en uno de los cuales regurgitó una gasa comprimida y de forma ovalada.

Después de permanecer ingresado un total de quince días, recibe el alta hospitalaria el 26 de agosto de 2008.

En el informe de alta hospitalaria no se reseña dicho incidente, y sólo se señala que la evolución postoperatoria fue aceptable, salvo el drenaje, que se mantuvo por dos redones, y que desapareció al ser revisado por Hematología y cambiar de tratamiento.

El reclamante resume los hechos en los siguientes términos:

1.- Intervención quirúrgica, el 15 de mayo de 2008, para extracción de divertículo de Zenker, en el curso de la cual quedó negligentemente olvidada en el interior del paciente una gasa quirúrgica.

2.- Empeoramiento paulatino de su estado de salud, desde finales de junio, con acusada disfagia y odinofagia, a consecuencia de cuerpo extraño alojado en su interior.

3.- TEGD, practicada el 29 de julio de 2008, mediante la que se visualizó un hilo correspondiente a gasa alojada en su interior.

4.- Gastroscopia, realizada el 12 de agosto de 2008, que informó de compresión extrínseca sobre esófago cervical, causada por gasa alojada en interior.

5.- Intervención de urgencia de cervicotomía exploradora, practicada el 13 de agosto de 2008, a fin de localizar y extraer el cuerpo extraño (gasa alojada en interior), con resultado infructuoso por el posible desplazamiento del cuerpo extraño.

6.- Expulsión espontánea del cuerpo extraño por vía oral, en fecha 14 de agosto de 2008, durante estancia hospitalaria, y en presencia de testigos.

7.- Hospitalización de quince días, a causa de la innecesaria intervención practicada, dejando cicatriz de 19 grapas.

El reclamante solicita ser indemnizado por los daños y perjuicios que “se acrediten y cuantifiquen en la fase de alegaciones y prueba”, proponiendo como medios probatorios los siguientes: a) documental, consistente en la historia clínica correspondiente a los episodios relatados; b) testifical de dos personas y de los hijos del firmante; y c) pericial, consistente en la petición de informe a la Inspección Médica, valorativo de los hechos ocurridos.

Se adjunta al escrito de reclamación diversa documentación clínica y reportaje fotográfico en el que se aprecia la gasa expulsada y la cicatriz que muestra el paciente en el cuello.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, encomienda su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a trasladar al interesado la información prescrita por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Asimismo, tras comunicar la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Dirección de los Servicios Jurídicos y a la compañía aseguradora, se recaba del Hospital copia de la historia clínica del paciente e informe de los facultativos que le prestaron asistencia.

**TERCERO.-** Remitida la documentación solicitada, el informe del cirujano se expresa en los siguientes términos:

*“Paciente con antecedentes de Tiroidectomía total, herniorrafia derecha y trombocitemia esencial en tratamiento con antiagregantes que acudió a consulta externa por presentar disfagia orofaríngea de meses de evolución encontrando en las exploraciones realizadas (endoscopia y TEGD) divertículo de Zenker.*

*Fue intervenido el 15/05/08 a través de cervicotomía lateral izquierda, encontrando múltiples adherencias por cirugía previa, se practicó disección laboriosa (por sangrado profuso) del divertículo, diverticulectomía con endograpadora de 3,5 y cricotiroidectomía y revisión de la hemostasia dejando un drenaje aspirativo.*

*En el postoperatorio el paciente presentó un hematoma de la herida a pesar del drenaje y probablemente relacionado con la alteración plaquetaria. No obstante, la evolución aunque lenta*

*fue satisfactoria tolerando la alimentación oral, siendo dado de alta el día 25/05/08 afebril y con buena tolerancia oral.*

*El paciente fue revisado en consulta externa el 24/06/09 no refiriendo el paciente disfagia y se solicita un TEGD de control (a mi juicio es una exploración útil para evaluar la situación postoperatoria y es menos agresiva/molesta que la endoscopia). El informe del TEGD, que se realiza el 29/07/09 y que me enseñan el día 12/08/09 dice "... esófago con cambios posquirúrgicos a nivel de la unión faringoesofágica junto a retención de contraste y calibre dentro de la normalidad en el resto del estudio".*

*El día 12/08/09, estando de guardia, acude el paciente al hospital por encontrarse desde hacía 15 días mal con fiebre, disfagia intermitente, trayendo el mencionado TEGD. Se remite a consulta externa para que le soliciten una endoscopia urgente. Se realiza un esofagogastroscoopia que informa de compresión extrínseca en esófago desde 22 a 24 cm con mucosa normal dejando pasar el endoscopio sin forzar. Con la sospecha de hematoma sobreinfectado a nivel del esófago cervical, dado el antecedente de la intervención próxima, le comento al paciente la conveniencia de explorarlo en quirófano. Se realizan radiografías de tórax, analítica y ECG preoperatorios y, puesto que el enfermo había comido tras realizar la endoscopia, se decide posponer la cirugía para guardar las preceptivas horas de ayuno.*

*Es reintervenido el día 13/08/09 a través de cicatriz previa, encontrando intensa fibrosis por cirugía previa, hematoma en espacio cervical izquierdo, al no encontrar otra causa, se realiza nueva endoscopia intraoperatoria (por el mismo endoscopista, Dr. x) describiendo hallazgos similares a la preoperatoria y no coincidiendo la compresión que describe con el esófago cervical ni con la zona de la diverticulotomía. Se decide cerrar la cervicotomía tras revisar la hemostasia, dejando dos drenajes aspirativos y una sonda nasogástrica.*

*El paciente pasa a reanimación, porque no hay camas en la planta de hospitalización. A la mañana siguiente cuando voy a ver al enfermo le cuento lo que ha pasado durante la intervención y que dada la ausencia de hallazgos es conveniente hacerle pasado unos días un TAC.*

*El 2º día postoperatorio al quitarle la SNG el paciente presenta vómitos expulsando en uno de ellos cuerpo extraño que corresponde a una gasa (que no se visualizó en ninguna de las endoscopias realizadas 48 horas antes, ni en la exploración quirúrgica). Tras este episodio se reinstaura la alimentación oral que es tolerada, sin evidenciarse fístula cervical (no salida de saliva o contenido alimenticio por drenajes). Se realiza TAC en el que se evidencian cambios postquirúrgicos, sin evidenciarse fístula esofágica.*

*El paciente, igual que en la intervención previa, tiene un problema de hemorragia que recogen los drenajes, es valorado por hematología que modifica el tratamiento disminuyendo el débito por los drenajes que se retiran el día 24/08/09.*

*El paciente es dado de alta el día 26/08/09 afebril, con dieta blanda que tolera y herida en buen estado.*

*El paciente es revisado en consulta externa el 07/10/08 no presentando disfagia y sí ligera disfonía ocasional, se solicita un TAC.*

*Nuevamente revisado el 28/10/08 tras realizar TAC que no muestra alteraciones en relación con la cirugía previa, el paciente se encuentra asintomático y con mejoría de la disfonía. Se le cita en 6 meses para solicitar endoscopia y el paciente no acude a esa cita”.*

**CUARTO.-** Por el órgano instructor se acuerda admitir las pruebas propuestas por el interesado, salvo la testifical, que considera innecesaria, al constar los hechos descritos en la historia clínica e informes de los facultativos intervinientes. Dicho acuerdo se notifica al Letrado del reclamante el 20 de noviembre de 2009.

**QUINTO.-** Por la aseguradora del Servicio Murciano de Salud se aporta dictamen pericial sobre el contenido de la reclamación, en el que tras relatar el objeto de la misma, y formular las oportunas consideraciones médicas, se concluye que la intervención de divertículo de Zenker que se realizó al paciente fue correcta y que la técnica quirúrgica que se utilizó determina que en ningún momento se abriera el esófago. De hecho, tras la operación, no refiere disfagia, tolera la nutrición oral y el estudio radiológico que se le realiza es normal. Cuando tres meses después de la operación, el paciente sufre mal estado general y fiebre alta, se le realiza endoscopia digestiva y exploración cervical que, si bien desvelaron la existencia de una compresión extrínseca (desde fuera de la pared) del esófago y un hematoma cervical, no permitieron apreciar ningún cuerpo extraño. No obstante, la gasa expulsada por el paciente no le ha dejado secuelas.

Concluye afirmando que la actuación de los profesionales intervinientes, fue conforme a "la lex artis".

**SEXTO.-** Recabado el preceptivo informe del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales (Inspección Sanitaria) se evacua el 1 de abril de 2011, con el siguiente juicio crítico:

*“Se realizó una primera intervención en mayo. 2 meses más tarde ingresó por molestias deglutorias y fiebre. Sospechando colección no identificada reintervienen. En la gastroscopia que exploró esófago, estómago y duodeno realizada el 12 de agosto de 2008, no se observan lesiones en la mucosa, ni otras anomalías más que una compresión extrínseca en esófago cervical sobre cara posterior. La gasa que se menciona es necesariamente posterior a ese momento. No pudo por consiguiente ser origen de las molestias o fiebre por las que el paciente consultó. Si, según se dice, se expulsó tras esfuerzos de vómito el día siguiente a la cirugía, el margen de tiempo en que podría haber causado daño se limita al día de la cirugía de agosto y al día siguiente, y no se aprecia posibilidad de lesión por esa causa, se mantenga o no ese cuerpo extraño en el trayecto gastroesofágico (no debe estar)”*.

La conclusión de la Inspección Médica es que *“no se aprecia daño”*.

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, no hacen uso del mismo, al no constar en el expediente la aportación de justificación o documentación adicional alguna.

**OCTAVO.-** El 20 de julio de 2011, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 10 de agosto de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. La reclamación ha sido presentada por quien sufre en su persona los daños imputados a la atención sanitaria recibida, todo ello a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en cuanto titular del centro hospitalario y del servicio público de asistencia sanitaria a cuyo funcionamiento se imputan los daños.

2. Presentada la reclamación el 14 de mayo de 2009 y habiéndose prestado la asistencia sanitaria a la que se imputan los daños el 15 de mayo de 2008, es evidente que aquélla ha sido interpuesta dentro del plazo anual que el artículo 142.5 LPAC señala para la prescripción del derecho a reclamar, máxime porque el *dies a quo* de la aludida prescripción sólo comienza una vez alcanzada la curación de los daños físicos sufridos o la estabilización de las secuelas, fecha que en el supuesto sometido a consulta cabría identificar con el 28 de octubre de 2008, cuando el paciente ya no muestra alteraciones en relación con la cirugía previa y se encuentra asintomático.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP. Del mismo modo, debió requerirse al interesado para que procediera a la evaluación del daño que decía haber sufrido, conforme a lo establecido en el artículo 6.1 RRP, toda vez que en el escrito de reclamación inicial demoraba esta cuantificación a la fase de instrucción del procedimiento.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada "*lex artis ad hoc*" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la Ley General de Sanidad y Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y de documentación clínica); 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiéndole al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

Para el reclamante la causa del daño se encuentra en el olvido de una gasa quirúrgica en el interior de su organismo, con ocasión de la intervención a que fue sometido el 15 de mayo de 2008 para tratar el divertículo esofágico que presentaba. Como consecuencia de la presencia de ese cuerpo extraño en su interior, el paciente habría sufrido diversas molestias (disfagia o dificultad para tragar, y odinofagia o dolor de garganta asociado a la acción de tragar) durante el tiempo transcurrido entre dicha intervención y su expulsión espontánea, obligándole, además, a someterse a diversas pruebas diagnósticas y a una cirugía exploratoria, para poder recuperar su salud.

Sin embargo, la historia clínica y los informes obrantes en el expediente alumbran otra realidad. En efecto, tanto la Inspección Médica como los peritos de la aseguradora del Servicio Murciano de Salud consideran imposible que la gasa quedara alojada en el interior del tubo digestivo del paciente con ocasión de la primera intervención, y ello por los siguientes motivos:

a) La técnica quirúrgica utilizada consiste en disecar el divertículo y, posteriormente, resecarlo mediante una grapadora mecánica. La utilización de este instrumento *“hace que en ningún momento se abra el esófago, por lo que es imposible en esta cirugía que se pueda introducir ningún cuerpo extraño en su interior”* (Dictamen de la aseguradora, folio 125 del expediente).

b) En el postoperatorio no se aprecian trastornos deglutorios al alta hospitalaria (el 25 de mayo) ni en la primera revisión en consultas externas de cirugía un mes más tarde, el 24 de junio de 2008.

c) Las molestias deglutorias y la fiebre aparecen en agosto, casi tres meses después de realizarse la intervención. A partir de este momento se le realizan diversas pruebas diagnósticas que no revelan la existencia de la gasa en el tracto digestivo del paciente. Así:

- Gastroscopia de 12 de agosto de 2008, que informa de compresión extrínseca sobre cara posterior del esófago. No se hace mención alguna a presencia de hilos o gasas en el interior del esófago. De hecho en el informe endoscópico se recomienda *“valorar origen de la posible compresión con técnica de imagen”*.

- Cervicotomía exploradora y endoscopia intraoperatoria, ambas de 13 de agosto, que únicamente muestran intensa fibrosis cervical por anteriores intervenciones y hematoma organizado de unos 4-5 centímetros, en espacio cervical izquierdo, “*no evidenciándose en la exploración cervical otra causa que justifique la disfagia*”.

En consecuencia, si la gasa no estaba en el tracto digestivo del paciente el día 13 de agosto, debió introducirse con posterioridad. Debe añadirse que no pudo hacerlo a través de las paredes del esófago, que no mostraban fístula alguna en las pruebas realizadas.

La gasa se expulsa espontáneamente (vómito) por el paciente el segundo día postoperatorio, cuando se retira la sonda nasogástrica, presentando desde entonces buena tolerancia a la alimentación oral, sin evidenciarse fístula cervical (no sale saliva ni contenido alimenticio por los drenajes de la herida quirúrgica, según informe del cirujano) ni esofágica, según TAC de control.

Concluye la Inspección Médica que no se aprecia en el paciente que la indebida presencia, durante un máximo de dos días, de la gasa en su tracto digestivo le causara lesión alguna, siendo expulsada de manera espontánea tras retirar la sonda, por lo que tampoco fue necesario reintervenirle para su extracción. Y es que, si bien es obvio que el olvido de una gasa en el interior del cuerpo del paciente es una acción que evidencia una mala praxis, lo cierto es que de ella no se ha acreditado que se derivara daño alguno para la salud del hoy reclamante.

Por otra parte, la hospitalización del paciente y los perjuicios estéticos en forma de cicatriz que le restan en su cuerpo no serían imputables a la presencia del cuerpo extraño, como tampoco las molestias que dice haber sufrido días antes de acudir a urgencias en agosto de 2008. Tales daños han de vincularse causalmente a la situación basal del paciente y a la evolución postquirúrgica tras la resección del divertículo esofágico (para el cirujano que realiza la cervicotomía exploratoria la disfagia sería debida al hematoma que presentaba el paciente, con patología hematológica previa), sobre cuya indicación y realización la aseguradora del Servicio Murciano de Salud afirma que fueron plenamente ajustadas a la *lex artis*, y sin que el reclamante haya acreditado lo contrario.

Corolario de lo expuesto es que procede la desestimación de la reclamación formulada al no concurrir todos los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial, singularmente un daño antijurídico imputable al funcionamiento del servicio público sanitario.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciarse la concurrencia de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 258-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar  
**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2011)  
**Fecha** 05/12/2011

**Extracto de doctrina**

Cuando los hechos se producen fortuitamente, sin que concurren elementos adicionales generadores de riesgo, como un defecto en las instalaciones o la realización de actividades programadas y ordenadas que, por su propia naturaleza, exijan una mayor vigilancia por parte de los profesores, no existe la conexión con el servicio público educativo que es necesaria para reconocer la pretendida indemnización.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante oficio de 28 de enero de 2010, la Directora del Colegio de Educación Infantil y Primaria “Pascual Martínez Abellán”, de Pliego (Murcia), remitió a la Consejería de Educación, Formación y Empleo un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial presentado por x, por daños patrimoniales (100 euros) sufridos el 15 de diciembre de 2009 a consecuencia del accidente de su hijo, x, en el citado colegio, que imputa a la Administración regional.

El reclamante relata los hechos del siguiente modo: *“El niño se encontraba en el aula de Educación Musical con la maestra y el tutor, ensayando el villancico de Navidad; la silla resbaló y el niño se dio contra la mesa rompiéndose los dientes”.*

El reclamante aportó factura de una clínica dental por el importe reclamado, así como copia compulsada del Libro de Familia acreditativo del parentesco que le une con el menor accidentado.

Junto a la citada reclamación, la Directora del centro remite a la Consejería un *“informe de accidente escolar,”* de 28 de enero de 2010, en el que señala que el día 15 de diciembre de 2009, a las 11 horas, el citado alumno sufrió rotura de dos dientes, estando presentes los compañeros de clase, la profesora de música y el tutor, siendo los hechos los siguientes: *“estaba sentado, resbaló la silla y se dio con la boca en la mesa”*

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designado instructor mediante Resolución del Secretario General de la Consejería consultante, aquél solicita del Centro Educativo la emisión de nuevo informe en el que se indique si en el accidente pudo concurrir algún tipo de descuido o negligencia por parte del personal docente, o alguna deficiencia en las instalaciones o mobiliario (especialmente la silla y mesa implicadas en el accidente), o alguna conducta inadecuada del alumno accidentado o de alguno de sus compañeros. El requerimiento es atendido por la Directora mediante el envío de informe en el que se indica lo siguiente:

*“...el niño estaba sentado, resbaló la silla y se dio con la boca en la mesa rompiéndose los dos incisivos superiores.*

*Le informo que en la caída del citado alumno no concurrió ningún tipo de descuido o negligencia por parte de la maestra durante la clase de Educación Musical (además en ese momento se ensayaba el villancico de Navidad y el tutor del curso al que pertenece el alumno se encontraba apoyando a la profesora), ni hubo ninguna deficiencia en las instalaciones o mobiliario del centro (ni sillas ni mesas implicadas en el accidente), ni hubo conducta inadecuada del alumno accidentado o de sus compañeros. El accidente fue casual”.*

**TERCERO.-** Concedido trámite de audiencia al interesado mediante oficio de 4 de junio de 2010, no consta la comparecencia ni presentación de alegaciones de aquél.

**CUARTO.-** Seguidamente se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos y los daños por los que se reclama indemnización; propuesta de resolución que, remitida a este Consejo Jurídico en unión del expediente y su extracto e índice reglamentarios, en solicitud de su preceptivo Dictamen, es el objeto del presente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la ley 2/1997, de 19 de mayo, del

Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.**

I. La acción indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de un año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

II. El reclamante, al sufrir los perjuicios económicos (gastos de reparación dental) imputados a la actuación administrativa, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva de la titularidad pública predicable de la actividad educativa con ocasión de la cual se produce el accidente.

III. La tramitación realizada se ajusta, en lo sustancial, a lo establecido en la LPAC y RRP para esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Según el artículo 139 LPAC, cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley.

Ahora bien, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter marcadamente objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no

contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

En lo que respecta a la posible incardinación del hecho lesivo en el marco de la actividad administrativa, también ha tenido ocasión de pronunciarse el Consejo de Estado en relación con daños producidos con ocasión de tropiezos o caídas en centros escolares, considerando que, en estos supuestos, cuando los hechos se producen fortuitamente, sin que concurren elementos adicionales generadores de riesgo, como un defecto en las instalaciones o la realización de actividades programadas y ordenadas que, por su propia naturaleza, exijan una mayor vigilancia por parte de los profesores, no existe la conexión con el servicio público educativo que es necesaria para reconocer la pretendida indemnización (entre otros, Dictamen 2099/2000). Doctrina también compartida por este Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes similares al presente (entre otros, los números 3/2007 y 267/2010).

En definitiva, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es preciso que concorra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño existe, se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

Así, como señala la propuesta de resolución, la causa directa de la rotura de los dientes no tiene su origen en un elemento extraño o ajeno al desenvolvimiento ordinario de la vida escolar, sino que la caída en cuestión es una circunstancia accidental, incontrolable e imprevisible, súbita, que forma parte de los sucesos cotidianos e inevitables en el centro. En este sentido, no se han destacado por los funcionarios, ni tampoco existen alegaciones del reclamante al respecto, hechos o circunstancias extraordinarias imputables a la Administración, entre ellas la de posibles deficiencias en el mobiliario, que concurrieran o intervinieran de forma decisiva en el resultado lesivo, o que coadyuvaran significativamente a la producción de la caída y rotura dental.

Por todo ello, no concurre un nexo causal jurídicamente adecuado entre el daño por el que se reclama y el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de Dictamen, por no ser el daño por el que se reclama imputable a la Administración regional, al no existir relación de causalidad jurídicamente adecuada entre el mismo y el funcionamiento de sus servicios públicos.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 259-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad  
**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2011)  
**Fecha** 05/12/2011

**Extracto de doctrina**

Corresponde al reclamante la carga de probar los hechos en los que basa su reclamación (artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 1 de julio de 2009 (registro de entrada), x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería competente en materia de carreteras, en la que expone lo siguiente:

El 8 de noviembre de 2008, a las 10 horas, su cónyuge conducía el vehículo Ford Mondeo, matrícula --, por la carretera F-26, dirección Los Alcázares hacia Balsicas, concretamente a unos 100 metros de distancia de la rotonda en la que se conecta con la carretera F-35, cuando tuvo un percance por la existencia de un bache de grandes dimensiones, que no pudo esquivar por motivos de tráfico y carecer de arcén, ocasionando daños al vehículo en la cubierta, llanta de aluminio, amortiguador, etc., cuya reparación ha costado 556,94 euros.

Para acreditar tales hechos, aporta la siguiente documentación:

- Denuncia formulada ante el Puesto de la Guardia Civil en Los Alcázares el día 13 de noviembre de 2008 (5 días después del accidente).
- Fotografías del bache y del vehículo accidentado.
- Factura de reparación de 3 de diciembre de 2008, por el importe reclamado.
- Permiso de circulación del vehículo a nombre del reclamante.

**SEGUNDO.-** Requerido éste para que subsane las deficiencias advertidas en el escrito de reclamación y mejore su solicitud, entre otros aspectos con la acreditación de la relación de

causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, presenta escrito el 18 de agosto de 2009, aportando la documentación que consta en los folios 21 a 40.

**TERCERO.-** La Sección de Conservación I de la Dirección General de Carreteras emite informe el 7 de septiembre de 2009, en el sentido de señalar, entre otros aspectos, los siguientes:

- No se ha tenido conocimiento del evento lesivo hasta la presente reclamación de responsabilidad patrimonial.

- No se ha tenido constancia de sucesos similares en este tramo por las mismas circunstancias.

- No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

- El día 11 de noviembre se bacheó la carretera RM-F26 con la brigada de conservación de Cartagena y en diciembre de 2008 se realiza en este tramo un refuerzo del firme con mezcla bituminosa en caliente.

- El tramo de carretera, con buena visibilidad, no tiene ninguna señalización que merezca significar en relación con el evento lesivo, salvo la señal vertical de limitación de velocidad a 60 Km./h. a unos 50 metros del lugar del accidente.

- No se pueden valorar los daños causados. La factura que se presenta tiene fecha de 3 de diciembre de 2008.

- No existen aspectos técnicos para determinar la producción del daño.

- Pudiera considerarse el suceso como una actuación inadecuada de la conductora, dado que a 60 Km./h. y con buena visibilidad se puede advertir el estado de la calzada y adecuar la conducción al firme.

**CUARTO.-** Otorgado un trámite de audiencia al reclamante, no consta que haya comparecido, ni formulado alegaciones.

**QUINTO.-** La propuesta de resolución, de 26 de julio de 2011, desestima la reclamación presentada por la falta de acreditación del nexo de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

**SEXTO.-** Con fecha 21 de septiembre de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración Regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo de reclamación y procedimiento.**

1. El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 31.1,a) de la misma Ley.

En cuanto a la legitimación pasiva queda acreditado en el expediente que la carretera donde supuestamente tuvo lugar el siniestro es de titularidad autonómica (RM-F26), según indica el informe de la Sección de Conservación I de la Dirección General de Carreteras.

2. Asimismo, la acción indemnizatoria se ha ejercitado por el reclamante dentro del plazo de un año desde que se produjo el accidente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC.

3. Por último, el procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería consultante se ha ajustado a lo dispuesto en los artículos 6 y siguientes RRP (Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo), salvo en lo concerniente al plazo para resolver la reclamación, que ha rebasado en exceso los tiempos prudenciales para ello, habiéndose detectado una larga paralización del procedimiento desde el otorgamiento del trámite de audiencia al interesado (23 de septiembre de 2009) hasta la propuesta de resolución (26 de julio de 2011), no justificada por la complejidad de las actuaciones instructoras.

### **TERCERA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.**

El artículo 139.1 LPAC establece, con carácter general, que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Por tanto, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 21 de abril y de 20 de mayo de 1998), los siguientes: que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o en el padecimiento del daño, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.

Veamos la aplicación de estos requisitos al presente supuesto:

1) Daño en sus bienes, real, concreto y susceptible de evaluación económica.

El interesado ha acreditado la existencia de unos daños en el vehículo de su propiedad con la factura de un taller de reparación, expedida el 3 de diciembre de 2008, en concepto de reparación de llanta de aluminio, cubierta de rueda, amortiguador delantero izquierdo, equilibrado de rueda y alineado de dirección.

2) Funcionamiento de los servicios públicos y el nexo causal con el daño producido.

Por el contrario, el reclamante no ha podido probar que la causa de los daños alegados se encuentre en la existencia del socavón en la carretera denunciada y, por tanto, sea imputable al servicio de conservación de carreteras. Y es que la mera existencia del daño y la constatación de la realidad del socavón en el lugar indicado por el reclamante no permiten considerar acreditado que el daño se produjera, precisamente, por circular sobre el firme defectuoso.

Tampoco permite dar por probada la relación de causalidad que la conductora presentara una denuncia ante el Puesto de la Guardia Civil en Los Alcázares el 13 de noviembre de 2008 (5 días después de ocurrir los hechos según la parte reclamante), ni el mero reconocimiento por parte del informe del centro directivo competente de que el tramo de la carretera citada por el reclamante se bacheó el 11 de noviembre del mismo año, pues no existe ningún dato en el expediente que permita situar a la conductora en la fecha y en el lugar indicado, como reconoce el informe de la Sección de Conservación al afirmar que “no existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras”.

Por todo ello, no resulta acreditado que el evento lesivo ocurriera en el lugar donde el reclamante señala, ni que los daños fueran causados por el estado de la vía por donde circulaba, ya que la diligencia de comparecencia (folio 12) ante el Puesto de la Guardia Civil en Los Alcázares se limita a recoger las declaraciones de la conductora, pero no se proponen testigos que pudieran corroborar sus manifestaciones, al igual que se destacó por este Consejo Jurídico en los Dictámenes 7/2000 y 35/2009. A este respecto ha de tenerse en cuenta que corresponde al reclamante la carga de probar los hechos en los que basa su reclamación (artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

A lo anterior se suman otras circunstancias, que ahondarían en la falta de acreditación de la necesaria relación de causalidad entre la omisión del deber de conservación de la carretera por parte de la Administración regional y el evento lesivo:

a) La reparación del vehículo se realizó casi 20 días después de que ocurriera el accidente, según expone la parte reclamante, conforme a la factura aportada.

b) La reclamación se presentó ante la Consejería competente de carreteras siete meses después de ocurrir los hechos, sin que dicho centro tuviera conocimiento del accidente.

c) El reclamante tampoco se ha personado durante el trámite de audiencia para rebatir las consideraciones del informe de la Sección de Conservación de Carreteras, sobre una actuación inadecuada de la conductora, a la vista de la visibilidad existente y la limitación de la velocidad.

Por tanto, el hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no exime del imprescindible nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño, como han puesto de manifiesto la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 2582/98, de 16 de julio) y pronunciamientos judiciales, entre ellos, la Sentencia de 13 de junio de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Fundamento Jurídico Tercero). En el presente supuesto hay ausencia de prueba de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y el daño alegado, lo que conduce a desestimar la reclamación, al igual que se recomendó en nuestros Dictámenes núms. 99 y 128 del 2004, 23 y 105 del 2005, y 127 del 2010, entre otros.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.** -Se dictamina favorablemente la propuesta desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, al no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 260-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios  
**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)  
**Fecha** 05/12/2011

**Extracto doctrina**

1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral “Aprepitant”, asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.
- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada al afectado según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó tratamiento oncológico, suministrada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dió traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los*

*medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que “*efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente x, y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 26 años.*

*Antecedentes personales: No alergias medicamentosas conocidas. No patología previa.*

*Enfermedad oncológica:*

*Diagnóstico: Linfoma Hodgkin subtipo esclerosis nodular.*

*Estadio: IIA.*

*Fecha del diagnóstico: Noviembre-2005.*

*Tratamiento de la neoplasia: Quimioterapia con esquema ABVD entre enero-06 y abril-06 (4 ciclos) y posteriormente radioterapia sobre campo afecto, obteniendo respuesta completa. En Enero 2007 se objetiva recaída de su enfermedad (afectación mediastínica y pulmonar) por lo que se decidió quimioterapia de rescate con esquema DHAP. Se administró quimioterapia DHAP (cisplatino 100 mg/m<sup>2</sup>, día 1; citarabina 2 gr/m<sup>2</sup>/12 horas, días 2 y 3; dexametasona 20 mg iv días 1-4; cada 21 días) entre el 6 y el 9/3/07. Toxicidad 1º ciclo (15/01/07): anemia y trombopenia que precisaron transfusión de hematíes y plaquetas. 2º ciclo de quimioterapia DHAP (05/02/07) con toxicidad similar al previo. Posteriormente, aféresis de PHSP. Se administró un tercer ciclo de DHAP el día 09/03/07.*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de cisplatino:*

*Situación en el momento de la administración del tratamiento:*

*Fecha de administración: 09/3/2007.*

*Dosis total prescrita: 165 mg.*

*Toxicidad aguda (máxima):*

- *Digestivo: Náuseas y vómitos grado 2.*
- *Mielotoxicidad: Neutropenia grado 4. Trombopenia grado 4, que requirió transfusión de plaquetas.*
- *Ototoxicidad: No.*
- *Nefrotoxicidad: No.*
- *Neurotoxicidad: No.*
- *Otras toxicidades: No.*

*Ingreso hospitalario: No.*

*Evolución posterior y situación actual:*

*Evolución de la neoplasia: El paciente no alcanzó respuesta completa por lo que posteriormente recibió 2 líneas más de tratamiento con quimioterapia sometándose a trasplante autólogo de progenitores hematopoyéticos de sangre periférica el 05/09/07 en recaída resistente a quimioterapia.*

*Toxicidad crónica o residual:*

*Ototoxicidad: No.*

*Nefrotoxicidad: No.*

*Neurotoxicidad: No.*

*Otras toxicidades: Disfunción respiratoria severa post-trasplante autólogo de origen multifactorial.*

*Situación actual: 2ª remisión completa de su enfermedad.*

*Juicio diagnóstico:*

*- Linfoma Hodgkin subtipo esclerosis nodular, estadio II-A, tratado con quimioterapia y trasplante autólogo de progenitores hematopoyéticos de sangre periférica.*

*- Toxicidad por cisplatino residual: NO".*

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cisplatino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal del paciente por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre los hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 18 de noviembre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, de 23 de octubre de 2009, de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presentó el paciente con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que en este caso no hay seguridad de que se realizara la sobredosis en el ciclo suministrado el día 14 de marzo de 2007. También que los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de este paciente presentó como toxicidad aguda náuseas y vómitos grado 2, así como Mielotoxicidad (Neutropenia y Trombopenia grado 4 que requirió transfusión de plaquetas). También que no presentó toxicidad residual ni secuelas.

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que valoró el daño causado en la cuantía de 458,26 euros.

Dicho importe se desglosa valorando un periodo de incapacidad temporal, que asciende a 705,01 euros por 7 días improductivos (a 50,35 euros por día), y 13 no improductivos (a 27,12 euros por día), sin que se determinen secuelas pues no se advierte toxicidad residual. El importe así obtenido se aminora en un 35%, es decir, en la cuantía de 246,75 euros por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino.

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cisplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta que el paciente formulara alegaciones.

**DUODÉCIMO.-** Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recibe, y que de ser

incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**DECIMOTERCERO.-** La propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (305 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (153 euros), más los intereses legales correspondientes.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 1 de julio de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la

Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que el paciente recibió ciclo de quimioterapia con Cisplatino en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cisplatino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la

responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad

puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 18 de noviembre de 2009).

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

#### **CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un error de medicación, al suministrar a 25 pacientes afectados de procesos oncológicos una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino.

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso "registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos".

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación, etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el precitado informe de 18 de noviembre de 2009 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a prueba de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

**QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.****I. Relación de causalidad.**

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”*.

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”*. También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección *“en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%”* (informe de 23 de octubre de 2009). De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo

a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, si no imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro, que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de

errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento. Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

**SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 458 euros al afectado, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Por parte del interesado no se han presentado alegaciones ni, por tanto, se ha cuestionado la cuantía indemnizatoria propuesta. Encontrándose justificada la fijada por el órgano instructor, salvo la aplicación de un coeficiente reductor del 35 % por la toxicidad intrínseca del Cisplatino que debe ser motivado, este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente al afectado, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA.-** No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio

Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad (Consideración Quinta).

**TERCERA**- La cuantía indemnizatoria se considera justificada, salvo la cuestión suscitada en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 261-2011**

**Asunto** Revisión de Oficio instada por x, relativa a la liquidación del impuesto sobre Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.  
**Consultante** Consejera de Economía y Hacienda (2008)  
**Fecha** 12/12/2011

**Extracto doctrina**

El Consejo Jurídico ha venido señalando (por todos, Dictamen 25/2008) que la hipotética falta de notificación del acto impugnado no lesiona el contenido esencial de un derecho susceptible de amparo constitucional, más en concreto, del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución. Y ello porque la extensión de tal derecho al ámbito administrativo sólo es admitida por el Tribunal Constitucional para el caso de que se esté ante procedimientos sancionadores, como destacó este Consejo Jurídico en los Dictámenes 19 y 20 de 1999.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 24 de febrero de 2005 se suscribe escritura pública de segregación y venta rústica entre x, de una parte, y de otra x, y.

El 5 de abril, x presenta autoliquidación correspondiente al Impuesto sobre Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en concepto de segregación, según la cual, el valor declarado del bien asciende a 12.000 euros, ingresando una cuota tributaria de 120 euros. Entre los datos personales de la reclamante consta como domicilio el situado en "C/ --, Torreagüera".

**SEGUNDO.-** El 6 de noviembre de 2008, el Servicio de Gestión Tributaria acuerda iniciar procedimiento de comprobación de valores.

El 18 de febrero de 2009 se dicta acuerdo de liquidación provisional complementaria con comprobación de valor, que asciende a 183.939,25 euros, correspondiéndole una cuota tributaria diferencial de 1.719,39 euros. En el mismo acuerdo se le confiere trámite de audiencia.

Este acuerdo intenta notificarse a x, por correo certificado con acuse de recibo, en la siguiente dirección: "PD --, Murcia", los días 25 y 26 de noviembre de 2008, en horas distintas, con el resultado de "ausente" y "dirección incorrecta", respectivamente.

**TERCERO.-** En el BORM número 3, de 5 de enero de 2009, se publica anuncio por el que se cita a la interesada para que comparezca ante el Servicio de Gestión Tributaria para ser notificada. Se incluye advertencia expresa de tenerla por notificada si transcurre el plazo concedido al efecto sin que se produzca tal comparecencia.

**CUARTO.-** El procedimiento de gestión tributaria finaliza con acuerdo de liquidación provisional complementaria con comprobación de valor declarado, de 18 de febrero de 2009 que, junto con el documento de ingreso por un importe total de 2113,17 euros, se intenta notificar a la sujeto pasivo los días 18 y 23 de marzo de 2009 en la misma dirección en que se intentó la notificación del primer acuerdo de liquidación provisional, no siendo posible por "ausente".

En el BORM núm. 114, de 20 de mayo de 2009, se publica anuncio por el que se cita a la interesada para que comparezca ante el Servicio de Gestión Tributaria para ser notificada. Se incluye advertencia expresa de tenerla por notificada si transcurre el plazo concedido al efecto sin que se produzca tal comparecencia.

**QUINTO.-** Con fecha 28 de septiembre de 2010, x interpone lo que denomina como "*recurso de nulidad de pleno derecho y de devolución de ingresos indebidos*" contra el acuerdo de liquidación complementaria reseñado en el Hecho anterior de este Dictamen.

Alega la interesada, en síntesis, que:

a) Las resoluciones del procedimiento de liquidación tributaria no le han sido notificadas por haber sido dirigidas a un domicilio erróneo, desconociendo la Administración el que figuraba en la propia declaración del impuesto y en otros documentos del expediente de gestión tributaria. En consecuencia, sólo tuvo conocimiento del procedimiento cuando su entidad bancaria le comunicó el embargo de su cuenta. Invoca como causas de nulidad ligadas a este hecho las contempladas en el artículo 217, letras a), e) y g) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), e idénticas letras del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

b) Error en el hecho imponible.

c) Ausencia en la valoración del bien de un examen directo del inmueble por parte de un perito.

d) Falta de motivación del acuerdo de liquidación.

Solicita la nulidad del acuerdo de liquidación impugnado y devolución de las cantidades indebidamente abonadas.

Aporta junto al recurso, entre otra documentación, la relativa al expediente de gestión tributaria: acuerdo de liquidación; dictamen de valoración; sendos certificados de correos acreditativos de los intentos de notificación realizados en “PD --, 30579, Murcia”; e impreso de declaración del impuesto presentado por la interesada en el que consta como domicilio “C/-- Torreagüera”.

**SEXTO.-** El 8 de noviembre de 2010, el Director General de Tributos acuerda iniciar el procedimiento especial de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho.

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia, la interesada presenta escrito de alegaciones el 27 de mayo de 2011, para insistir en lo erróneo de la dirección a la que se le dirigieron todas las notificaciones intentadas por la Administración tributaria, ratificándose en su pretensión anulatoria.

**OCTAVO.-** El 14 de junio de 2011 la Dirección General de Tributos propone inadmitir la solicitud de revisión de oficio al considerar que el procedimiento de gestión tributaria se ajustó a los trámites establecidos al efecto por la normativa aplicable y que las notificaciones se intentaron en el domicilio que constaba en la “*base de datos consolidada de la Agencia Tributaria*”, sin que la interesada hubiera comunicado formalmente a la Administración su domicilio fiscal o el cambio del mismo.

Niega en consecuencia que se haya producido vulneración alguna de derechos fundamentales y que se haya prescindido del procedimiento legalmente establecido para dictar los actos que se impugnan. En cuanto a los eventuales defectos formales en la valoración del bien, rechaza que pudieran llegar a considerarse como constitutivos de causa de nulidad al no poder ser reconducidos a ninguna de las enumeradas por el artículo 217 LGT.

**NOVENO.-** El 4 de julio, el Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda evacua informe que propone la estimación de la solicitud de revisión de oficio, sobre la base de considerar que la forma en que se intentaron las notificaciones en el procedimiento, dirigidas primero a una dirección errónea, desconociendo la declarada expresamente por la interesada y acudiendo después a la notificación edictal, le habría producido una indefensión material que califica como lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, al haberle impedido conocer el

procedimiento tributario hasta después de haberle sido embargada su cuenta bancaria y, en consecuencia, acudir a la jurisdicción en defensa de sus intereses.

**DÉCIMO.-** Solicitado informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 20 de julio de 2011, acogiendo la motivación contenida en el informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante, acerca de la indefensión sufrida por la interesada, y rechazando que concurren las restantes causas de nulidad invocadas.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados un borrador de orden resolutoria y los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido el pasado 27 de julio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

De conformidad con el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 217.4, segundo párrafo, LGT, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre la revisión de oficio de un acto administrativo en materia tributaria, cuya declaración de nulidad se pretende.

#### **SEGUNDA.- Legitimación y procedimiento.**

La LGT regula en el Título V la revisión en vía administrativa y, en concreto, el artículo 217 prevé la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria. En desarrollo de dicha ley se aprobó el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que regula la revisión de actos nulos de pleno derecho en los artículos 4 y siguientes (RD 520/2005).

La actora está debidamente legitimada para instar el procedimiento de revisión de oficio en cuanto es la destinataria directa del acto administrativo cuya nulidad se pretende, en su calidad de sujeto pasivo del tributo.

Por otro lado, la Administración tributaria de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia está pasivamente legitimada, toda vez que a ella pertenece el órgano que ha dictado el acto cuya nulidad se pretende, siendo competente para resolver el procedimiento de revisión de oficio

de actos nulos el Consejero de Economía y Hacienda, de acuerdo con el artículo 217.5 LGT y con el 16.1.g) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración regional.

En aplicación de la normativa citada en el primer párrafo de la presente Consideración, se han cumplido los trámites fundamentales que integran este tipo de procedimientos. No obstante, cabe señalar las siguientes observaciones:

a) Como de forma reiterada viene señalando este Consejo Jurídico (Dictámenes 56 y 123/2011, por citar los últimos), no obra una formal propuesta de resolución del procedimiento objeto de Dictamen (propuesta exigible a tenor de lo establecido tanto en el artículo 5.4 RD 520/2005 como en el artículo 46.2 del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo Jurídico). No obstante, en evitación de una inconveniente dilación en la resolución del procedimiento, puede considerarse como tal el informe del Servicio Jurídico de la Dirección General de Tributos, visado por el titular de dicho Centro Directivo, a quien compete su formulación según lo dispuesto en el Decreto 32/2006, de 21 de abril, por el que se aprueba la estructura de la Consejería de Economía y Hacienda, aunque ésta debe, en el futuro, observar un cumplimiento más riguroso de este requisito, incorporando a los expedientes objeto de consulta una propuesta de resolución en los términos previstos en los preceptos mencionados.

b) Ha sido rebasado el plazo máximo para notificar la resolución expresa, que, tratándose de una revisión iniciada a instancia de parte, será de un año desde la presentación de la solicitud por el interesado, según dispone el artículo 217.6 LGT. Esta circunstancia no obsta la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.1 LPAC.

### **TERCERA.- Las causas de nulidad invocadas.**

La revisión de oficio de actos administrativos, en general, constituye un procedimiento excepcional en virtud del cual la Administración, ejerciendo potestades privilegiadas de autotutela, puede por sí misma, bien por propia iniciativa o a instancia del interesado, sin intervención judicial, anular o declarar la nulidad de sus propios actos.

En particular, la revisión de oficio de actos tributarios regulada en el artículo 217 LGT procede cuando se puede alegar y probar la concurrencia en el acto cuya revisión se insta de vicios especialmente graves que fundamenten dicha declaración de nulidad por parte de la propia Administración tributaria. Por ello, no todos los posibles vicios alegables en vía ordinaria de recurso

administrativo, económico-administrativo o contencioso-administrativo son relevantes en un procedimiento de revisión de oficio, sino sólo los específicamente establecidos en la ley, que para el supuesto que nos ocupa y atendida la expresa invocación efectuada por la interesada son los que se concretan en el artículo 217.1, letras a), e) y g) LGT, de acuerdo con el cual:

*“1. Podrá declararse la nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria, así como de las resoluciones de los órganos económico-administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los siguientes supuestos:*

*a) Que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*

*e) Que hayan sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello (...).*

*g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal”.*

**CUARTA.- Actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.**

La contribuyente solicita la declaración de nulidad de la liquidación tributaria debido a que no se le notificó debidamente, en la medida en que se dirigió a un domicilio distinto al por ella comunicado de forma expresa a la Administración tributaria en la declaración del impuesto y que constaba en otros documentos obrantes en el expediente, y que esa irregularidad la sumió en una situación de indefensión.

1. En primer lugar resulta necesario determinar si efectivamente existieron irregularidades en la notificación y, para el supuesto de que así fuese, si las mismas tienen entidad suficiente para declarar su nulidad.

Examinadas las actuaciones llevadas a cabo en el expediente de gestión resulta que tanto el acuerdo de inicio de la liquidación provisional como el acuerdo de resolución de liquidación provisional complementaria con comprobación de valor se intentaron notificar en el domicilio sito en la C/--, de Torreagüera (Murcia), siendo infructuosos, por lo que al amparo del artículo 112 LGT, se procedió a publicar sendos anuncios en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma, instando a la interesada a comparecer ante el órgano gestor a efectos de ser notificada.

Según expresa la Dirección General de Tributos en el informe obrante en el expediente, las notificaciones se dirigieron al domicilio que constaba en la base de datos consolidada de la Agencia Tributaria, considerando que ello avala la notificación, al ajustarse a lo establecido en el artículo 110.2 LGT.

En este punto el Consejo detecta un proceder irregular en la actuación de la Administración. Como ha venido destacando la doctrina del Consejo de Estado y la de este Órgano Consultivo, resulta necesario aplicar de manera rigurosa a la Administración los presupuestos que la legitiman para utilizar la notificación edictal, trayendo a colación, *mutatis mutandi*, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional con relación a la falta de diligencia de los órganos judiciales en la práctica de las comunicaciones procesales, que conduce a acudir improcedentemente al emplazamiento edictal, siendo como es un medio supletorio y excepcional, sin practicar las correspondientes averiguaciones del domicilio de los actores, es decir, que se ha de desplegar una actividad previa que lleve a la convicción razonable de que los interesados no son localizables, a cuyo fin se han de extremar las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios al alcance del órgano notificador (STC 158/2007, de 2 de julio), cautelas que, desde luego, no pueden observarse en el caso sometido a consulta en la actuación de la Administración tributaria, que intenta la notificación de dos actos del procedimiento en un domicilio distinto de aquel que la contribuyente le ha comunicado de manera expresa en la declaración del impuesto que se encuentra en el origen del procedimiento de comprobación de valores y que, además, figura en diversos documentos obrantes en el expediente, como la escritura de segregación y venta rústica por la que se formaliza el acto que constituye el hecho imponible del tributo.

El resultado de este proceder de la Administración tributaria es la ignorancia, por parte de la interesada, de la liquidación complementaria resultante del procedimiento de comprobación de valores, así como del subsiguiente procedimiento de recaudación ejecutiva derivado de la falta de pago en período voluntario, motivado a su vez por el desconocimiento de la deuda tributaria que se le había liquidado por la Administración. De hecho, según la propia manifestación de la actora, no toma conocimiento de la misma hasta que sufre el embargo de su cuenta bancaria, sin que en el expediente remitido a este Consejo Jurídico conste documentación alguna relativa al procedimiento ejecutivo, que acredite que se intentara la notificación tanto de la providencia de apremio como de la diligencia de embargo.

2. Actos que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (art. 217.1, a) LGT).

El Consejo Jurídico ha venido señalando (por todos, Dictamen 25/2008) que la hipotética falta de notificación del acto impugnado no lesiona el contenido esencial de un derecho susceptible de amparo constitucional, más en concreto, del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución. Y ello porque la extensión de tal derecho al ámbito administrativo sólo es admitida por el Tribunal Constitucional para el caso de que se esté ante procedimientos sancionadores, como destacó este Consejo Jurídico en los Dictámenes 19 y 20 de 1999. Desde su Sentencia de 8 de junio de 1981, el Alto Tribunal ha sostenido que las garantías consagradas en el artículo 24 de la Constitución sólo resultan aplicables en los procesos judiciales y en los procedimientos administrativos de carácter sancionador, consecuencia de la identidad de naturaleza de los mismos. Al ser ambas manifestaciones del poder punitivo del Estado, los dos deben inspirarse en los mismos principios, tanto materiales (art. 25 CE) como formales (art. 24 CE).

Al reconocer el Tribunal que el derecho de defensa dimanante del artículo 24 no resulta de aplicación al procedimiento administrativo, con la excepción señalada relativa al sancionador, no está afirmando que los ciudadanos carezcan del mismo, sino únicamente que este derecho de defensa no es el del artículo 24 y, por tanto, no tiene rango de derecho fundamental.

Así lo ha ratificado en numerosas ocasiones: Sentencias 42/89, de 16 de febrero, 181/90, de 15 de noviembre, 97/93, de 22 de marzo, y, específicamente en el ámbito tributario, en las 164/95, 198/95, 94/96 y 291/2000.

No obstante, ya en los Dictámenes 56 y 123/2011 admitimos modulaciones en esta doctrina. Así, en el último de los citados, analizamos la incidencia que en ella tiene la STC 111/2006, de 5 de abril, en relación con una eventual extensión de las garantías derivadas del artículo 24.1 CE no sólo a los procedimientos sancionadores, sino también a los de gestión tributaria.

Esta interpretación, no obstante, exige una importante matización. Y es que la aludida sentencia se emite con ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad planteada frente a un precepto de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, de forma que se trata de un supuesto en que en virtud de una norma puede quedar impedido u obstaculizado el derecho de acceso a los tribunales de justicia. En consecuencia, versa sobre el control abstracto de constitucionalidad de una norma legal y no sobre el concreto acto del poder público que se considera lesivo del derecho fundamental, que realiza el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, y en cuyo desarrollo se ha venido forjando la doctrina constitucional relativa a las exigencias de la tutela judicial y su traslación al ámbito administrativo. De hecho, cuando la sentencia de referencia afirma que *“la indefensión originada en vía administrativa tiene relevancia constitucional, entonces, cuando la causa que la provoque impida u obstaculice que el obligado*

*tributario pueda impetrar la tutela judicial contra el acto administrativo en cuestión, eliminándole la posibilidad de utilizar los medios de impugnación que el ordenamiento tributario dispone específicamente contra los diferentes actos dictados en cada procedimiento”, se apoya en otra Sentencia anterior, la 291/2000, que si bien admite la extensión de las garantías derivadas del artículo 24 CE al procedimiento de apremio (FJ 5), las excluye en los procedimientos de gestión tributaria por carecer éstos de carácter sancionador (FFJJ 4 y 13).*

Por ello, las consideraciones efectuadas en la STC 111/2006 y otras coetáneas (la 113/2006, también de 5 de abril) y posteriores (STC 46/2008 de 10 de marzo), en la medida en que se refieren a supuestos en los que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva es imputable a la propia redacción de la norma y no a la irregular actuación de la Administración en los procedimientos administrativos, han de ser trasladadas a estos últimos supuestos con extrema prudencia, dado que el control de constitucionalidad realizado por el Alto Tribunal en uno y otro caso es distinto, pues el efecto expansivo de la eventual contradicción con la Norma Fundamental que una Ley inconstitucional conlleva, no se da en el acto administrativo, cuya eficacia queda limitada a las singulares situaciones jurídicas de él nacidas.

De hecho, la doctrina clásica acerca de la no extensión genérica de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental en el ámbito de los procedimientos administrativos no sancionadores mantiene su vigencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se advierte en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24 de febrero de 2011, al indicar que *“como sostiene el Tribunal Constitucional, el ámbito de la tutela judicial, como derecho fundamental, no se extiende al procedimiento administrativo y, por ello, no le afectan las deficiencias o irregularidades cometidas en su curso, por las Administraciones públicas, que tienen otro cauce y otro tratamiento”, (sentencias números 65/1994 y 178/1998, y Auto de 15 de diciembre de 2003, entre otras resoluciones). No nos encontramos ante un acto sancionador (...), sino ante un acto administrativo, del que se sostiene que no ha sido notificado correctamente, y que en consecuencia puede ser impugnado en cualquier momento en que el interesado se dé por notificado, por lo que, al tener conocimiento del acto originario debió impugnarlo por la vía ordinaria. En cualquier caso, ante el acto impugnado que declara extemporáneo el recurso administrativo podría interponer el recurso contencioso por el procedimiento ordinario, y en su caso solicitar la anulación del procedimiento de ejecución. La corrección de la notificación o no, ha de ser fiscalizada a través del proceso contencioso-administrativo ordinario, al tratarse de una mera cuestión de legalidad, pues quien puede vulnerar la tutela judicial, tratándose de actos no sancionadores, son los órganos judiciales”.*

Ello no obstante, el mismo Tribunal Supremo admite la extensión a los procedimientos administrativos de las garantías derivadas del artículo 24 CE. Así, la STS, Sala de lo Contencioso-

Administrativo, de 12 de mayo de 2011, que realiza una interesante síntesis de la doctrina constitucional y jurisprudencial en materia de defectos en la forma de practicar las notificaciones y sus efectos sobre la validez de la actuación administrativa, sostiene que *“aunque el grueso de la doctrina constitucional sobre la incidencia que tienen las notificaciones defectuosamente practicadas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva se ha forjado en el ámbito del proceso judicial, el propio máximo intérprete de la Constitución ha puesto de relieve que existen determinados supuestos en los que este derecho puede verse afectado en el ámbito del procedimiento administrativo, supuestos en los que la doctrina sentada en relación con los actos de comunicación procesal practicados por los órganos judiciales resultará aplicable “mutatis mutandi” a las notificaciones de los actos y resoluciones efectuadas por la Administración. Así sucede, en particular: a) cuando el vicio en la notificación haya dificultado gravemente o impedido al interesado el acceso al proceso; b) cuando falte la notificación personal del inicio de la vía de apremio, aunque se haya podido impugnar la liquidación tributaria; y c) cuando en el ámbito de un procedimiento sancionador no se haya emplazado al interesado, causándole indefensión, pese a que podía ser localizado a partir de los datos que obraban en el expediente ( SSTC 291/2000, de 30 de noviembre, FFJJ 3, 4 y 5; 54/2003, de 24 de marzo, FJ 3; 113/2006, de 5 de abril, FFJJ 5 y 6; y 111/2006, de 5 de abril, FFJJ 4 y 5).*

*Una vez reconocida la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito del procedimiento administrativo, resulta necesario poner de manifiesto que es doctrina del Tribunal Constitucional que, en materia de notificaciones, únicamente lesiona el art. 24 de la CE la llamada indefensión material y no la formal, impidiendo «el cumplimiento de su finalidad, tendente a comunicar la resolución en términos que permitan mantener las alegaciones o formular los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico frente a dicha resolución...». En el mismo sentido, las SSTs, Sala 3ª, de 29 de septiembre y 6 de octubre de 2011.*

Del mismo modo, como ya señalamos en nuestro Dictamen 56/2011, el Consejo de Estado, en Dictámenes 679/2005 y 670/2009, entre otros, recuerda la doctrina del Tribunal Supremo, fijada ya en sentencia de 1 de febrero de 1993, en cuya virtud, *“el derecho de tutela judicial efectiva sólo excepcionalmente puede referirse a la actuación administrativa, pues es un derecho constitucional de prestación que ha de ser satisfecho por los órganos judiciales y no por la Administración; de ahí la excepcionalidad de que pueda vulnerarse en los procedimientos de ésta. Tan sólo en el caso de que la índole de la actuación administrativa sea tal que llegue a producir un resultado que cierre el paso a la ulterior intervención revisora de la Jurisdicción, o que no permita la reversión del mismo, podría aceptarse hipotéticamente que desde el plano de la actuación administrativa pudiera producirse la lesión de ese derecho; o bien en los supuestos del procedimiento sancionador por la extensión al mismo de las garantías del proceso penal, según la jurisprudencia constitucional y de*

*este mismo Tribunal Supremo*". En el mismo sentido, el Dictamen del Consejo de Estado 1.481/2008 sostiene que la omisión de la notificación sólo generaría la nulidad cuando diese lugar a una grave indefensión material.

La indefensión, entendida como una disminución efectiva y real de garantías con limitación de los medios de alegación, prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses (STS de 30 de mayo de 2003), lleva anudada, como consecuencia jurídica ordinaria, la anulabilidad del acto (art. 63.1 LPAC); sólo determinará su nulidad cuando sea especialmente grave, es decir, cuando lo que se produzca no sea una mera limitación de las posibilidades de defensa, sino la privación total y absoluta de las mismas, impidiendo la ulterior intervención revisora de la jurisdicción. Por ello, el Consejo de Estado niega que se produzca indefensión cuando el interesado pudo interponer las reclamaciones y recursos procedentes (Dictamen 2107/2010).

Por el contrario, cuando la notificación no llega a su destinatario de forma efectiva, por causas imputables a la Administración, de manera que aquel no puede reaccionar frente a las liquidaciones giradas, considera el Consejo de Estado que sí procede declarar la nulidad. Así, en Dictamen 2103/2010, manifiesta que *"la AEAT se dirigió a una dirección incorrecta, que había dejado de tener la condición de domicilio fiscal del Sr. .... , tal y como éste había comunicado previamente a la Administración. Ello impidió que la notificación personal pudiera llegar a practicarse, siendo esta circunstancia imputable únicamente a la Administración, y priva de eficacia a la notificación edictal. En definitiva, se han producido graves deficiencias en las notificaciones practicadas que han dado lugar a una situación de indefensión real y efectiva, pues el Sr. .... se vio privado de la posibilidad de acudir a la vía del recurso contra la liquidación practicada. Adicionalmente, no hay que olvidar que ante el impago de la deuda tributaria, se inició la vía de apremio, de la que el interesado no tuvo conocimiento hasta que su entidad bancaria le comunicó el embargo. Por lo tanto, también en relación con los actos dictados en fase ejecutiva concurre análoga carencia"*.

En el supuesto ahora sometido a consulta, la interesada sólo tuvo conocimiento del procedimiento tributario una vez le fue embargada la cuenta bancaria. Al no tener conocimiento de los actos administrativos no pudo combatirlos ni realizar actuación alguna en defensa de sus derechos sino cuando aquéllos ya habían sido ejecutados. Ha de destacarse que en el supuesto sometido a consulta no sólo no se comunican a la interesada los actos de gestión tributaria tendentes a la liquidación, sino que tampoco consta que se le notificaran en forma alguna la providencia de apremio ni la diligencia de embargo. Como ya se indicó en este Dictamen al transcribir un fragmento de la STS, 3ª, de 12 de mayo de 2011, el Tribunal Constitucional otorga una especial relevancia a efectos de entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por

las actuaciones administrativas al hecho de no notificar al contribuyente el inicio del procedimiento de apremio, y ello aunque se hubiera podido impugnar la liquidación tributaria, lo que aquí ni siquiera pudo hacer la interesada al desconocer su existencia misma. La singular naturaleza de este procedimiento de recaudación ejecutiva, especialmente desfavorable y gravoso para los intereses de los ciudadanos, que no sólo ven intervenido su patrimonio, sino que además han de afrontar un mayor detrimento en forma de recargos, probablemente se encuentre en el fundamento de esa mayor sensibilidad de la doctrina constitucional al extender a este ámbito las garantías del artículo 24 CE, como también apunta el Consejo de Estado en Dictamen 509/2010.

Lo expuesto no debe hacer olvidar que la falta de notificación de los actos administrativos tiene como consecuencia que los plazos para su impugnación permanecen abiertos (STS, 3ª, de 24 de febrero de 2011). Por ello, cuando los interesados no identifiquen sus acciones de nulidad expresamente como solicitudes de revisión de oficio, lo procedente es calificar tales impugnaciones de la liquidación tributaria como recursos de reposición, y tramitarlos por el procedimiento ordinario sin necesidad de acudir al más complejo de la revisión de oficio. Con ello no sólo se consigue obtener una resolución más temprana, al no ser preceptivos informes como los de la Dirección de los Servicios Jurídicos y de este Consejo Jurídico, sino también ampliar la cognición de los posibles defectos del acto, al no venir restringidas las causas de invalidez invocables a las tasadas de nulidad.

Procede, en consecuencia, declarar la nulidad de la liquidación provisional con comprobación de valor, así como de todo lo actuado en el procedimiento con posterioridad al momento en que debió notificarse el acuerdo que daba inicio al procedimiento de comprobación de valores, cuya falta de notificación y la de las actuaciones posteriores han dado lugar a la indefensión de la interesada, al impedirle conocer la existencia misma del procedimiento hasta el momento en que los actos resultantes del mismo ya habían sido ejecutados.

**QUINTA.- De las restantes causas de invalidez invocadas.**

De la lectura del escrito impugnatorio que da origen al presente procedimiento de revisión de oficio se desprende que la calificación de los defectos de los actos administrativos combatidos como causas de nulidad se limita a los defectos en la notificación, sin que la interesada subsuma los restantes en ninguno de los apartados del artículo 217.1 LGT o 62.1 LPAC.

Atendida dicha circunstancia y que la estimación de la alegación formulada en primer lugar hace innecesario entrar en el análisis detallado de las restantes, baste con indicar que no advierte el Consejo Jurídico la concurrencia de causa de nulidad distinta de la apreciada en la

Consideración anterior, pues los alegados defectos de la resolución, a lo sumo, serían constitutivos de una causa de anulabilidad, sin alcanzar el grado máximo de reproche jurídico que supone la nulidad del pleno derecho.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Procede estimar la acción de nulidad ejercitada por la interesada frente a la liquidación complementaria impugnada, en atención a lo señalado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



---

**DICTAMEN 262-2011**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico en Administración de sistemas informáticos en red en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2011)

**Fecha** 12/12/2011

**Extracto doctrina**

Nota: igual doctrina que al expresada en el Dictamen 5/2011.



**DICTAMEN 263-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar  
**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2011)  
**Fecha** 12/12/2011

**Extracto de doctrina**

Es abundante la doctrina sentada por otros órganos consultivos autonómicos que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone la actividad escolar, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 12 de mayo de 2011, se recibe en la Consejería de Educación, Formación y Empleo comunicación de accidente escolar ocurrido en el Instituto de Educación Secundaria (IES) “Francisco de Goya” de Molina de Segura, el 5 de abril de ese mismo año.

Se relata en la comunicación que, cuando los alumnos de 4º de ESO recogían el material en el Laboratorio de Biología del centro, un alumno de forma accidental golpea con el codo a su compañera x, produciéndole la rotura de un diente.

A la referida comunicación se acompaña reclamación de daños y perjuicios formulada por la madre de la menor accidentada, que valora en 70 euros, en concepto de gastos de reparación de la pieza dental afectada.

Se adjunta factura de odontólogo por importe de 70 euros y fotocopia del Libro de Familia, acreditativo del parentesco que une a la reclamante y a la menor.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, se designa instructor del procedimiento de responsabilidad patrimonial, que procede a solicitar del Director del centro educativo su preceptivo informe, indagando acerca de una eventual intencionalidad dañosa por parte del alumno que propinó el golpe a la menor.

**TERCERO.-** El 6 de julio el Director del IES evacua su informe. Relata que los hechos ocurrieron en el Laboratorio de Biología en presencia del profesor de la asignatura, según el cual no hubo intencionalidad por parte del alumno que golpea, calificando el accidente de fortuito.

**CUARTO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante, no hace uso del mismo, al dejar transcurrir el plazo concedido al efecto sin que conste que presentara alegación ni justificación adicional alguna.

**QUINTO.-** El 1 de septiembre, el instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al no apreciar nexo causal entre el funcionamiento del centro educativo y los daños padecidos.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 15 de septiembre de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.**

1. La acción indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de un año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

2. La hija de la reclamante, menor de edad (actuando su madre en su representación legal), al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva de la titularidad pública predicable de la actividad educativa con ocasión de la cual se produce el accidente.

3. A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, puede afirmarse que se han cumplimentado todos los trámites exigidos por la normativa aplicable a este tipo de procedimientos, sin que se aprecien carencias esenciales.

**TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial. Inexistencia de nexo causal.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstos no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de febrero de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que *“deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”*. El mismo Alto Órgano Consultivo propugna la inexistencia de nexo causal con el funcionamiento del servicio público docente, en los supuestos en que el daño se produce por acciones fortuitas de los alumnos en el transcurso de actividades docentes, que no generan un riesgo añadido sobre el que es ordinario de la vida

cotidiana y habitual (por todos, Dictamen 3582/2001, en el que se analiza un golpe fortuito recibido por un alumno en el transcurso de una clase dentro del aula).

También es abundante la doctrina sentada por otros órganos consultivos autonómicos que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone la actividad escolar, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado.

Así pues, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular; en el supuesto que nos ocupa, de los documentos que obran en el expediente objeto de Dictamen y, especialmente, de los informes de comunicación de accidente escolar y del emitido por el Director del Centro a requerimiento del instructor, se infiere que los hechos se producen de forma absolutamente fortuita, cuando los alumnos se encontraban recogiendo el material utilizado durante la clase impartida en el Laboratorio de Biología, en presencia del profesor de la asignatura. El comportamiento de los menores accidentados, por su parte, parece resultar absolutamente impredecible e inevitable para el docente, pues el codazo se produce de forma involuntaria, sin que se describa ni alegue ningún factor adicional de riesgo que exigiera la adopción de cualesquiera medidas precautorias por parte del profesor. En sentido similar nos expresamos en Dictamen 51/2010.

Debe recordarse en este punto que el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que *“durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”*. En el supuesto examinado puede afirmarse que ese grado de diligencia no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas, ya que el evento se produjo durante el desarrollo de una actividad que, además de no ser en sí misma generadora de situaciones de riesgo, se desarrollaba por alumnos de 4º de ESO cuya edad no parece exigir un especial deber de cuidado o diligencia por parte de la persona que se encontraba a su cargo.

Lo anterior permite afirmar que si bien es cierto que el daño existe y se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo, impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciar que concurren los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos docentes y el daño sufrido, cuya antijuridicidad tampoco ha quedado acreditada.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 264-2011**

**Asunto** Revisión de oficio interpuesta por x, como consecuencia de la desestimación de la solicitud de certificado de empadronamiento por omisión  
**Consultante** Ayuntamiento de Torre Pacheco  
**Fecha** 12/12/2011

**Extracto doctrina**

El artículo 119.1 LPAC no establece en estos casos la preceptividad de nuestro Dictamen, debiendo entender que se limita a excepcionar el trámite cuando, siendo éste preceptivo en razón de la correspondiente norma (singularmente, la de creación del correspondiente órgano consultivo), se dé el supuesto previsto en dicho artículo 118.1 LPAC.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante escrito registrado de entrada en el Ayuntamiento de Torre Pacheco el día 25 de octubre de 2011, x solicita inscripción de oficio en el Padrón Municipal de dicha Corporación Local, manifestando que reside en la finca --, de la --, Torre Pacheco, desde principio del año 2008. Asimismo interesa que, una vez efectuada la inscripción, se emita el correspondiente certificado acreditativo de tal circunstancia por precisarlo a efecto de obtener la tarjeta de residencia.

**SEGUNDO.-** Por Decreto de la Alcaldía de fecha 20 de septiembre de 2011, se desestimó la solicitud presentada por x, debido a que el día 7 de enero de 2010 ya se había efectuado inscripción con conformidad del interesado, sin que sea posible conceder efecto retroactivo a dicha inscripción, salvo que se procediese a su nulidad o anulabilidad, lo que se estima improcedente al no concurrir ninguna de las causas que para ello prevén los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo (LPAC).

**TERCERO.-** Con fecha 26 de septiembre de 2011, el interesado interpone un recurso extraordinario de revisión contra el acto de inscripción efectuado el 7 de enero de 2010, alegando como causa para ello la contemplada en el artículo 118.1, 2ª LPAC, al haber aparecido un documento posterior a la resolución recurrida que tiene valor esencial y que evidencia el error de la misma. El referido documento es un informe de la Policía Local de Torre Pacheco de 19 de septiembre de 2011 en el que se afirma que, efectuadas las averiguaciones oportunas, ha quedado acreditado que el recurrente vive desde principios del 2008 en Finca --, --, Torre Pacheco, y que, además, desde el año 2009 lo hace acompañado de su mujer e hijos.

Solicita se dicte resolución por la que se declare la nulidad del acto administrativo recurrido y, resolviendo el fondo de la cuestión, se retrotraiga la inscripción en el Padrón Municipal a principios del año 2008.

Se acompaña el informe de la Policía Local.

**CUARTO.-** A la vista de dicha documental, por la Técnica de Administración Local del Ayuntamiento consultante se emite informe jurídico que puede considerarse como informe-propuesta, en el sentido de desestimar el recurso interpuesto, basándose para ello en que cuando se realizó la inscripción se hizo con la conformidad del interesado, sin que en ese momento aquél solicitase la retroactividad de la inscripción a la fecha desde la que ahora dice residía en el término municipal.

Se añade en la propuesta que la inscripción se llevó a cabo a instancia del hoy recurrente y según sus propias manifestaciones y, precisamente, aquel momento era el adecuado para solicitar y obtener el informe de la Policía Local mediante el que acreditar que la fecha de inicio de la residencia se remontaba a principio del año 2008, sin que ahora ese documento pueda considerarse como un documento nuevo con eficacia invalidante respecto del acto recurrido.

**QUINTO.-** A la vista del anterior informe, mediante Decreto de la Alcaldía de 25 de octubre de 2011, se acuerda suspender la tramitación del expediente correspondiente al recurso extraordinario de revisión, durante el tiempo que medie entre la petición de Dictamen a este Consejo Jurídico y su recepción.

**SEXTO.-** Una vez incorporados al expediente un extracto de secretaría y un índice de documentos, aquél se remitió a este Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante oficio registrado el día 2 de noviembre de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter facultativo, en contra del criterio sustentado en la consulta, del que se infiere su preceptividad.

En efecto, como se razonó en nuestra Memoria del 2001, con cita de numerosos Dictámenes, el Consejo entiende que el artículo 119.1 LPAC no establece en estos casos la preceptividad de nuestro Dictamen, debiendo entender que se limita a excepcionar el trámite cuando, siendo éste preceptivo en razón de la correspondiente norma (singularmente, la de creación del correspondiente órgano consultivo), se dé el supuesto previsto en dicho artículo 118.1 LPAC. Y ello por la sustancial diferencia de redacción entre el supuesto previsto en el artículo 102 LPAC y el que nos ocupa, cuya redacción se aproxima más al régimen establecido en el artículo 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, que establece el criterio de la preceptividad cuando así lo disponga la norma reguladora del órgano consultivo en cuestión, salvo que de otra norma se deduzca claramente la preceptividad del Dictamen, lo que no es el caso del artículo 119.1 LPAC.

**SEGUNDA.- Régimen jurídico y elementos procedimentales del recurso extraordinario de revisión.**

El régimen jurídico del recurso extraordinario de revisión aparece regulado en los artículos 118 y 119 LPAC, que establecen los siguientes requisitos:

1. En cuanto a su ámbito objetivo, el recurso extraordinario de revisión sólo puede interponerse frente a actos firmes en vía administrativa, para lo que debe tenerse en cuenta con carácter general el artículo 109 LPAC y, para el supuesto que nos ocupa, el artículo 52.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, por la que se regulan las bases de régimen local, relativo a los actos de las Entidades Locales que agotan la vía administrativa.

2. En cuanto a las causas en las que cabe fundamentar el recurso, debido al carácter extraordinario que éste tiene derivado de su naturaleza revisoria de actos firmes en vía administrativa, se encuentran tasadas por la Ley, de forma que únicamente cabe amparar su formulación en una de las fijadas por el artículo 118.1 LPAC. Una reiterada jurisprudencia establece la necesidad de interpretar de forma estricta la concurrencia de tales causas en un intento de evitar que esta vía extraordinaria de recurso se convierta en una suerte de nueva instancia para volver a someter a consideración el asunto ya decidido, invocando cualesquiera vicios jurídicos.

3. Desde el punto de vista temporal, la Ley exige que se interponga en los plazos señalados en el apartado 2 del artículo 118, esto es, dentro de los cuatro años siguientes a la fecha de la notificación de la resolución impugnada, si se alega como circunstancia para la revisión que al

dictar el acto se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente, o de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme, si la circunstancia alegada para la revisión es alguna de las 2.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup> del artículo 118.1.

El expediente remitido por el Ayuntamiento de Torre Pacheco se encuentra incompleto ya que en él no se ha incorporado la documentación relativa a la primera inscripción del reclamante en el Padrón; esta circunstancia además de impedir, como veremos más adelante, entrar en el fondo del recurso, también influye a la hora de constatar si se cumplen los requisitos formales legalmente exigidos.

Así en lo que se refiere al órgano competente para resolver, aunque el recurrente se dirige de forma genérica al Ayuntamiento, sin señalar órgano alguno, se ha de entender que la competencia para resolverlo recae sobre aquel que dictara el acto recurrido, de conformidad con el artículo 118.1 LPAC.

En relación con el plazo, habiéndose fundado el recurso en la segunda de las causas previstas en el artículo 118.1 LPAC, aunque se ignora el momento en el que el interesado tuvo conocimiento del informe de la Policía Local, atendiendo a la fecha de su emisión (19 de septiembre de 2011) y la de presentación de dicho recurso en el registro del Ayuntamiento (26 del mismo mes y año), se puede concluir que el recurso fue interpuesto dentro del plazo de tres meses legalmente previsto.

En cuanto al procedimiento a seguir resultan de aplicación los principios generales de los recursos administrativos contenidos en el Capítulo II, Sección 1.<sup>a</sup>, del Título VII LPAC. En el supuesto objeto de Dictamen, el único trámite que consta en el expediente, una vez interpuesto el recurso de revisión, es el de elaboración de un informe jurídico que fue sometido a consideración de la Alcaldía que acuerda solicitar el Dictamen de este Órgano Consultivo y suspender el procedimiento hasta el momento de la recepción de dicho Dictamen. Como se señalaba anteriormente, el hecho de que el Alcalde adopte este acuerdo permite entender que acepta el contenido del informe y que hace suya la propuesta que en él se contiene.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Como viene sosteniendo tanto el Consejo de Estado como este Órgano Consultivo, el carácter excepcional del recurso extraordinario de revisión obliga a una interpretación estricta al analizar si concurre o no el supuesto esgrimido por los recurrentes. En el presente caso, el

interesado, al parecer, no acudió a las vías ordinarias de impugnación para formular su oposición a la inscripción efectuada por el Ayuntamiento el 7 de enero de 2010, o, al menos, así lo asegura la Entidad Local, intentando hacerlo ahora a través de la vía extraordinaria del recurso de revisión, valiéndose para ello de un documento que califica de nuevo y planteando un problema que reúne sustancialmente una cuestión fáctica: la fecha a partir de la cual reside en el municipio de Torre Pacheco. Para que el Consejo pudiera pronunciarse sobre si el informe constituye un documento nuevo a los efectos del artículo 118.1,2ª LPAC, sería necesario que abordarse el estudio de las actuaciones que se llevaron a cabo en relación con la producción del acto que ahora se impugna, lo que resulta imposible al no haberse incorporado al expediente la documentación relativa a dicha actuación.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El Dictamen del Consejo Jurídico en los procedimientos derivados de un recurso extraordinario de revisión no es preceptivo, en el sentido que se razona en la Consideración Primera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** No obstante, el Ayuntamiento de Torre Pacheco puede solicitar Dictamen con carácter facultativo, pero para ello resulta necesario que remita el expediente íntegro correspondiente al procedimiento que culminó con la inscripción que ahora se pretende impugnar.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 265-2011**

**Asunto** Revisión de oficio para declarar la nulidad del Decreto Alcaldía-Presidencia nº 197, de fecha 22 de febrero de 2011, de contratación laboral (San Pedro del Pinatar)

**Consultante** Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar

**Fecha** 12/12/2011

**Extracto doctrina**

1. Comoquiera que la conversión de la relación laboral temporal en indefinida en ningún momento determina la adquisición de fijeza de plantilla, y deriva ope legis -cuando se dan las condiciones establecidas en la legislación laboral- de la existencia de irregularidades en previos contratos de trabajo eventuales suscritos por el propio Ayuntamiento, no puede exigirse para la validez de esta conversión la previa modificación de la plantilla orgánica del Ayuntamiento, con su correspondiente dotación presupuestaria y reflejo en la RPT, cuando tales requisitos no se exigieron para la celebración de los contratos que ahora mudan a indefinidos. Y ello sin perjuicio del necesario cumplimiento de dichos trámites, más el añadido de la celebración de pruebas selectivas, para el caso de que el Ayuntamiento pretendiera dotar de fijeza a sus trabajadores indefinidos acudiendo a un proceso de consolidación de empleo como el rechazado por el Pleno de la Corporación en diciembre de 2010.

2. En el artículo 172 TRLHL, se contempla como ámbito delimitador de la existencia de crédito no sólo al crédito mismo específicamente considerado en el estado de gastos, sino en relación con el nivel de vinculación que le corresponda respecto a los demás créditos presupuestarios de su mismo capítulo, artículo o concepto, y, además, sin perjuicio de las modificaciones del presupuesto debidamente aprobadas.

3. No puede admitirse que el Decreto dictado por el Alcalde, jefe superior de personal del Ayuntamiento en virtud del artículo 21.1, letra h, LBRL), incurra en el vicio de incompetencia material manifiesta que el artículo 62.1, b) LPAC establece como causa de nulidad, porque la conversión en indefinidos de los contratos no exige el procedimiento formalizado dibujado por el Secretario y la Intervención del Ayuntamiento, competencia del Pleno, que sí sería ineludible para la atribución de fijeza a los trabajadores afectados.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 10 de diciembre de 2010, el Pleno del Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar rechaza un proceso de consolidación de empleo temporal de los trabajadores con contrato temporal en el Ayuntamiento, tanto de aquellos que ya prestaban servicios con anterioridad al 1 de enero de 2005, como de aquellos que, contratados con posterioridad, desempeñaban puestos que “prácticamente se habían convertido en estructurales”. Se proponía,

para ello, modificar la plantilla, suprimiendo plazas de personal laboral fijo y la creación de plazas funcionariales.

Este proceso, amparado en la Disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, estaba impulsado por la Comisión Informativa de Asuntos Generales y había sido informado favorablemente por la Mesa General de Negociación y la Intervención del Ayuntamiento que, en informe de 3 de diciembre de 2010, afirma textualmente que *“no ve inconveniente en la modificación de la plantilla y procede la tramitación del expediente”*, considerando que la cobertura presupuestaria de las nuevas plazas se realizaría mediante transferencias de crédito. Tampoco formula reparos de legalidad el Secretario Accidental de la Corporación, en informe de 7 de diciembre.

**SEGUNDO.-** Tras la incorporación del Secretario titular, emite éste un primer informe, el 27 de diciembre, a solicitud de la Mesa General de Negociación. Parte aquél de considerar que el proceso que se había intentado realizar pretendía *“la aprobación de la plantilla para la consolidación de empleo de todo el personal laboral existente en el Ayuntamiento, tanto anterior a 1 de enero de 2005, como al contratado posteriormente hasta el día de hoy, así como transformarlos a funcionarios posteriormente”*.

Tras señalar cuál sería el procedimiento y los límites a considerar para dicho proceso, estima que el personal laboral temporal contratado con posterioridad al 1 de enero de 2005 no puede ser transformado en personal laboral fijo de plantilla.

**TERCERO.-** Constan en el expediente como documento número 3, sendos correos electrónicos que, según se afirma en el segundo de ellos, parten del equipo de gobierno del Ayuntamiento y por los que se facilita a los trabajadores municipales contratados con posterioridad a 31 de diciembre de 2004 un modelo de solicitud de conversión de su relación laboral en indefinida y diversas aclaraciones sobre el mismo.

**CUARTO.-** Presentadas reclamaciones por despido improcedente por algunos trabajadores municipales cuyos contratos temporales comenzaban a expirar en enero de 2011, al entender que su relación laboral había devenido en indefinida por haber sido contratados temporalmente en fraude de ley, el Secretario de la Corporación emite informe de 17 de enero de 2011, en el que recuerda el régimen jurídico aplicable a la contratación laboral por las Administraciones Públicas y los límites al encadenamiento de contratos temporales fijado por el artículo 15.5 del Estatuto de los

Trabajadores (ET) y las consecuencias que su superación tiene respecto a la conversión del contrato en indefinido cuando el empleador es una Administración.

Señala, asimismo, que independientemente del carácter fijo o eventual del puesto de trabajo, es necesario crear la plaza en la plantilla del Ayuntamiento, estrechamente vinculada al Presupuesto, y modificar la relación de puestos de trabajo (en adelante, RPT), actuaciones ambas competencia del Pleno de la Corporación, no del Alcalde.

Considera el Secretario que, por esta vía de las reclamaciones del carácter indefinido de la relación laboral de los contratados temporales del Ayuntamiento, se pretende conseguir lo que ya rechazó el Pleno el 10 de diciembre de 2010, es decir, la modificación de la plantilla orgánica, la consolidación de empleo temporal y la funcionarización de quienes ocupan plazas interinamente, por lo que podría constituir un fraude de ley.

Tras analizar las 92 solicitudes presentadas, concluye que muchos son contratos posteriores a 1 de enero de 2005, por lo que no les afecta la consolidación de empleo temporal regulada en la DT 4ª EBEP. Todos son contratos eventuales, la mayoría de obra o servicio determinado, y no consta que los trabajadores hayan superado proceso selectivo alguno. Se afirma, igualmente, que se ha producido una sucesión o encadenamiento de contratos, normalmente de forma ininterrumpida y superando en algunos casos los 24 meses en un período de 30, incumpliendo así el artículo 15.5 ET, lo que le lleva a afirmar que “*se ha incumplido la normativa laboral sobre la duración de estos contratos o se va a incumplir deliberadamente para convertirlos en indefinidos*”.

Ninguno de los puestos de trabajo figura en la plantilla orgánica y se han creado en contra de las limitaciones presupuestarias fijadas por la Ley General de Presupuestos para 2011.

**QUINTO.-** El 1 de febrero emite el Secretario nuevo informe, que redunda en los mismos argumentos.

**SEXTO.-** El 22 de febrero, se dicta “*Decreto de la Alcaldía-Presidencia núm. 197 de fecha 22 de febrero de 2011, contratos indefinidos varios trabajadores*”, que es del siguiente tenor literal:

“*A la vista de expediente que se tramita sobre la continuidad de los contratos que consiguientemente (sic) se citan:*

(Sigue una relación de 88 trabajadores)

*Resultando que, todos estos trabajadores llevan contratos (sic) ininterrumpidamente más de 24 meses en un período de 30 meses.*

*Resultando que son puestos necesarios para que (sic) el Ayuntamiento, dado que realizan tareas que el tiempo y las labores municipales han demostrado su necesidad, respondiendo al servicio que se debe prestar a los ciudadanos.*

*Considerando que es voluntad de la Corporación crear las condiciones necesarias para la continuidad del servicio y una estabilidad laboral necesaria para los interesados.*

*A la vista de lo expuesto, vengo en disponer:*

*Declarar como contratos indefinidos a los siguientes trabajadores con fecha 2 de marzo de 2011, excepto (siguen tres trabajadores cuya conversión en indefinida tiene una fecha de efectos diferente)*

(Sigue la relación de trabajadores hasta completar la anterior de 88)".

**SÉPTIMO.-** Por Órdenes del Concejal Delegado de Personal de fechas 28 de febrero, 1 y 21 de marzo, se ordena al Negociado de Personal la conversión en indefinidos de los contratos a que se refiere el Decreto referenciado en el Hecho anterior.

El 31 de marzo una nueva orden del mismo Concejal ordena convertir en indefinidos 7 contratos no contemplados en el Decreto.

Consta, asimismo, al folio 256 del expediente, un documento denominado "*Listado contratos indefinidos no relacionados en el Decreto*", suscrito por el Secretario de la Corporación, en el que constan 38 trabajadores.

**OCTAVO.-** El 23 de mayo, el Negociado de Personal informa que se ha intentado comunicar a la Seguridad Social la conversión en indefinidos de 75 contratos, comunicación que ha sido rechazada por aquélla al haberse realizado fuera de plazo. En consecuencia, no se han comunicado al INEM como tampoco lo han sido otros 50 contratos más que tampoco se han comunicado a la Seguridad Social.

**NOVENO.-** El 28 de junio, el Interventor del Ayuntamiento emite informe, a petición del Secretario. Señala, con apoyo en los artículos 90, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), y 126 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), que la plantilla, que será aprobada cada año a través del presupuesto debe incluir todos los puestos de trabajo, tanto los reservados a personal funcionario como laboral, y que ninguno de los trabajadores afectados forma parte de la última plantilla aprobada por el Pleno. Considera que la contratación del personal laboral temporal debe someterse a las mismas normas que la contratación laboral fija, es decir, creación de la plaza en la plantilla, inclusión de la vacante en la oferta de empleo público y posterior proceso selectivo, si bien en el proceso objeto de informe el Ayuntamiento habría actuado a la inversa: contratación del trabajador, posteriores renovaciones del contrato e intento de consolidación del empleo temporal, considerando estos puestos de trabajo como estructurales.

Afirma que tampoco consta en la RPT del Ayuntamiento ninguno de los trabajadores contratados.

Tras analizar el coste que los contratos temporales han supuesto para el Ayuntamiento desde el año 2006 y el constante incremento sufrido (de 1.503.150,55 euros en 2006 a 3.490.456,08 euros en 2010), afirma que la conversión de estos trabajadores en indefinidos incrementa casi el triple el gasto autorizado por el Pleno de la Corporación para contrataciones temporales y se adquirirían compromisos de gasto con cargo a ejercicios futuros que no son viables desde el punto de vista económico, lo que supone la nulidad de pleno derecho del Decreto, con fundamento en el artículo 173.5 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLH).

Se afirma, asimismo, que la conversión en indefinidos de los contratos temporales incumpliría tanto lo dispuesto en el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, sobre reducción de la masa salarial de las Administraciones Públicas, como las limitaciones impuestas por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los ejercicios 2008, 2009, 2010 y 2011, a la contratación de personal temporal.

Finaliza el informe indicando que la conversión en indefinidos supondría *“el incremento de los gastos fijos no eliminables (incremento del gasto de personal y de seguridad social), que serían*

*gastos a cubrir preferentemente en la prelación de gastos mensual, lo que llevaría al Ayuntamiento a no poder atender gastos básicos para el funcionamiento del mismo”.*

**DÉCIMO.-** El 18 de julio, el Secretario de la Corporación evacua informe jurídico sobre la moción de la Alcaldía para proceder a la anulación del Decreto 197 sobre contratos indefinidos y de los 39 trabajadores que se han ido declarando indefinidos por vía de hecho.

Tras relatar los antecedentes que ya han quedado plasmados en el presente Dictamen, considera que procede declarar la nulidad del Decreto 197 y de la relación de contratos contemplados en el listado obrante al folio 256 del expediente, que habrían sido declarados como indefinidos por órdenes verbales o escritas del Alcalde o del Concejal de Personal, al concurrir en ellos las siguientes causas de nulidad:

1. Se trata de actos expresos o presuntos por los que se adquieren facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición (art. 62.1, letra f (no “e” como erróneamente se hace constar en el informe), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Se fundamenta la invocación de esta causa en los siguientes hechos:

a) No todos los trabajadores llevan más de 24 meses trabajando en un período de 30, sino que 7 trabajadores no cumplen este requisito.

b) Ausencia de motivación en el expediente del carácter estructural o necesario de los trabajos realizados, debiendo realizarse a través de la plantilla orgánica.

c) Hay 16 trabajadores incluidos en el Decreto que no pueden convertirse en indefinidos porque sus contratos son de interinidad, modalidad contractual que se excluye de forma expresa de la aplicación del artículo 15.5 ET.

d) Existen contratos que no han sido firmados por los trabajadores, por lo que no tendrían validez. Serían contratos sin causa e inexistentes.

e) El Alcalde no tiene competencia para aprobar el Decreto, pues tiene delegada la competencia en la Junta de Gobierno Local, por Decreto 657, de 21 de junio de 2007.

f) La conversión en fijos de los trabajadores contratados por obra o servicio determinado durante más de 24 meses en un período de 30 no se produce de forma automática.

2. Nulidad absoluta o de pleno derecho por falta de crédito, prevista en el artículo 173.5 TRLH.

3. Acto dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia (art. 62.1, letra b, LPAC). Considera el informante que el Alcalde invade competencias del Pleno y de la Junta de Gobierno Local, pues los puestos de trabajo correspondientes a los contratos que se convierten en indefinidos deberían constar en la RPT y crearse a través de la plantilla orgánica, lo que corresponde al Pleno.

Considera, asimismo, que el proceso equivale a una consolidación de empleo, cuya competencia corresponde al Pleno.

Finalmente, y luego de exponer el procedimiento a seguir y la procedencia de dejar en suspenso la eficacia de los actos cuya revisión se pretende, formula a la Junta de Gobierno Local propuesta de adopción de Acuerdo por el que:

a) Se inicia el procedimiento de revisión de oficio.

b) Se adopta como medida cautelar la de suspender los efectos de los actos objeto de revisión, *“al objeto de poder ir poniendo fin a los contratos laborales que vayan venciendo en los próximos meses (...) si no son necesarios su continuidad para el mantenimiento de los servicios públicos”*.

c) Se concede audiencia a los interesados.

d) Se recaba este Dictamen.

**UNDÉCIMO.-** El 25 de julio, la Junta de Gobierno Local adopta el Acuerdo en los términos propuestos por el Secretario de la Corporación, procediéndose a su notificación personal a los interesados a efectos de conferir el oportuno trámite de audiencia, y a su publicación por edictos en el Tablón de Anuncios del Ayuntamiento.

**DUODÉCIMO.-** Presentadas alegaciones por diversos interesados, se emite informe por el Secretario Municipal el 14 de septiembre, rechazándolas por infundadas y reiterando los argumentos y justificaciones contenidos en anteriores informes. No obstante, y de forma sorprendente, considera ahora que los actos objeto de revisión incurren en dos causas de nulidad, las contempladas en las letras a) y e) del artículo 62.1 LPAC, que no habían sido esgrimidas en el informe que daba sustento al acuerdo de incoación del procedimiento revisorio.

**DECIMOTERCERO.-** El 12 de septiembre de 2011, la Junta de Gobierno Local, “*por delegación del Pleno, según acuerdo de ..., o por delegación de la Alcaldía, según Decreto...*” acuerda desestimar las alegaciones y ordenar la continuación del procedimiento.

**DECIMOCUARTO.-** En tal estado de tramitación y tras incorporar el preceptivo índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 15 de septiembre de 2011.

**DECIMOQUINTO.-** Con fecha 19 de septiembre, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar acuerda suspender la tramitación del procedimiento revisorio como consecuencia de la solicitud del presente Dictamen, que se considera preceptivo y determinante de la resolución que habrá de ponerle fin.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

Corresponde al Consejo Jurídico la emisión de Dictamen preceptivo en la revisión de oficio de los actos administrativos, según establece el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, para los casos de nulidad previstos en las Leyes, en el presente supuesto, el artículo 62.1 en relación con el artículo 102, ambos de la LPAC, y el artículo 175.3 TRLH.

#### **SEGUNDA.-** Cuestiones procedimentales.

La aplicación del régimen general previsto en la LPAC a la revisión de los actos administrativos de las Corporaciones Locales está contenida en el artículo 53 LBRL, en cuya virtud

*“las Corporaciones Locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”.*

En cuanto al órgano competente para declarar la nulidad de los actos del Alcalde, y aunque la LBRL no atribuye expresamente esta competencia salvo para los municipios de gran población (corresponde al propio Alcalde en virtud del artículo 124.4, letra m), una interpretación sistemática de la indicada Ley permite considerar competente a tal efecto al Pleno de la Corporación, pues de conformidad con el artículo 22 LBRL dicho órgano lo es para la declaración de lesividad de los actos del Ayuntamiento (apartado k), correspondiendo al Alcalde la iniciativa para proponerla en materia de su competencia (artículo 21.1, l). Del mismo modo, el artículo 110 de dicha Ley atribuye al Pleno la competencia para declarar la nulidad de pleno derecho y la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria.

En cualquier caso, en el Ayuntamiento consultante, las facultades revisorias están delegadas en la Junta de Gobierno Local por Acuerdo plenario de 5 de julio de 2011, según informa el Secretario de la Corporación (folio 382 del expediente).

Respecto a la tramitación de este expediente se han observado las garantías procedimentales previstas en la LPAC, en cuanto se ha otorgado a los interesados un trámite de audiencia al objeto de la presentación de alegaciones. Ha de indicarse, no obstante, que para que este trámite pueda cumplir adecuadamente su finalidad, a la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión debería haberse adjuntado una relación de los documentos obrantes en el expediente y haber efectuado una advertencia expresa a los interesados de la posibilidad de obtener vista del mismo.

Por otra parte, tras el trámite de audiencia concedido y con ocasión del informe del Secretario de la Corporación que tiene por objeto contestar a las alegaciones efectuadas por los interesados, se invocan dos nuevas causas de nulidad que no constaban previamente entre las que fundamentaban el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local iniciador del procedimiento de revisión y que fue el que se puso en conocimiento de los interesados, lo que debería haber llevado a efectuar un nuevo trámite de audiencia.

Además, debió el órgano correspondiente del Ayuntamiento elaborar una propuesta de resolución una vez instruido el expediente y oídos los interesados. Se trata de un acto preceptivo, posterior a la audiencia de éstos y previo al Dictamen del Consejo Jurídico. Siendo tal exigencia

formal (la de propuesta de resolución) un requisito que no debió excusarse, consta, sin embargo, el parecer de la Corporación respecto de la revisión, y a él ha precedido el informe del Secretario, por lo que, desde estimaciones exentas de rigores formales, puede entenderse disculpable que no se anude a la falta de propuesta formalizada de resolución el efecto de devolver el expediente para que se complete el mismo.

Asimismo, debe advertirse que el expediente no está completo, pues no se ha incluido el informe de la Asesoría Jurídica externa del Ayuntamiento que permitía fundamentar el proceso de declaración de los contratos como indefinidos y al que se alude en diversos informes del Secretario de la Corporación. Del mismo modo, no constan las 92 solicitudes de conversión de la relación laboral temporal en indefinida que, según informes del Secretario de la Corporación de 17 de enero y 1 de febrero de 2011, se habrían presentado ante el Ayuntamiento.

Tampoco se ha incorporado el preceptivo extracto de secretaría, que ha de acompañar a las consultas que se formulen al Consejo Jurídico, conforme a lo establecido en el artículo 46.2 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

Finalmente, en cuanto al cumplimiento del plazo máximo para la resolución, el Ayuntamiento ha remitido el expediente dentro del plazo de tres meses previsto en el artículo 102.5 LPAC, teniendo en cuenta, además, que ha hecho uso de una de las posibilidades previstas en el artículo 42.5, letra c) LPAC, suspendiendo el plazo máximo para resolver, por cuanto el presente Dictamen es preceptivo y su carácter favorable o no determina el contenido del acuerdo que haya de adoptarse por la citada Corporación.

### **TERCERA.- Relación laboral indefinida no fija versus consolidación de empleo.**

Antes de entrar en el análisis de las causas de nulidad invocadas en el presente procedimiento de revisión de oficio, se estima necesario efectuar una consideración previa acerca del contexto en el que se desenvuelve el presente procedimiento de revisión de oficio.

De conformidad con los informes obrantes en el expediente, los actos objeto de revisión pretenden obtener lo que rechazó el Pleno del Ayuntamiento en sesión de 10 de diciembre de 2010: la modificación de la plantilla orgánica de la Corporación y proceder a efectuar una consolidación de empleo de su personal laboral temporal.

La consolidación de empleo temporal a que se refiere la DT 4ª EBEP persigue regularizar situaciones anómalas de extensión en el tiempo de empleos temporales (laborales y funcionarios interinos) que encubren necesidades permanentes de la Administración. Para acudir a ella, es necesario que las plazas estén dotadas presupuestariamente y superar un proceso selectivo que garantice el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. El resultado de estos procesos para los empleados públicos que en ellos participan es la adquisición de la condición de personal fijo (ya sea laboral o funcionario de carrera) de la correspondiente Administración.

Por el contrario, el resultado de las irregularidades en el uso de la contratación temporal en el ámbito de las Administraciones Públicas, en ningún caso da lugar a la adquisición de la condición de personal laboral fijo o funcionario de carrera, sino a la de contratado indefinido no fijo. Esta forma de relación de empleo, de creación inicialmente jurisprudencial (SSTS, Sala de lo Social, de 20 y 21 de enero de 1998) pero que ya ha tenido su reconocimiento legal en el artículo 11 EBEP y en la DA 15ª ET, no es comparable a las resultantes de los procesos de consolidación de empleo, pues a diferencia del personal laboral fijo y del funcionario de carrera, esta relación está sometida a una causa válida para su extinción, cuando se proceda a la cobertura reglamentaria de la plaza mediante personal fijo o a su amortización.

En su origen se encuentra el frecuente recurso de las Administraciones Públicas a la contratación laboral temporal como forma de complementar las a menudo insuficientes plantillas de empleados públicos. Insuficiencia derivada a su vez, normalmente, de las limitaciones presupuestarias, que aunque impiden dotar plazas fijas con su correspondiente reflejo en las relaciones de puestos de trabajo, sí que autorizan a destinar créditos del capítulo de inversiones o del mismo capítulo de personal a la cobertura de determinadas y concretas actuaciones, bien en atención a su carácter urgente, bien por constituir una obra o servicio determinado con límites claramente definidos o bien para atender volúmenes de trabajo especialmente elevados de forma transitoria, y todo ello aunque se trate de la realización de tareas normales y ordinarias de la actividad administrativa. Ocurre también con demasiada frecuencia que esa eventualidad se prolonga en el tiempo, a veces más allá de los límites temporales fijados para determinadas modalidades de contrato temporal, o se destina al trabajador a la realización de funciones propias del giro administrativo pero ajenas a la obra o servicio para la que se contrató, o que, cumpliendo formalmente con los límites de duración temporal de cada contrato, se encadenan de forma sucesiva varios de ellos desvelando una situación de necesidad estructural de la Administración.

En estos casos, la normativa laboral aplicable determina la conversión de la relación laboral en indefinida, que *“implica desde una perspectiva temporal su no sometimiento, directa o indirectamente, a un término, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijo de plantilla incompatible con las normas legales sobre reclutamiento del personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de éstas, el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza con una adscripción definitiva del puesto ocupado; antes al contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida ésta en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el vínculo”* (por todas, STS, Sala de lo Social, de 27 de marzo de 1998). Así pues, como afirma la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 29 de enero de 2009, el trabajador indefinido del sector público, por haber sido contratado temporalmente fuera de la Ley, ostenta un vínculo a extinguir a través de la provisión de la vacante correspondiente.

Se persigue con esta construcción conciliar la aplicación de las normas del derecho laboral que disciplinan la contratación laboral temporal, con las exigencias que los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, y las normas administrativas sobre selección de personal, imponen a la Administración en el reclutamiento externo del personal a su servicio (limitación de plazas, Oferta Pública de Empleo, dotación presupuestaria de las plazas y reflejo en RPT, pruebas selectivas, etc.).

Se advierte, entonces, que lo rechazado por el Pleno del Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar en diciembre de 2010 era un proceso de consolidación de empleo que perseguía, previa modificación de la plantilla orgánica y de la correspondiente RPT, la creación y posterior cobertura de plazas por personal fijo, que sería extraído de los trabajadores vinculados a la Corporación por un previo contrato laboral temporal.

Por el contrario, con los actos sujetos a revisión, lo que se produce es una conversión de las relaciones laborales temporales en indefinidas, lo que no determina, como hemos señalado, fijeza de plantilla, sino eliminar la referencia temporal para el término del contrato (*certus an sed incertus quando*) y su sustitución por una condición resolutoria del contrato como es bien la cobertura reglamentaria de las plazas por personal fijo o bien amortización si el Ayuntamiento considera innecesaria la prestación de tales servicios y lo motiva adecuadamente.

De hecho, cuando el artículo 15.5 ET establece la adquisición de la condición de trabajador fijo para aquellos que hayan sido objeto de un encadenamiento de contratos bajo las modalidades temporales durante 24 meses en un período de 30, la DT 15ª de la misma Ley precisa que, cuando

el empleador sea una Administración Pública, dicha norma surtirá efecto, *“sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda al empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo”*.

En consecuencia, comoquiera que la conversión de la relación laboral temporal en indefinida en ningún momento determina la adquisición de fijeza de plantilla, y deriva *ope legis* - cuando se dan las condiciones establecidas en la legislación laboral- de la existencia de irregularidades en previos contratos de trabajo eventuales suscritos por el propio Ayuntamiento, no puede exigirse para la validez de esta conversión la previa modificación de la plantilla orgánica del Ayuntamiento, con su correspondiente dotación presupuestaria y reflejo en la RPT, cuando tales requisitos no se exigieron para la celebración de los contratos que ahora mudan a indefinidos. Y ello sin perjuicio del necesario cumplimiento de dichos trámites, más el añadido de la celebración de pruebas selectivas, para el caso de que el Ayuntamiento pretendiera dotar de fijeza a sus trabajadores indefinidos acudiendo a un proceso de consolidación de empleo como el rechazado por el Pleno de la Corporación en diciembre de 2010.

#### **CUARTA.- Acto administrativo objeto del procedimiento de revisión.**

Los actos que se pretende revisar en el presente procedimiento adolecen de una cierta indefinición o imprecisión, pues junto al perfectamente identificado Decreto número 197 de la Alcaldía por el que se declaran como contratos indefinidos los que vinculan a 88 trabajadores con el Ayuntamiento, también se afirma que constituye objeto de la revisión incoada la *“anulación de los 39 trabajadores que se han ido declarando indefinidos por vía de hecho”* y que se contienen en el listado obrante a los folios 256 y ss del expediente.

La singularidad de este objeto múltiple exige efectuar ciertas consideraciones previas en orden a determinar si pueden reconducirse al concepto de acto administrativo que haya puesto fin a la vía administrativa o que no haya sido recurrido en plazo, único objeto posible de los procedimientos de revisión de oficio conforme al artículo 102.1 LPAC.

## 1. Los contratos excluidos del Decreto.

De conformidad con los informes obrantes en el expediente, estos 39 contratos se habrían convertido en indefinidos en virtud de órdenes, tanto escritas como verbales, del Alcalde y del Concejal Delegado de Personal. Sin embargo, tales órdenes no constan plenamente identificadas en el expediente (tanto es así que se dice que la conversión de estos contratos en indefinidos se ha producido por la vía de hecho), ni consta que las órdenes verbales se ajustaran a lo establecido en el artículo 55.2 LPAC respecto a su constancia escrita.

Dichas órdenes, por otra parte, no pueden ser las que figuran incorporadas a los folios 250 a 253 del expediente remitido al Consejo Jurídico, pues éstas se refieren a los trabajadores incluidos en el Decreto 197, ni la orden contenida en el folio 254, pues ésta se refiere a siete trabajadores que no están incluidos entre los 88 del Decreto ni entre los 39 del listado designado como documento 10 del expediente (folios 256 y ss.).

En consecuencia, no estando identificadas en el expediente las indicadas órdenes, carecerían del requisito de concreción del acto administrativo cuya revisión se pretende.

Ello, a su vez, determina que sin una referencia precisa a un acto administrativo concreto, ha de interpretarse que la revisión instada perseguiría anular el carácter indefinido de la relación laboral existente entre el Ayuntamiento y esos 39 trabajadores, para lo que no es hábil el procedimiento de revisión de oficio, como ya señaló este Consejo Jurídico en Dictamen 8/2000, pues *“no puede ser su objeto “la revisión de la relación laboral indefinida” (y sus irregularidades), ya que ésta ha de ser sustanciada ante el orden jurisdiccional social, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “Los tribunales del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos” (también la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 7 de julio de 1997)”*.

Adviértase, además, que la conversión de los contratos temporales en indefinidos no precisa de un acto formalizado declarativo de la voluntad de la Administración de efectuar dicha conversión, pues tanto en los supuestos en que se incurre en el uso de la contratación laboral temporal en fraude de ley como cuando se excede de la duración máxima legalmente prevista para los diversos tipos de contrato, tal mudanza o transformación es una consecuencia que opera *ope legis* en virtud de lo establecido en los artículos 15.3 ET, en cuya virtud, se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de Ley; 15.1, letra a) en relación con la

DA 15ª, ambas del mismo Estatuto, que declara indefinidos a los trabajadores contratados para obra o servicio determinado cuando continúen trabajando una vez excedan de la duración máxima permitida para este tipo de contratos; y 8.2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 ET en materia de contratos de duración determinada, en cuya virtud, expirada la duración máxima del contrato eventual, ejecutada la obra o servicio o producida la causa de extinción del contrato de interinidad, si no hubiera denuncia expresa y el trabajador siguiera prestando servicios, el contrato se entenderá prorrogado tácitamente por tiempo indefinido. También el artículo 15.5 ET, en relación con la DA 15ª ET, determina la conversión en indefinida de la relación laboral del trabajador que haya sido objeto de un encadenamiento sucesivo de contratos temporales durante 24 meses en un período de 30. Y ello sin perjuicio de la comunicación de tal conversión a los servicios públicos de empleo y a la Seguridad Social, a los efectos previstos en su normativa específica (constancia, bonificación en cotizaciones sociales, etc.). En este sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de mayo de 2002, dirá que *“el carácter indefinido de la relación contractual de trabajo depende exclusivamente de la aplicación de las reglas y presunciones del ordenamiento laboral”*.

Así pues, no identificando de forma suficiente el Ayuntamiento consultante qué órdenes son las que determinan la conversión de esos 39 contratos temporales en indefinidos y siendo posible que dicha conversión responda no a un acto administrativo formalizado sino al efecto directo de las normas reguladoras de la contratación laboral temporal, considera el Consejo Jurídico que la revisión instada, en realidad, perseguiría la anulación de unos contratos laborales en atención a las vicisitudes de la relación de empleo, para lo que no es hábil el procedimiento de revisión de oficio, por lo que en tal extremo no puede dictaminarse de forma favorable la indicada revisión.

Estima, por el contrario, el Consejo Jurídico que lo procedente sería que la Corporación consultante estudie cada supuesto individualizado a la luz de la normativa laboral y, si alcanza la conclusión de que tales relaciones no han devenido en indefinidas por imperativo de la normativa laboral, una vez desaparecida la causa habilitante de la contratación temporal (terminación de la obra o servicio para la que se contrató, expiración del plazo convenido, etc.) declare extinguidos los correspondientes contratos, lo que permitirá a los trabajadores, si así lo consideran oportuno, impugnar tal extinción, primero ante la propia Corporación Local a través de la reclamación previa a la vía laboral y posteriormente, en su caso, ante la Jurisdicción Social.

2. El Decreto de la Alcaldía número 197.

Este Decreto sí queda perfectamente identificado en el expediente, constando en él una copia del mismo. Como ya se ha indicado, el artículo 102.1 LPAC señala como único objeto posible del procedimiento de revisión de oficio, a los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o contra los que no se haya recurrido en plazo.

Que los actos del Alcalde agotan la vía administrativa es indudable, dado que carece de órgano jerárquicamente supraordenado y porque el artículo 52.2, letra a) LBRL así lo dispone expresamente.

Queda, no obstante, por determinar en qué medida el Decreto puede ser calificado como acto administrativo. Y es que, al dictarlo, el Alcalde y por extensión el Ayuntamiento, actúa como empleador, pues en definitiva procede a reconocer una novación de los contratos de trabajo temporales inicialmente suscritos, para declarar ahora su carácter indefinido. Existe por tanto una declaración de voluntad de la Administración, la cual, sin embargo, no estaría basada en el Derecho Administrativo (elemento definitorio de los actos administrativos según la doctrina más extendida), sino en la aplicación del Derecho del Trabajo, pues la conversión de los contratos en indefinidos pretende justificarse en la aplicación del artículo 15.5 ET.

Ahora bien, ello no es óbice para considerar que el Decreto de la Alcaldía sí ha de tomar en consideración determinadas normas administrativas, *“puesto que la formación de la voluntad de la Administración está sometida a normas de naturaleza jurídico administrativa, de acuerdo con la doctrina del acto separable”* (Dictamen del Consejo Jurídico 65/1999), singularmente las que regulan la competencia del Alcalde y el procedimiento para la adopción de los actos en que se manifiesta el ejercicio de sus facultades.

Desde esta perspectiva, cabe reconocer al Decreto cuya revisión se pretende el carácter de acto administrativo que pone fin a la vía administrativa, lo que lo hace susceptible de ser objeto de un procedimiento de revisión de oficio como el instado por la Corporación consultante.

#### **QUINTA.- De las causas de nulidad invocadas.**

Como ya se indicó en los Antecedentes de este Dictamen, se ha omitido la formulación de la preceptiva propuesta de resolución en la que el órgano competente debería haber concretado las causas de nulidad que entiende concurrentes en los actos sujetos a revisión. Ausente dicha propuesta, se procede a continuación a analizar las causas invocadas en sendos informes del Secretario Municipal, tanto en el que fundamenta el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local que

ordena incoar el procedimiento revisorio, como el evacuado con ocasión de contestar a las alegaciones formuladas por los interesados, en el que apunta dos nuevas causas que no habían sido invocadas con anterioridad.

I. Actos expresos o presuntos por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición (art. 62.1, letra f, LPAC).

Al tratarse la revisión de oficio de los actos administrativos de un cauce de utilización excepcional frente a la regla general de la anulabilidad, exige una interpretación estricta de las causas de nulidad de pleno derecho, máxime en el caso concreto del vicio establecido en el artículo 62.1,f) LPAC.

Esta causa de nulidad tiene su centro de gravedad en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales del acto, cuestión ésta que sólo puede resolverse caso por caso, como ha manifestado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, Dictamen núm. 118/11).

Profundizando en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales de los que debe carecer el afectado para la aplicación de tal supuesto, la doctrina del Consejo de Estado ha señalado que *“para que el vicio se produzca no resulta suficiente una vulneración objetiva del ordenamiento, con independencia de la gravedad que revista, sino que es preciso que esta vulneración consista precisamente en la carencia en la persona que adquiere una facultad o un derecho de un requisito esencial de carácter subjetivo”* (Dictamen del Consejo de Estado núm. 1530/2002).

Siguiendo la línea doctrinal del Consejo de Estado, en el Dictamen 200/2002 de este Consejo Jurídico expresamos que aquel Alto Órgano Consultivo entiende que, a estos efectos, esencialidad es *“lo que verdaderamente es inherente, estructural del acto”* (Dictamen de 25 de marzo de 1999). Y, ahondando en su exégesis, afirma que *“la noción de requisitos esenciales para la adquisición de derechos o facultades a que se refiere el precepto legal incluye, de una parte, los presupuestos de los actos y, de otra los requisitos de los actos. Presupuestos son las circunstancias de orden fáctico o jurídico que, siendo independientes, anteriores y externos al acto mismo, deben concurrir para que también sea posible y eficaz. Sin los presupuestos legales, el acto carece de sustento y fundamento de razón de ser, precisamente por faltar aquéllos”* (Dictamen de 4 de noviembre de 1999).

Quiere decirse, pues, que lo decisivo en la interpretación del artículo 62.1,f) LPAC es la trascendencia del presupuesto o requisito, fáctico o jurídico, exigido por la norma sectorial aplicable, lo que exigirá realizar un “*juicio de relevancia*” del mismo, tomando como elementos de dicho juicio el contexto jurídico en que el acto se enmarca y atendiendo a la finalidad del requisito en cuestión y su incidencia en la finalidad del acto en sí. Ello requerirá poner en relación la trascendencia de la carencia del requisito con el fin público perseguido con su exigencia.

En el expediente se fundamenta la invocación de esta causa en los siguientes hechos:

a) No todos los trabajadores llevan más de 24 meses trabajando en un período de 30, sino que 7 trabajadores no cumplen este requisito.

Si bien el Decreto de la Alcaldía se fundamenta en que todos los trabajadores llevaban trabajando más de 24 meses en un período de 30, en clara alusión al artículo 15.5 ET, en relación con el encadenamiento de contratos temporales, ya hemos señalado que no es ésta la única circunstancia que puede dar lugar a la conversión de la relación laboral en indefinida, por lo que difícilmente puede calificarse este requisito como esencial, en el sentido antes apuntado de que su ausencia hiciera irreconocible el acto, lo haga imposible o lo deje sin sustento o razón de ser. Lo confirma la propia redacción de la norma, pues el artículo 15.5 ET comienza señalando que lo en él dispuesto lo es sin perjuicio de lo establecido en los apartados 1, letra a) y 3 del mismo artículo 15, preceptos que se refieren a la conversión en indefinidos de los contratos de obra o servicio determinado que excedan del plazo máximo de duración de este tipo de contratos y a la contratación temporal realizada en fraude de ley, respectivamente, lo que ha de interpretarse en el sentido de que las prescripciones del artículo 15.5 ET sólo vienen a establecer una referencia temporal objetiva que se superpone, sin excluirlas, a las restantes circunstancias generadoras del carácter indefinido de las contrataciones inicialmente temporales. De hecho, suspendida la aplicación de este apartado 5 del artículo 15 ET durante un período de dos años a partir del 31 agosto 2011, conforme al artículo 5 del Real Decreto Ley 10/2011, de 26 de agosto, ello no impide que durante este período sigan vigentes las demás normas que determinan la conversión en indefinidos de los contratos temporales irregulares o ilícitos.

b) Ausencia de motivación en el expediente del carácter estructural o necesario de los trabajos efectuados, debiendo realizarse a través de la plantilla orgánica.

En efecto, el expediente no permite considerar plenamente acreditada la afirmación en que se sustenta el Decreto relativa al carácter estructural o necesario de los trabajos objeto de los

contratos que se convierten en indefinidos, pero ello, por sí solo, no determina la ausencia de este requisito, máxime cuando en el procedimiento revisorio tampoco se prueba que el objeto de los contratos no responda a necesidades permanentes de la Administración. De hecho, la larga duración de la mayoría de las contrataciones incluidas en el Decreto (en su mayoría exceden de tres y cuatro años, y no son pocos los que llevan trabajando para el Ayuntamiento, encadenando contratos temporales, más de diez años) hace pensar que las necesidades que se pretende atender con tales contratos son permanentes, si bien las carencias del expediente en cuanto a los trabajos realizados en cada caso y al detalle del objeto de cada uno de los contratos impide la certeza al respecto.

En todo caso, el carácter meramente accidental o transitorio de las necesidades cubiertas con los contratos a que se refiere el Decreto, a efectos de su anulación, debería haber sido acreditado en el expediente revisorio, lo que no se ha hecho. Debe insistirse, al respecto, que, aunque en efecto las necesidades permanentes o estructurales de la prestación de servicios municipales deben tener su reflejo en las correspondientes plantillas presupuestarias, con la debida dotación, su no constancia en ellas no determina por sí sola la inexistencia de la necesidad, pues puede responder a la insuficiencia de la plantilla derivada de las limitaciones presupuestarias o a una transitoria falta de ajuste de dicha plantilla a las necesidades de personal.

c) Hay 16 trabajadores incluidos en el Decreto que no pueden convertirse en indefinidos porque sus contratos son de interinidad, modalidad contractual que se excluye de forma expresa de la aplicación del artículo 15.5 ET.

De nuevo ha de recordarse que este artículo no es el único precepto que puede determinar la conversión de la relación laboral en indefinida, pues tendría dicha consecuencia el uso de este tipo de contratos en fraude de Ley (art. 15.3 ET). Sin olvidar que el artículo 8.2 RD 2720/1998 cita expresamente al contrato de interinidad entre aquellos que pueden entenderse tácitamente prorrogados cuando, producida la causa de extinción del mismo, el trabajador siguiera trabajando. Ello hace que el requisito de no tratarse de contratos de interinidad los que se sucedan en el encadenamiento de contratos temporales, no pueda reputarse como esencial para la conversión en indefinidas de las relaciones laborales que les unen al Ayuntamiento.

d) Existen contratos que no han sido firmados por los trabajadores, por lo que no tendrían validez. Serían contratos sin causa e inexistentes.

Tampoco puede aceptarse que la firma del contrato de trabajo sea un requisito esencial para el nacimiento de la relación laboral, no ya indefinida, sino de cualquier tipo y naturaleza, toda vez que de conformidad con el artículo 8.1 ET, el contrato de trabajo se podrá celebrar incluso de palabra y se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél.

Por otra parte, este argumento parece referirse no tanto a los contratos de trabajo, cuyos ejemplares no constan en el expediente remitido al Consejo Jurídico, sino a la comunicación al INEM de la conversión del contrato temporal en indefinido, que no puede confundirse con aquéllos.

e) El Alcalde no tiene competencia para aprobar el Decreto, pues tiene delegada la competencia en la Junta de Gobierno Local, por Decreto 657, de 21 de junio de 2007.

Por razones sistemáticas, este argumento será objeto de consideración al analizar la causa de nulidad consistente en la incompetencia manifiesta del Alcalde para dictar el Decreto cuya revisión se pretende. Baste ahora con señalar que dicha falta de competencia en el órgano que dicta el acto revisado no puede configurarse como un requisito esencial a los efectos del artículo 62.1, letra f), pues la carencia del mismo ha de referirse al afectado que adquiere facultades o derechos por el acto cuya declaración de nulidad se pretende.

f) La conversión en fijos de los trabajadores contratados por obra o servicio determinado durante más de 24 meses en un período de 30 no se produce de forma automática.

En efecto, para la aplicación del artículo 15.5 ET no basta la contratación bajo la modalidad de obra o servicio determinado durante 24 meses en un período de 30, sino que además es necesario que se dé el encadenamiento sucesivo de dos o más contratos de duración determinada, ya sea el de obra o servicio u otros como el eventual por circunstancias de la producción, con las excepciones indicadas en el cuarto párrafo del apartado.

No obstante, cabe remitirse a lo indicado *ut supra* acerca de la carencia de esencialidad en el requisito a los efectos de declarar la nulidad del acto objeto de revisión.

II. Nulidad absoluta o de pleno derecho por falta de crédito, prevista en el artículo 173.5 TRLH.

La propuesta sometida a Dictamen apoya la nulidad en la causa del artículo 173.5 TRLH, según el cual *“no podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar”*. Es de suponer que la razón por la cual dicha propuesta trae aquí esta causa se encuentra en la afirmación del Interventor vertida en su informe de 28 de junio de 2011, según el cual mediante el Decreto 197 de la Alcaldía *“se asumieron compromisos de gasto con cargo a ejercicios futuros que no son viables desde el punto de vista económico, lo que supone la nulidad de pleno derecho del Decreto”*, con fundamento en el artículo 175.3 TRLHL.

De acuerdo con ello, la subsunción de los hechos en el supuesto normativo del artículo 175.3 TRLHL requeriría acreditar fehacientemente la inexistencia absoluta de créditos en el ejercicio presupuestario en curso, es decir, el 2011, y en la concreta fecha del acto sustantivo al que acompañaría el compromiso de gasto, en este caso el 22 de febrero de 2011, dato éste que no aparece en el informe del Interventor, razón por la cual ha de entenderse que no se ha objetado por el órgano de control la existencia de crédito suficiente y adecuado en ese momento. Como ha quedado transcrito, el Interventor citado sitúa la aludida carencia de créditos presupuestarios en ejercicios futuros, supuesto distinto al contemplado en el 173.5 TRLH, el cual hay que poner en correspondencia con los principios de especialidad cualitativa y cuantitativa de los créditos presupuestarios, referido en el artículo 172 TRLHL, en el cual se contempla como ámbito delimitador de la existencia de crédito no sólo al crédito mismo específicamente considerado en el estado de gastos, sino en relación con el nivel de vinculación que le corresponda respecto a los demás créditos presupuestarios de su mismo capítulo, artículo o concepto, y, además, sin perjuicio de las modificaciones del presupuesto debidamente aprobadas (a las que se refiere el Interventor en su informe de 3 de diciembre de 2010, cuando observa que no existe inconveniente en financiar una modificación de la plantilla mediante transferencias de créditos).

Debe advertirse, no obstante, que, aun de haberse probado la inexistencia de crédito en los términos que una adecuada interpretación exige, la apreciación de este vicio de nulidad en el acto no apareja, inexorablemente, un juicio sobre la existencia o inexistencia de una obligación de la Administración frente al destinatario del acto que se pretende revisar, obligación que puede haber nacido de un contrato válidamente celebrado, o de cualquiera de las otras fuentes de obligaciones que señala el ordenamiento jurídico si el contrato adoleciera de irregularidades invalidantes. La falta de consignación presupuestaria podría no ser un obstáculo insalvable para hacer efectivas las obligaciones nacidas a partir de estos compromisos de gastos (STC 294/1994, F.J. 3º).

En cuanto a esta causa debe dejarse anotado, finalmente, que su hipotética existencia queda fuertemente difuminada si tenemos en cuenta, como se ha dicho en el anterior apartado, que el Decreto 197 puede tener un efecto meramente declarativo de unas consecuencias jurídicas ya producidas *ope legis*, derivadas del artículo 15.3 y 5 ET y del artículo 8.2 RD 2720/1998 respecto al contrato de interinidad.

III. Acto dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia (art. 62.1, letra b, LPAC).

La invocación de esta causa de nulidad se basa en que el Alcalde invade competencias del Pleno y de la Junta de Gobierno Local, pues los puestos de trabajo correspondientes a los contratos que se convierten en indefinidos deberían constar en la RPT y crearse a través de la plantilla orgánica, lo que corresponde al Pleno.

Se considera, asimismo, que el proceso equivale a una consolidación de empleo, cuya competencia corresponde al Pleno.

Esta última consideración ha de ser rechazada, pues ya se ha dicho en este Dictamen que la conversión de los contratos de duración determinada en indefinidos no tiene el alcance y la significación de un proceso de consolidación de empleo, toda vez que el resultado para los trabajadores es distinto en uno y otro caso: la fijeza de la relación laboral sólo se alcanza en los procesos de consolidación de empleo, fijeza que no corresponde a la relación laboral indefinida que se reconoce en el Decreto de la Alcaldía sujeto a revisión, pues los contratos quedan sometidos a una condición resolutoria, cual es la cobertura reglamentaria de la plaza o su amortización.

Del mismo modo, la invocación de los artículos 90 LBRL y 126 TRRL, que exigen que en la plantilla orgánica consten todos los puestos de trabajo reservados a funcionarios, personal laboral y eventual y sobre cuya base el informe de la Intervención municipal afirma que la selección del personal laboral temporal ha de someterse a las mismas normas que la contratación laboral fija, con creación de la plaza en la plantilla y posterior inclusión de la vacante en la Oferta de Empleo Público, llevaría a preguntarse por qué no se hizo así cuando se suscribieron los contratos de duración determinada que ahora se convierten en indefinidos.

La respuesta es, asimismo, evidente: en aquel momento se daban, al menos sobre el papel, las condiciones que, conforme a la normativa aplicable permiten excepcionar la inclusión de las plazas y puestos de trabajo temporal en la plantilla y en la RPT: tarea no permanente, contrato de

duración determinada y cargo del gasto a créditos de personal laboral eventual o al capítulo de inversiones (arts. 90.1 y 2 LBRL, 126 TRRL, y 15.1, letra f) de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que no ha sido derogado por el EBEP y que resulta aplicable por la remisión efectuada en el artículo 90.2 LBRL).

En la actualidad, según refleja el Decreto de la Alcaldía que se pretende anular, dichas necesidades se aprecia que han devenido permanentes y son necesarias para la prestación de los servicios municipales. Para el Secretario de la Corporación consultante esta determinación sólo puede realizarse a través de la plantilla de personal, pero lo cierto es que, más bien, la permanencia de las necesidades y su constatación es lo que habría de llevar, en su caso y en un momento posterior, a la modificación de la plantilla, a la creación de los puestos de trabajo en la correspondiente RPT y a su convocatoria para la provisión reglamentaria, todo lo cual deberá hacerse en su momento, si procede, por los órganos municipales competentes para ello.

Considera el Consejo Jurídico que no puede entenderse que ello ya se ha realizado por el Decreto en cuestión, que se limita a afirmar la necesidad de los trabajos que son objeto de los contratos temporales que se transforman; a constatar -aun erróneamente en algunos de ellos- que dichos contratos se han extendido por más de 24 meses en un período de 30; y a asignar la consecuencia que el ordenamiento laboral establece para dicha circunstancia en garantía de los derechos de los trabajadores frente a la utilización irregular de la contratación laboral temporal por parte de las Administraciones Públicas.

Como ya se ha dicho repetidamente en este Dictamen, la conversión de los contratos en indefinidos no conlleva un reconocimiento de fijeza en la plantilla, para lo que sí sería preceptiva la modificación de ésta, la creación de la plaza y su correspondiente reflejo en la RPT y posterior inclusión en la Oferta de Empleo Público, lo que sí habría de realizarse por el Pleno de la Corporación. Y es que la conversión de la relación laboral en indefinida únicamente determina su mantenimiento hasta que se cumple la causa válida de extinción del contrato, que pasa a ser la cobertura reglamentaria de la plaza o su amortización.

Por ello, no puede admitirse que el Decreto dictado por el Alcalde, jefe superior de personal del Ayuntamiento en virtud del artículo 21.1, letra h, LBRL), incurra en el vicio de incompetencia material manifiesta que el artículo 62.1, b) LPAC establece como causa de nulidad, porque la conversión en indefinidos de los contratos no exige el procedimiento formalizado dibujado por el Secretario y la Intervención del Ayuntamiento, competencia del Pleno, que sí sería ineludible para la atribución de fijeza a los trabajadores afectados.

Tampoco es manifiesta la incompetencia del Alcalde para declarar la conversión de los contratos en indefinidos, frente a lo indicado en el expediente que pretende residenciar dicha competencia en la Junta de Gobierno Local, sobre la base de la delegación efectuada en su día por el Alcalde en favor de este órgano de la facultad de contratar al personal del Ayuntamiento. Y es que el reconocimiento del carácter indefinido de la relación laboral no es de las facultades específicamente delegadas en el órgano colegiado de gobierno, salvo que se entienda incluido en la más genérica de *“la contratación y asignación de puestos de trabajo y cese del personal interino y eventual”* que se contiene en el Decreto de delegación.

Pero la determinación de si la declaración de mutación de la naturaleza temporal en indefinida de una relación laboral preexistente tiene cabida en la genérica competencia de contratación del personal eventual, máxime cuando para realizar dicha conversión no se procede a redactar y firmar un nuevo contrato de trabajo, exige una labor de interpretación jurídica que sería incompatible con el carácter manifiesto de la incompetencia, verdadera nota distintiva de la causa de nulidad invocada. Y ello porque, como de forma pacífica y reiterada ha establecido tanto la Jurisprudencia como la doctrina consultiva, *“la expresión “manifiestamente incompetente” significa evidencia y rotundidad; es decir, que de forma clara y notoria el órgano administrativo carezca de toda competencia respecto de una determinada materia (entre otras, Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1981 y de 24 de febrero de 1989)”* (Dictamen del Consejo de Estado núm. 2802/2004). Más recientemente, la STS, Sala 3ª, de 15 de junio de 2011, sintetiza la doctrina del Alto Tribunal en los siguientes términos:

*“Para generar la nulidad la incompetencia ha de ser manifiesta, sin que exija un esfuerzo dialéctico su comprobación o, dicho de otro modo, como también ha tenido ocasión de reiterar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha de ser clara, incontrovertida y grave, sin que sea precisa una labor previa de interpretación jurídica ( SSTS de 12 de junio de 1986 y 22 de marzo de 1988, entre otras muchas), utilizando términos tales como “patente” u “ostensible” o “notoria” para adjetivar la incompetencia ( STS de 20 de febrero de 1992).*

*Con arreglo, pues, a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo la expresión “manifiestamente incompetente” significa evidencia y rotundidad, es decir, que de forma clara y notoria el órgano administrativo carezca de competencia alguna en la materia”.*

Del mismo modo, debe tomarse en consideración que a través de la delegación únicamente se transfiere al órgano delegado el ejercicio de la competencia, no su titularidad (art. 13 LPAC), que

continúa residenciada en el órgano delegante, en este caso, el Alcalde. Bien es cierto que, para ejercitar por sí mismo la competencia delegada, el órgano delegante ha de proceder previamente a su avocación (art. 14 LPAC), lo que no consta que se haya producido en el supuesto sometido a consulta; pero esta omisión únicamente podría llegar a configurarse como una causa de anulabilidad, no de nulidad, pues la incompetencia del Alcalde no podría tacharse de manifiesta, clara, evidente y notoria, al mantener la titularidad de la competencia cuyo ejercicio tiene delegado.

IV. Acto que lesiona los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (art. 62.1, letra a, LPAC).

Esta causa de nulidad se introduce en el procedimiento revisorio con ocasión de la contestación a las alegaciones efectuadas por los afectados en el trámite de audiencia. Se argumenta en el informe del Secretario municipal que responde a dichas alegaciones que el Decreto 197 de la Alcaldía *“ha vulnerado los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad al no haber respetado el procedimiento público de oferta de empleo establecido en la LBRL”*, principios que se engarzan con el artículo 23 de la Constitución.

Ya se ha dicho que el Decreto objeto de revisión parte de la existencia previa de unas contrataciones de duración determinada en las que aprecia la concurrencia de circunstancias a las que el ordenamiento laboral anuda como consecuencia automática la conversión de tales relaciones de trabajo en indefinidas, sin sujetar tal mutación a una previa superación de pruebas selectivas acreditativas del mérito y capacidad, que sí serían necesarias para la adquisición de la fijeza. Y es, precisamente, la necesidad de conciliar esas consecuencias garantistas para el trabajador que la legislación laboral anuda a las irregularidades en el uso de la contratación temporal con las exigencias constitucionales relativas al acceso a la función pública la que engendra esa categoría tantas veces citada en el presente Dictamen de personal contratado indefinido no fijo, como ya se indica en la Consideración Tercera de este Dictamen, a la que ahora nos remitimos.

Comoquiera que el Decreto de la Alcaldía, se limita a reconocer dicha condición a los trabajadores afectados, cuya relación laboral queda sometida a una causa válida de extinción, sin llegar a adquirir fijeza en la plantilla del Ayuntamiento, no cabe entender vulnerado el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos consagrado por el artículo 23.2 CE.

V. Acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Al igual que la causa de nulidad anteriormente analizada, ésta se invoca por primera vez al contestar a las alegaciones de los afectados. Se afirma que el Decreto de la Alcaldía *“fue adoptado de forma unilateral por el Alcalde y en contra del criterio expresado por el Secretario del Ayuntamiento... Y sobre todo porque se ha adoptado por órgano manifiestamente incompetente”*.

Sobre la manifiesta incompetencia del Alcalde para dictar la resolución cuya revisión se pretende, hemos de remitirnos a lo indicado *ut supra* en relación con la causa de nulidad contemplada por el artículo 62,1, letra b, LPAC.

Para que opere la causa de nulidad establecida en el artículo 62.1, letra e) LPAC, el empleo de los dos adverbios “total y absolutamente” recalca *“la necesidad de que se haya prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de algunos de sus trámites esenciales que se pueda equiparar a esa omisión total. Junto a lo anterior, precisamente para ponderar la especial gravedad del vicio que se alega, ha de analizarse si se causó indefensión al interesado, para lo que habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por tal conculcación y lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido”* (Dictamen del Consejo de Estado 670/2009). Y es que, en la interpretación estricta que demanda esta causa de nulidad, ha de ser puesta en relación con la función de garantía inherente a la exigencia de que el ejercicio de las potestades y competencias administrativas se actúe a través de un procedimiento, a la vez garantía de los ciudadanos y del interés público. Por ello, la eventual concurrencia de esta causa de nulidad no debe examinarse desde una perspectiva formalista, sino desde una óptica sustantiva, en la que lo decisivo no es tanto la ausencia de uno o varios trámites, como que no se hayan respetado los principios o reglas esenciales que informan el procedimiento (Dictamen del Consejo de Estado 2183/2003).

No aprecia el Consejo Jurídico que el Decreto cuya nulidad se pretende haya sido dictado con ausencia total del procedimiento. En primer lugar, el acto no se dictó de plano, sin procedimiento previo, pues consta en diversos informes obrantes en el expediente que, con anterioridad al Decreto, se habían formulado numerosas solicitudes (en número de 92) para el reconocimiento de la condición de personal contratado indefinido no fijo por parte de otros tantos contratados eventuales del Ayuntamiento. Consta asimismo que se evacuaron informes por el Secretario del Ayuntamiento y, finalmente, se dictó el Decreto que reconocía aquella condición. En

consecuencia, se inició el procedimiento a instancia de parte, se instruyó y se resolvió, sin que se haya puesto de manifiesto en el expediente la omisión de trámite preceptivo alguno de carácter esencial que pudiera identificarse con la ausencia total de procedimiento.

Debe precisarse, asimismo, que la adopción de una resolución por parte del Alcalde separándose de un informe no vinculante, y sin perjuicio de la responsabilidad que tal apartamiento pudiera reportarle a aquél, no puede elevarse a la consideración de vicio del procedimiento susceptible de integrar la causa de nulidad que nos ocupa.

#### **SEXTA.- Alternativas de actuación.**

Como se desprende de la Consideración Cuarta de este Dictamen, no aprecia el Consejo Jurídico la concurrencia de las causas de nulidad invocadas por el Ayuntamiento consultante para proceder a la revisión de oficio instada, por lo que ha de dictaminarse en sentido desfavorable a la misma, sin perjuicio de recordar al órgano consultante que tiene abierta la vía revisoria prevista en el artículo 103 LPAC, para dejar sin efecto el referido Decreto de la Alcaldía de constante referencia, previa su declaración de lesividad y ulterior autoimpugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, toda vez que del expediente podría deducirse la concurrencia en el mismo de eventuales vicios y deficiencias que, sin alcanzar virtualidad suficiente para fundamentar el reproche jurídico extremo de la nulidad de pleno derecho, sí que podrían amparar una declaración de anulabilidad del acto (art. 63 LPAC).

Sin perjuicio de lo anterior, considera el Consejo Jurídico que debería procederse al análisis individualizado y detallado de cada relación laboral afectada por el Decreto para, a la luz de la normativa laboral, determinar en qué medida cabe considerarla como indefinida o no, y no ya porque responda a necesidades permanentes o estructurales de los servicios municipales, sino porque se hayan dado las circunstancias que, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, determinan la conversión de la relación temporal en indefinida. En este sentido, de la mera contemplación de los informes de vida laboral que se incorporan al expediente, aun con la limitada información que tales documentos aportan -no es posible saber con certeza, por ejemplo, si se incurrió en fraude de ley en su contratación, fraude de ley que no puede presumirse, sino que ha de resultar adecuadamente probado-, existen indicios de que una parte importante de los trabajadores incluidos en el Decreto habrían devenido indefinidos no fijos del Ayuntamiento, y ello con independencia de su expresa y formal declaración por el referido Decreto.

Respecto de ellos, si la Corporación Local considera que responden a necesidades permanentes, lo procedente sería crear las plazas en la plantilla, modificar en consecuencia la RPT, y proceder a su provisión o cobertura reglamentaria a través de la Oferta de Empleo Público, conforme con las disponibilidades presupuestarias. Dicha cobertura constituiría una causa válida para extinguir la relación de servicio de los trabajadores indefinidos no fijos.

También es causa válida para dicha extinción la amortización de la plaza a la que se vincula el objeto del contrato, lo cual no se escapa al Consejo Jurídico que no está exento de dificultades, pues como señala la STSJ de Cataluña, Social, de 5 de marzo de 2001, ello exige que *“se acredite debidamente en el proceso que el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador cuya relación laboral se extingue, ha sido real y efectivamente amortizado o suprimido, esto es, que en verdad ha desaparecido del organigrama del organismo, más allá de un mero y simple cambio puramente formal de denominación o clave de identificación. De forma que no procede la extinción cuando la supuesta amortización del puesto de trabajo es en realidad de carácter puramente formal y no real, cuando se siguen contratando nuevos trabajadores para continuar desempeñando tareas de igual categoría profesional”*.

Surge, además, la dificultad añadida de que el contenido de la relación de servicios indefinida no se corresponde con un puesto de trabajo concreto de la RPT del Ayuntamiento, sino que se trata de contenidos funcionales que revelan la existencia material de una necesidad que no se ha traducido en la formal creación de un puesto de trabajo. Por ello, para extinguir un contrato indefinido no fijo por amortización de la plaza, previamente habría de vincularse a un concreto puesto de trabajo y, posteriormente, proceder a su amortización.

De no ser ello posible, se apunta como vía alternativa para extinguir las relaciones laborales de carácter indefinido el despido objetivo contemplado en el artículo 52, letra e, ET, si se dieran las circunstancias legales habilitantes. Como ya se ha indicado, la jurisprudencia señala como causa válida de extinción de los contratos indefinidos no fijos la de amortización de la plaza, sin necesidad de acudir al despido objetivo (así, la STS 27 de mayo de 2002, conforme a la cual, la Administración puede extinguir el contrato de un indefinido no fijo por la simple amortización de la plaza ocupada, como si de una interinidad por vacante se tratara, sin necesidad de acudir al despido). Pero, si no es posible identificar o vincular de forma precisa el contenido de la relación laboral que se pretende extinguir con una plaza de plantilla, entonces la extinción del contrato por esta vía sería extremadamente difícil, so pena de aceptar que *“cualquier contratación laboral por los entes públicos podría ser finalizada sin indemnización alguna, con independencia de toda irregularidad que pudiera haberse cometido (...)”*. Se produciría así la paradoja de que el efecto del

*reconocimiento del carácter indefinido del contrato haría de peor condición al trabajador indefinido no fijo que al temporal en lo relativo a su estabilidad en el empleo, puesto que podría ponerse fin de manera libre y gratuita a todo contrato temporal así reconvertido con independencia de que hubiese llegado el término pactado del mismo” (STSJ Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Social, 195/2009, de 4 de marzo). Se conciliarían así los derechos de los trabajadores que hubieran alcanzado la condición de indefinidos no fijos de plantilla con el interés general de poner fin a tales relaciones que no se estimaran necesarias para la adecuada prestación de los servicios municipales.*

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina desfavorablemente la revisión de oficio instada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar, al no apreciar la concurrencia de las causas de nulidad invocadas.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 266-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar  
**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)  
**Fecha** 14/12/2011

**Extracto de doctrina**

Cuando se trata de daños sufridos por alumnos en Centros de Educación Especial o producidos por niños con necesidades educativas especiales, la tradicional obligación de custodia de todo centro se ha de verificar de forma más exigente.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 17 de diciembre de 2010, tiene entrada en el Registro General de la Consejería consultante escrito de x, mediante el que solicita indemnización fundamentada en la responsabilidad patrimonial que a la Administración incumbe según los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LPAC), por los daños sufridos por su hijo menor de edad, x, alumno del Colegio de Educación Infantil y Primaria Virgen de Guadalupe de Murcia. Según informe de la Directora del Centro los hechos ocurrieron del siguiente modo: *“al entrar al aula, aprovechando la dispersión inicial de los niños (el aseo, colocación de útiles, Asamblea, etc), x intenta hacerle que se siente en la Asamblea y x le coge las gafas y las tuerce”*.

La interesada acompaña a su solicitud la siguiente documentación: a) factura de una óptica por importe de 71 euros; b) fotocopia del Libro de Familia acreditativo del parentesco entre el alumno y la reclamante.

Finaliza su escrito reclamando el pago de la factura correspondiente a la reposición de las gafas.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo de 31 de enero de 2011, se dirige escrito a la Dirección del Colegio solicitando informe acerca de las circunstancias en que se produjo el incidente.

El requerimiento es cumplimentado por la Directora que remite informe en el que se hace constar lo siguiente:

*“- La conducta descrita en el informe inicial remitido con fecha 12 de diciembre de 2010, forma parte de la conducta habitual del niño x que, en dicha ocasión, tuvo como consecuencia la rotura de las gafas del alumno x.*

*- Que no se produjo conducta negligente por parte de la profesora presente x.*

*- El alumno x tiene antecedentes en este tipo de conducta, por lo que remito informe del orientador realizado con ocasión de otro incidente de este tipo.*

*- Que el centro ha dispuesto, dentro de los recursos de los que dispone, medidas extraordinarias y refuerzos del personal docente y no docente (ATE) -Ayudante Técnico Educativo- para evitar la alteración de la marcha de la clase, pero que estas medidas no siempre pueden aplicarse en su totalidad dado que en el centro se producen incidencias como la necesidad de sustituciones, requerimiento de atención inmediata de otros alumnos para el ATE...*

*- En el horario del aula de 5 años C, el miércoles 15 de diciembre a las 9 horas, le hubiera correspondido prestar su apoyo al ATE x pero se encontraba de baja médica.*

*- Que el diagnóstico inicial con el que el alumno llegó al centro no recogía los informes médicos que posteriormente se han aportado y que, por tanto, la opción de escolarización de este alumno puede no ser la adecuada.*

*Y le adjunto la siguiente documentación:*

*- Relato de los hechos por parte de la profesora presente.*

*- Informe del orientador del centro.*

*- Parte de IT del ATE”.*

La tutora de los menores implicados en el incidente informa lo siguiente:

*“El día 15 de diciembre de 2010, el alumno x, rompió las gafas a su compañero de clase x, bajo las siguientes circunstancias:*

*Al comienzo de la jornada escolar (9 a 9'15 horas), los niños realizan las rutinas supervisados por la tutora: van al aseo, colocan sus pertenencias en las perchas, agendas en su*

*lugar correspondiente, agua, bocado... en dicho tiempo deambulan desde el aula al baño (donde están ubicadas las perchas) con libertad.*

*Encontrándose la tutora en el baño, ayudando a los niños a colgar chaquetas en las perchas, el alumno x sale al aula y el compañero x intenta hacerle sentar en la asamblea, por lo que x le coge las gafas y se las tuerce, tal como suele hacer, cada vez que tiene a su alcance, este tipo de objetos”.*

A su vez el orientador del centro indica que:

*“...el alumno x, de educación infantil de 5 años, nacido el 8 de agosto de 2005 está siendo objeto de estudio psicopedagógico para determinar afectación por Trastorno Generalizado del Desarrollo de tipo inespecífico (diagnosticado así por el servicio de neuropediatría del hospital Virgen de la Arrixaca, de Murcia).*

*De lo que hasta la fecha conozco, considero que el niño no es responsable de las acciones destructivas que lleva a cabo, las cuales enmarco en los problemas conductuales derivados de su déficit en relaciones sociales, habituales en niños con este tipo de trastornos”.*

**TERCERO.-** Seguidamente la instructora solicita informe a la Inspección de Educación sobre las funciones que ejerce un ATE, así como si es obligatoria su presencia en las aulas a las que asisten niños con necesidades educativas especiales. El requerimiento es cumplimentado mediante el informe que consta incorporado al expediente. En el mismo el Inspector actuante, tras describir las funciones de los Ayudantes Técnicos Educativos, indica que la presencia de éstos no es obligatoria en los supuestos consultados. Concretamente señala que *“este personal sólo existe cuando están escolarizados alumnos con estas necesidades que precisan ayuda para realizar las tareas de la vida diaria que no puede realizar solo a causa de su discapacidad, y aun en este caso será la programación docente y la adaptación curricular la que marque si es necesaria o no la presencia del auxiliar técnico educativo y en qué momentos y condiciones. Es el Proyecto educativo donde se debe recoger de modo global las medidas de atención a la diversidad del alumnado, que posteriormente se concretan en las programaciones docentes y se detallan, en su caso, en las adaptaciones curriculares que sean precisas para cada uno de los alumnos con necesidades educativas especiales, previa evaluación psicológica realizada por el equipo de orientación educativa y psicopedagógica”.*

A la vista de lo informado se requiere un nuevo informe de la Dirección del centro para que señale si en la programación está previsto que para niños con las características conductuales de x esté presente un ATE, a lo que la Dirección contesta en el siguiente sentido:

*“- En la Programación del centro, dadas las características conductuales del alumno x, está prevista la presencia de profesor o auxiliar técnico educativo, a lo largo de todo el horario lectivo. De esta manera es posible prestarle una atención educativa individualizada y minimizar los efectos que su conducta disruptiva pudiera causar en el resto del alumnado de su grupo.*

*- El horario de apoyo para la atención de este grupo se ha confeccionado con horario del especialista de Pedagogía Terapéutica, Audición y Lenguaje, ATE y profesor de apoyo de Educación Infantil.*

*- El centro dispone de un ATE que tiene a su cargo la atención de x y de otros cuatro alumnos y alumnas de E. Infantil. Si el ATE está de baja o tiene que atender cualquier requerimiento urgente de los otros alumnos/as que tiene a su cargo, el centro no dispone de recursos para sustituirlo, hasta que la Consejería de Educación envía un sustituto al centro”.*

**CUARTO.-** Conferido trámite de audiencia a la interesada, ésta no comparece ni presenta alegación o documento alguno, procediendo la instructora a formular propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar que, atendiendo las necesidades educativas especiales de x y la ausencia del ATE cuya presencia se encontraba incluida en la Programación del Centro, se da nexo causal entre los daños sufridos por x y el funcionamiento del servicio público prestado por el centro público donde se produjo el incidente.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada en este Órgano Consultivo el pasado 17 de junio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Procedimiento, plazo y legitimación.**

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 LPAC, habiendo sido formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal del menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Consejería consultante es competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro en el que ocurrió el accidente.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, el Consejo Jurídico viene reiterando la constante doctrina de los órganos consultivos y del Tribunal Supremo según la cual la objetivación alcanzada por el instituto de la responsabilidad patrimonial no permite una imputación automática a la Administración, con independencia de su actuación, de cuantos hechos dañosos sucedan como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos, de tal modo que la producción de un accidente dentro del

centro escolar no es suficiente para atribuir sus consecuencias maquinalmente a la Administración educativa, puesto que es imprescindible la relación de causalidad directa e inmediata entre dicho daño y el funcionamiento del servicio público, al menos en proporción suficiente como para constituirse éste en causa exclusiva o concurrente del daño, para lo cual es necesario ponderar las circunstancias que concurren en cada caso en orden a determinar si se cumplen los requisitos que caracterizan la responsabilidad patrimonial, legalmente establecidos en los artículos 139 y siguientes LPAC (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3582/2001).

Cuando se trata de daños sufridos por alumnos en Centros de Educación Especial o producidos por niños con necesidades educativas especiales, la tradicional obligación de custodia de todo centro se ha de verificar de forma más exigente, afirmando el Consejo de Estado que las características de esos centros obligan a la Administración a extremar su celo en la custodia de los alumnos (Dictámenes núms. 4060/1996, de 19 de diciembre, y 1077/1996, de 9 de marzo, entre otros). En esta misma línea se manifiesta la doctrina legal de otros órganos consultivos autonómicos y de este Consejo Jurídico (Dictámenes núms. 30/2002, 107/2002, 31/2003, 65/2003, 15/2005 y 17/2005, entre otros muchos).

El relato de los hechos contenido en el expediente sometido a consulta acredita que el alumno x sufrió daño en sus bienes como consecuencia de la actuación agresiva de un compañero que, según afirman tanto la Directora del centro como la tutora y el orientador, es un niño con necesidades educativas especiales, y aunque no presente conductas agresivas habituales, sí suele tener fijación con las gafas de sus compañeros (folio 28). Esta actuación por sí sola constituye causa suficiente para que la Administración educativa asuma el riesgo inherente a la prestación del servicio educativo, porque, tal como señala el Consejo de Estado, entre otros en su Dictamen 1228/2001, los daños escolares producidos en circunstancias en las que concurren niños con necesidades educativas especiales *“son especialmente atendibles y, en consecuencia, deben ser resarcidos por la Administración autonómica”*. Pero es que, en el supuesto nos ocupa, a lo anterior hay que adicionar la inclusión de otra causa que coadyuvó en la producción de los hechos, y es que estando prevista la presencia de un ATE en el aula a la que asistía x, el día en el que se produjeron los hechos aquél no estaba presente por encontrarse de baja laboral y no haberse previsto su sustitución, lo que permite considerar que la vigilancia desplegada en este caso no fue la adecuada.

Por lo tanto, al considerar que sí existe nexo de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño producido, entiende el Consejo Jurídico que procede estimar la reclamación de responsabilidad.

**CUARTA.- Quantum de la indemnización.**

En lo que se refiere a la valoración de los daños considera el Consejo que, no habiendo sido discutidos estos extremos en la tramitación del expediente, hay que estar a los alegados y probados por la reclamante, y a la valoración que de ellos resulta acreditada mediante la factura incorporada al expediente, cifrados en 71 euros, más las actualizaciones que legalmente correspondan.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, por ser el daño imputable a la Administración regional, al existir relación de causalidad entre el mismo y el funcionamiento de sus servicios públicos.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 267-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.  
**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)  
**Fecha** 14/12/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.
- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada al afectado x, según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dio traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

Mediante comparecencia ante la instructora del procedimiento llevada a cabo el día 22 de enero de 2008, la esposa del paciente, x, pone de manifiesto el fallecimiento de su marido, interesando que se la tenga por personada en el procedimiento en nombre de aquél. Aporta copia de su documento nacional de identidad, del certificado de defunción de x y del libro de familia en el que figura la inscripción del matrimonio entre el fallecido y la compareciente.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007,*

*correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido nº. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*".

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que "*efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*".

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 38 años.*

*Antecedentes personales: HTA leve ocasional. Fumador. Herniorrafia inguinal. Gastritis por H. pylori y hernia de hiato. Taquicardia ventricular diagnosticada a raíz de dolor precordial atípico y tratada con amiodarona, con reversión a ritmo sinusal y con demostración posterior de infarto agudo de miocardio inferior, con coronarias normales.*

*Enfermedad oncológica:*

*Diagnóstico: Adenocarcinoma gástrico de células en anillo de sello, estadio T3NxM1 (peritoneales)*

*Estadio: IV*

*Fecha del diagnóstico: 2/Marzo/2007*

*Tratamiento de la neoplasia: Cirugía el 2/3/07: gastrectomía subtotal con reconstrucción Billroth II, quedando carcinomatosis peritoneal residual. Tras valoración en nuestro Servicio, se plantea quimioterapia con esquema docetaxel-cisplatino (75 mg/m<sup>2</sup> d.1; 75 mg/m<sup>2</sup> d.1; cada 21 días), del que se administra el primer ciclo el día 27/3/08.*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de cisplatino:*

*Situación en el momento de la administración del tratamiento: Buen estado general (ECOG 0), sin problemas postquirúrgicos, aunque con pérdida de peso progresiva.*

*Fecha de administración: 27/3/07*

*Dosis total prescrita de cisplatino: 120 mg*

*Toxicidad aguda (máxima):*

*-Digestivo: no.*

*-Mielotoxicidad: no*

*-Ototoxicidad: acúfeno grado 2; hipoacusia grado 2 (audiometría: hipoacusia en agudos 80db en OD y 65 en OI; hipoacusia perceptiva bilateral en agudos igual al mes de revisión).*

*-Nefrotoxicidad: insuficiencia renal grado 1 (Creatinina máxima: 1.53 mg/dL).*

*-Neurotoxicidad: grado 1.*

*-Otras toxicidades: Astenia grado 2.*

*Ingreso hospitalario: no*

*Evolución posterior y situación actual:*

*Evolución de la neoplasia: Se continuó quimioterapia, pero se modificó esquema debido a la toxicidad del cisplatino, que fue sustituido por carboplatino. Tras seis ciclos de tratamiento, había*

*deterioro sintomático y el paciente precisaba paracentesis frecuente, objetivándose en el TAC progresión de las metástasis peritoneales, por lo que se suspendió el tratamiento. Por otra parte, empeoramiento de su cardiopatía, con FEVI del 30% y episodios de ángor, por lo que en Julio-07 se optó por tratamiento sintomático. Entre el 16/7 y el 25/8/07 permaneció ingresado en nuestro Servicio por complicaciones relacionadas con su neoplasia y con el tratamiento de la misma (shock séptico, hemorragia digestiva, insuficiencia renal, desnutrición severa, ascitis refractaria, neumonía nosocomial). Tras el alta fue remitido a la Unidad de Cuidados Paliativos domiciliaria, desde donde se nos comunicó su fallecimiento poco después (no dispongo de la fecha exacta).*

*Situación actual: Fallecido por progresión de la neoplasia.*

*Juicio diagnóstico:*

*- Adenocarcinoma gástrico de células en anillo de sello, estadio IV (peritoneales) tratado con gastrectomía y quimioterapia paliativa.*

*-Exitus laetalis (causa: neoplasia gástrica en progresión)".*

En la nota 2 del informe se hace referencia a que la valoración de la ototoxicidad se ha hecho con los datos disponibles en su Servicio, si bien es posible que existan datos adicionales en el Servicio de Otorrinolaringología.

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cisplatino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal a x por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 5 de noviembre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, también de 5 de noviembre de 2009, de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presentó el paciente con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que el 1er. ciclo del tratamiento suministrado el 27/3/07 al x coincide con el periodo en que se utilizó la doble concentración. También que los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de este paciente afirma lo siguiente:

“Toxicidad aguda: solo toxicidad digestiva que se resolvió sin problemas.

- Ototoxicidad: Acúfeno grado 2. Hipoacusia grado 2 en el OI la misma hipoacusia que en 2004.
- Nefrotoxicidad: Insuficiencia renal grado 1 con creatinina máxima de 1,53 mg/dL
- Neurotoxicidad: grado 1”.

Finalmente, señala que el paciente falleció por la progresión de la neoplasia.

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que valoró el daño causado en la cuantía de 6.947,43 euros, teniendo en cuenta una estabilización lesional de 20 días.

Dicho importe se desglosa valorando un periodo de incapacidad temporal, que asciende a 705,01 euros por 7 días impeditivos (a razón de 50,35 euros diarios) y 13 no impeditivos (a 27,12 euros por día), y 8.089,20 euros, por las secuelas de acúfenos (3 puntos), parestesias de miembros superiores (1 punto), y de miembros inferiores (1 punto), y por insuficiencia renal grado 1 (5 puntos), a razón de 808,92 euros por punto, sin que se tenga en cuenta ningún factor de corrección al no tenerse constancia de que pudiera aplicarse. El importe así obtenido se aminora en un 21%, es decir, en la cuantía de 1.846,78 euros por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino.

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va

desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cistoplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, la esposa del paciente presenta escrito al que une certificado de la defunción de su marido, acaecida el día 6 de septiembre de 2007, libro de familia y declaración de herederos.

Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**DUODÉCIMO.-** La propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (4.631,62 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (2.315,81 euros), más los intereses legales correspondientes, si bien atribuye la responsabilidad subsidiaria de la Administración respecto a la cuantía a abonar al paciente por el citado Laboratorio.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 14 de abril de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que el paciente recibió el segundo ciclo de quimioterapia con Cisplatino el 27 marzo de 2007 en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma

equivocada el pedido de viales (Cistaplino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 5 de noviembre de 2009).

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un error de medicación, al suministrar a 25 pacientes afectados de procesos oncológicos una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino.

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso "registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos".

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase

coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección, que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí, que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra

enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el precitado informe de 5 de noviembre de 2009 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a prueba de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

#### **QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

##### I. Relación de causalidad.

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño,*

*quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”.*

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”.* También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección *“en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%”* (informe de 5 de noviembre de 2009). De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un

pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, sino imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen

núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro, que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento.

Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

### III. Responsabilidad directa de la Administración.

Por último, debe suprimirse de la propuesta de resolución la referencia a la responsabilidad subsidiaria de la Administración respecto al pago de la cuota correspondiente al Laboratorio Farmacéutico, en tanto la responsabilidad directa de la Administración ha sido reconocida por este Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 2/2000, 9, 20, 31 y 32, todos de 2002, y 177/2006, en la interpretación sistemática del artículo 97 TRLCAP, que ha llevado a concluir que, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta debe resolver respondiendo directamente de los daños que le ha causado a ella el concesionario o contratista, sin perjuicio de la acción de regreso que debe ejercitar contra aquéllos a fin de determinar el grado de responsabilidad que les pueda alcanzar por los hechos. A este respecto el Consejo de Estado ha declarado que los particulares no tienen el deber de soportar la incertidumbre jurídica de la última imputación del daño (Dictámenes de 18 de junio de 1970, 21 de julio de 1994 y 28 de enero de 1999). En este mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo al afirmar que la

naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad de la Administración impide a ésta desplazar la misma al contratista, sin perjuicio de la acción de repetición de aquélla contra éste (entre otras, Sentencias de la Sala 3ª, de 19 de mayo de 1987 y de 23 de febrero de 1995).

**SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 6.947,43 euros, al afectado, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Por parte de la esposa del paciente no se ha cuestionado la cuantía indemnizatoria propuesta.

Encontrándose justificada la cuantía indemnizatoria fijada por el órgano instructor, salvo la aplicación de un coeficiente reductor del 21% por la toxicidad intrínseca del Cisplatino, frente al fijado en otros expedientes que versan sobre la misma actuación (35%) que debe ser motivado, este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a lo señalado anteriormente sobre la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente a los interesados, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA**.- No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad y la supresión de la mención a la responsabilidad subsidiaria (Consideración Quinta).

**TERCERA**.- La cuantía indemnizatoria se considera justificada, salvo la cuestión suscitada en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 268-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.  
**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)  
**Fecha** 14/12/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.
- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada a la afectada x, a través de edictos publicados en el Boletín Oficial de la Región de Murcia (BORM) y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Molina de Segura, según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrado por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dió traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas*

presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.

No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.

Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.

Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.

Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*".

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que *"efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)"*.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica de la paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*"Paciente de 50 años.*

*Antecedentes personales: No alergias, No factores de riesgo cardiovascular. No hábitos tóxicos. No cirugía previa.*

*Enfermedad oncológica:*

*Diagnóstico: Carcinoma adenoescamoso grado NIII de cérvix uterino.*

*Estadio: IIIC (afectación ganglionar en cadena ilíaca externa izquierda).*

*Fecha del diagnóstico: 5/12/2006.*

*Tratamiento de la neoplasia: Intervenida el 5/12/06 mediante operación de Wertheim-Meigs. Tras ser remitida a nuestro Servicio, se inició quimiorradioterapia concurrente adyuvante con cisplatino semanal. Se administró quimioterapia (cisplatino: 40 mg/m<sup>2</sup> iv /semana; dosis total: 70 mg/semana) los días 13/2, 19/2, 26/2,5/3, 12/3 y 20/3/2007.*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de cisplatino:*

*Situación en el momento de la administración del tratamiento: Tratamiento adyuvante bien tolerado (rectitis y cistitis grado 1) y sin complicaciones asociadas. Sin enfermedad activa.*

*Fecha de administración: 20/3/2007*

*Dosis total de cisplatino prescrita: 70 mg iv.*

*Toxicidad aguda (máxima):*

- *Digestiva: Náusea grado 2, diarrea grado 2, rectitis grado 2.*
- *Mielotoxicidad: neutropenia grado 3, sin complicaciones infecciosas.*
- *Ototoxicidad: acúfeno grado 2, no pérdida auditiva (audiometría: ligera caída de 8000hz sin repercusión auditiva compatible con ototoxicidad vs presbiacusia).*
- *Nefrotoxicidad: no.*
- *Neurotoxicidad: no.*
- *Otras toxicidades: anorexia grado 1*

*Ingreso hospitalario: no.*

*Evolución posterior y situación actual:*

*Evolución de la neoplasia: Posteriormente, en Abril-07, se administró braquiterapia. Ha seguido posteriormente revisiones (la última el día 6/3/08) sin evidencia de recaída.*

*Toxicidad crónica o residual:*

- *Ototoxicidad: no.*
- *Nefrotoxicidad: no.*
- *Neurotoxicidad: no.*
- *Otras toxicidades: no*

*Situación actual: Viva y sin evidencia de enfermedad neoplásica. Asintomática. No tratamiento antineoplásico activo.*

*Juicio diagnóstico:*

- *Carcinoma adenoescamoso de cérvix uterino, estadio IIIc, tratado con cirugía y quimiorradioterapia adyuvante concurrente, sin evidencia de recaída.*
- *Toxicidad residual por cisplatino: no<sup>o</sup>.*

En la nota 2 del informe se hace referencia a que la valoración de la ototoxicidad se ha hecho con los datos disponibles en el Servicio, si bien es posible que existan datos adicionales en el Servicio de Otorrinolaringología.

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cisplatino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal de la paciente por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre los hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 8 de octubre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, de 15 de julio de 2009, de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presentó la paciente con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que en este caso no hay seguridad de que se realizara la sobredosis. También que los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de esta paciente presentó como toxicidad aguda la sintomatología digestiva que se resolvió sin problemas y la ototoxicidad con acúfenos grado 2, sin pérdida auditiva, pero ligera caída de 8000 Hz sin repercusión auditiva.

Por último, indica que no mostró toxicidad residual.

**OCTAVO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y

solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**NOVENO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que valoró el daño causado en la cuantía de 556,96 euros.

Dicho importe se desglosa valorando un periodo de incapacidad temporal, que asciende a 705,01 euros por 7 días impeditivos (a 50,35 euros por día), y 13 no impeditivos (a 27,12 euros por día), sin que se determinen secuelas pues no se advierte toxicidad residual. El importe así obtenido se aminora en un 21%, es decir, en la cuantía de 148,05 euros por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino.

**DÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cisplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta que la paciente formulara alegaciones.

**DUODÉCIMO.-** Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**DECIMOTERCERO.-** La propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (371 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (186 euros), más los intereses legales correspondientes.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 7 de junio de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que la paciente recibió ciclo de quimioterapia con Cisplatino en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cisplatino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el

servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 8 de octubre de 2009).

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada a la paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

#### **CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un error de medicación, al suministrar a 25 pacientes afectados de procesos oncológicos una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino.

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso "registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos".

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se

encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación, etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el precitado informe de 8 de octubre de 2009 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a prueba de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

**QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

I. Relación de causalidad.

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”*.

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de

Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos”*. También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que la afectada tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección *“en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%”* (informe de 15 de julio de 2009). De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, si no imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada, luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro,

que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento. Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

**SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el dictamen estimatorio de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 557 euros a la afectada, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Por parte de la interesada no se han presentado alegaciones, ni se ha cuestionado la cuantía indemnizatoria propuesta.

Encontrándose justificada la cuantía indemnizatoria fijada por el órgano instructor, salvo la aplicación de un coeficiente reductor del 21% por la toxicidad intrínseca del Cisplatino que debe ser motivado, este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente al afectado, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

**SEGUNDA.**- No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad (Consideración Quinta).

**TERCERA.**- La cuantía indemnizatoria se considera justificada, salvo la cuestión suscitada en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 269-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar  
**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2011)  
**Fecha** 14/12/2011

**Extracto de doctrina**

Las agresiones de unos alumnos a otros se tienden a calificar como infracción del deber de vigilancia si se producen en ausencia del profesor (Dictamen 126/2004), si se hacía previsible la situación de violencia (Dictamen 129/2005), si por las circunstancias la agresión debió ser prevenida y evitada (Dictamen del Consejo de Estado 913/2000) o cuando son una infracción al derecho de todo alumno a que se respete su integridad y dignidad personal, estándar éste que se ha incorporado al servicio público por el Decreto 115/2005, de 21 octubre, que establece las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares, y cuya infracción implica el funcionamiento anómalo del servicio y la imputación del daño a la institución (Dictamen 69/2008).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 14 de diciembre de 2010, se recibe en la Consejería de Educación, Formación y Empleo comunicación de accidente escolar emitida por el Director del CEIP “Santiago” de Totana.

Se relata en ella que el 13 de diciembre de 2010 y mientras los alumnos esperan en la fila para entrar a clase tras el recreo, surge entre dos alumnos de primero de Educación Primaria una disputa, propinándole uno de ellos una patada al otro, rompiéndole el fémur.

**SEGUNDO.-** El 7 de febrero de 2011, x, madre del menor agredido, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional en solicitud de una indemnización que no concreta, por las lesiones sufridas y los días de incapacidad, que se precisarán, anuncia, en el momento en que el niño sea dado de alta.

A la reclamación se acompaña la siguiente documentación: a) certificado del Director del centro escolar, acreditativo de la condición de alumno del hijo de la reclamante, del hecho de haber sufrido aquél un accidente escolar en el centro el 13 de diciembre de 2010 y de carecer el colegio de seguro privado; y b) informes clínicos de la asistencia prestada al niño en el Hospital “Virgen de la Arrixaca”, según los cuales el menor ingresa el 13 de diciembre de 2010 con diagnóstico de

“*fractura transversa diafisaria 1/3 medio de fémur derecho*”, siendo intervenido para reducción de fractura. Recibe el alta hospitalaria el 16 de diciembre de 2010.

**TERCERO.-** Admitida a trámite la reclamación por resolución de la Secretaría General de la Consejería consultante, se designa instructor, que procede a comunicar dicha resolución a la interesada, a quien requiere para concretar la evaluación económica del daño y acreditar su parentesco con el menor lesionado, y a solicitar del centro docente el preceptivo informe de su Director.

Contesta la reclamante excusando la evaluación económica, al no ser posible todavía su concreción por no haber sido aún dado de alta el menor, y aportando copia del Libro de Familia.

**CUARTO.-** Con fecha 7 de marzo de 2011 se evacua el informe del Director del centro docente, que se expresa en los siguientes términos:

*“Entre los alumnos x... y..., compañeros del grupo de 1º B de nuestro centro, no hay ningún antecedente de enemistad o malas relaciones entre ambos, sino todo lo contrario, los niños son muy amigos y se buscan el uno al otro para jugar; según han manifestado ellos también lo hacen fuera del colegio, en sus casas.*

*Considero, en base a las manifestaciones que hicieron los niños después de los hechos ocurridos, que no hubo intención de hacer daño, no hubo una pelea previa, sólo disputaron el colocarse antes en la fila de entrada, por lo que la intención de la patada no fue premeditada.*

*Aunque en el patio se encontraban todas las tutoras, para entrar con su grupo de alumnos al terminar el período de recreo, ni x... (tutora de 1º B), y...(tutora de 2º A), que eran las más cercanas a los niños, vieron el momento exacto de la patada pues ocurrió en décimas de segundo.*

*Dadas las circunstancias expuestas, considero que fue totalmente imposible prever o evitar el daño causado”.*

**QUINTO.-** Con fecha 21 de marzo de 2011 se confiere trámite de audiencia a la interesada, que presenta escrito de alegaciones para afirmar que se dan en el supuesto todos los requisitos de la responsabilidad patrimonial, *“pues encontrándose el menor en el patio de recreo del CEIP Santiago, recibió una fuerte patada en la pierna de otro alumno del centro, con el resultado de lesiones. Independientemente del mayor o menor cuidado que observaran los profesores del colegio en evitación de sucesos como el aquí examinado, obligación que entra en el ámbito de la*

*“culpa in vigilando”*, y reiterando lo expuesto en su reclamación inicial acerca de la obligación de la Administración de responder por los daños producidos en el ámbito del servicio público, aun derivados de una actividad perfectamente lícita y debidos al *“riesgo creado por la existencia misma del servicio público prestado por el Colegio”*.

**SEXTO.-** El 13 de julio de 2011, el instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no existe relación causal entre el funcionamiento del servicio público en el que se integra el centro docente y los daños padecidos por el alumno.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 20 de julio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

La reclamación ha sido formulada por persona legitimada y dentro del plazo de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la actual Consejería de Educación, Formación y Empleo competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Centro en el que ocurrieron los hechos.

Examinado el expediente, cabe afirmar que se han seguido los trámites que para este tipo de procedimientos establece el ordenamiento jurídico, sin que se aprecien carencias esenciales,

toda vez que consta que se han recabado los informes preceptivos, siendo este Dictamen el último de ellos, y se ha conferido trámite de audiencia a la reclamante.

**TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial. Ausencia de nexo causal.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

El Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

El Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que *“durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”*, estándar éste que resulta modulable según las circunstancias de cada caso (Dictamen del Consejo Jurídico 58/2006). Por ello, está tanto en la doctrina del Consejo de Estado como en la del Consejo Jurídico que es necesario analizar tales circunstancias para determinar la existencia de nexo causal, sobre la base de que se entienda infringido el estándar citado. Las agresiones de unos alumnos a otros se tienden a calificar como infracción del deber de vigilancia si se producen en ausencia del profesor (Dictamen 126/2004), si se hacía previsible la situación de violencia (Dictamen 129/2005), si por las circunstancias la agresión debió ser prevenida y evitada (Dictamen del Consejo de Estado 913/2000) o cuando son una infracción al derecho de todo alumno a que se respete su integridad y dignidad personal, estándar éste que se ha incorporado al servicio público por el Decreto 115/2005, de 21 octubre, que establece las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con

fondos públicos que imparten enseñanzas escolares, y cuya infracción implica el funcionamiento anómalo del servicio y la imputación del daño a la institución (Dictamen 69/2008).

Sin embargo, también existen pronunciamientos que aconsejan desestimar las pretensiones indemnizatorias cuando la agresión o pelea viene precedida de una discusión mutua y los escolares tienen edad suficiente para comprender las consecuencias de sus propios actos (Dictamen del Consejo de Estado 2110/2002). En tales casos se produce una ruptura de la relación de causalidad, considerándose que el daño es consecuencia de los propios actos del alumno afectado (Sentencia núm. 584/1999 de 16 septiembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ País Vasco, y Sentencia núm. 2581/2007 de 21 diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León).

En el supuesto sometido a consulta, no se aprecian las circunstancias a las que se anuda la responsabilidad patrimonial en los supuestos de agresiones entre alumnos. Así, en primer lugar, el incidente se produce entre dos compañeros que habitualmente se llevan bien, que son amigos y entre los que no existen antecedentes conocidos de riñas, peleas o episodios de violencia. Los hechos, además, se producen cuando todos los tutores ya se encuentran en el patio y en presencia de la tutora de los niños, que se encuentra poniendo orden entre los alumnos a su cargo para proceder a entrar al aula tras el recreo, momento éste en que la excitación de los escolares es alta, pudiendo surgir disputas por ocupar los lugares de preferencia en la fila, como al parecer ocurrió en este supuesto. De tales circunstancias no puede extraerse una vulneración del deber de vigilancia que incumbe a los docentes, toda vez que la tutora de los niños se hallaba presente en el lugar de los hechos y ejerciendo sus labores de control sobre la clase, sin que quepa considerar que la agresión era previsible o que pudiera ser evitada.

De hecho, la interesada no insiste en esta cuestión, pues lejos de aludir a circunstancias que pudieran poner de manifiesto un incumplimiento del estándar exigible en el deber de vigilancia predicable de los docentes, centra sus alegaciones en el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial y en el riesgo derivado de la mera existencia del servicio público. Sin embargo, como ya se ha dicho, no puede aceptarse tal razonamiento que convertiría en indemnizables cualesquiera daños que se produjeran con ocasión de la prestación del servicio público educativo, con abstracción del necesario nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido por los usuarios del servicio, vínculo éste que no se aprecia en el supuesto sometido a consulta.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir los presupuestos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 270-2011**

**Asunto** Revisión de oficio solicitada por x, contra los actos liquidatorios y de sanción impuesta a la mercantil --.

**Consultante** Consejero de Economía y Hacienda (2011)

**Fecha** 14/12/2011

**Extracto doctrina**

Para la aplicación de la causa de nulidad contemplada en el artículo 217.1, letra d) LGT lo esencial es el hecho objetivo de la comisión de un delito, siendo una función estrictamente jurisdiccional la valoración de los hechos y su calificación penal como delito (arts. 9.3 y 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), en la que el juez no puede ser sustituido por la Administración.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 5 de diciembre de 2008, x insta de la Consejería de Economía y Hacienda la revisión de oficio de tres actos tributarios relacionados con la adquisición, el 8 de mayo de 2002, por la mercantil "--" de una finca, mediante la obtención del 100% del capital de la sociedad "--" a la que la finca pertenecía. El precio de adquisición es de 6.310.000 euros. Según el relato del actor, la compra, que se realiza en un mismo acto, se instrumenta en dos escrituras distintas, cada una por el 50% del capital, y son presentadas para su liquidación por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en fechas distintas (17 de mayo y 12 de julio de 2002), ambas como exentas del referido tributo.

El 22 de febrero de 2006, el actor, que es dueño del 9,22% de la sociedad adquirente, solicita a la Dirección General de Tributos una certificación de que aquélla se encontraba al corriente del pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Reiterada esta solicitud el 6 de marzo siguiente, se pide que, de no estarlo, se tengan los hechos por denunciados y solicita que actúe la Inspección de Tributos.

El 13 de febrero de 2007, la Inspección de Tributos, ante la existencia de dos escrituras públicas que originan dos expedientes de gestión tributaria, levanta dos actas firmadas de conformidad por el representante de la mercantil investigada, de las que resulta que "--", debía haber tributado por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en relación con la adquisición del

50% del capital de "--", arrojando una deuda tributaria de 236.979,96 euros, y quedando exenta del tributo en relación con la del 50% restante.

Asimismo, en relación con dichos hechos, el 16 de febrero se le impone una sanción de 118.498,98 euros, que dada la conformidad de la mercantil sancionada se reduce un 30%, quedando en 82.942,99 euros.

Las dos liquidaciones resultantes de las actuaciones inspectoras, una con una deuda tributaria de 236.979,96 euros y otra exenta, y la sanción impuesta son los actos ahora impugnados.

Afirma el actor que denunció los hechos ante la Fiscalía el 1 de junio de 2006 y que, tras su ratificación, se abrieron diligencias informativas con fecha 29 de noviembre de 2007. En el transcurso de dichas diligencias la Dirección General de Tributos ha emitido sendos informes que justifican la actuación de las unidades a su cargo.

Para el actor, los actos cuya revisión de oficio solicita incurren en la causa de nulidad prevista en los artículos 62.1, letra d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y 217, letra d) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), pues considera que han sido dictados como consecuencia de infracción penal.

En este sentido, argumenta que no estamos ante dos operaciones por el mero hecho de que existan dos escrituras de adquisición de acciones. La operación es única, pues el mismo día, en dos escrituras ante el mismo Notario y con números de serie consecutivos, "--" adquirió el 100% del capital de la única sociedad ("--") tenedora de un único activo inmobiliario cuya titularidad era el objeto real de la operación. Considera, en consecuencia, que existe una operación única y que también es uno el hecho imponible, de forma que el otorgamiento de dos escrituras *"difícilmente puede tener otro objetivo que ocultar la operación, sobre todo porque las dos escrituras se presentaron como exentas: no se pagó por ninguna"*.

Ello le lleva a afirmar la existencia de delito fiscal pues cada una de las dos escrituras supera por sí misma el umbral de 120.000 euros, lo que permite encuadrar la actuación en el tipo del artículo 305.1 del Código Penal, en cuya virtud, *"el que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos (...), siempre que la cuantía de la cuota defraudada (...) exceda de 120.000 euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía"*. Considera, además,

que no sería aplicable la exención de responsabilidad penal contemplada en el apartado 4 del indicado precepto, pues la regularización de la situación tributaria se habría producido después del inicio por la Administración tributaria de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de la deuda tributaria. Advierte, asimismo, un ánimo defraudatorio en la forma en que las escrituras fueron presentadas.

De forma subsidiaria solicita la declaración de lesividad de los indicados actos al incurrir en infracción del ordenamiento jurídico.

**SEGUNDO.-** El 17 de septiembre de 2009 la Dirección General de Tributos acuerda iniciar el procedimiento especial de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de los actos impugnados.

**TERCERO.-** Conferido trámite de audiencia al actor, comparece y manifiesta que el expediente administrativo está incompleto, solicitando la incorporación de diversa documentación.

El 1 de febrero de 2010 formula escrito de alegaciones para ratificar las de su solicitud inicial. Informa, además, del estado de las actuaciones penales que se siguen por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Murcia, como Diligencias Previas 1089/2007, a raíz de la querrela presentada por el x. Archivadas en su día, la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por el actor y se han reabierto, por lo que el interesado considera que la revisión de oficio solicitada resulta determinante para la investigación que se sigue en el indicado Juzgado.

Incide el interesado con sus alegaciones en que los actos cuya revisión se solicita han sido el producto de la indebida aplicación del ordenamiento jurídico tributario y de los criterios jurisprudenciales imperantes (SSTS de 30 de abril de 2004 y 17 de mayo de 2006; Resolución TEAC 9 de junio de 2009) que interpretan el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), y que determinan que la base imponible del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en los supuestos de adquisición de inmuebles a través de las acciones de la sociedad titular de los mismos, estará constituida por la parte proporcional del valor de los inmuebles que corresponda al porcentaje total de participación que pase a tener la entidad adquirente en el momento de la obtención del control. En aplicación de esta doctrina, considera el actor que la Dirección General de Tributos debía liquidar por el conjunto de la operación y, por tanto, por el 100% del inmueble, que era el 100% del activo de la sociedad, en lugar de liquidar sólo por el 50%, como hizo.

**CUARTO.-** El 31 de marzo de 2010, la Dirección General de Tributos informa acerca de la solicitud de revisión de oficio instada. Niega legitimación activa al actor para impugnar los actos cuya revisión solicita, por no ser parte en la relación jurídico-tributaria entre la Administración y el obligado tributario, posición que corresponde a la mercantil, de la que es accionista, pero cuya representación no le ha sido otorgada.

Niega, además, que exista la causa de nulidad alegada, dado que no se ha aportado al expediente una sentencia penal que declare la existencia de delito o falta.

**QUINTO.-** Con fecha 3 de mayo de 2010, el Servicio Jurídico de la Consejería consultante emite informe en el que, aunque admite la argumentación de la Dirección General de Tributos acerca de la falta de legitimación del actor para impugnar los actos, considera que ésta derivaría de su condición de interesado y que su calificación como tal en el procedimiento de revisión podría ser discutible.

En cuanto a la causa de nulidad invocada por el actor, se reitera lo indicado por la Dirección General de Tributos acerca de la ausencia en el expediente de declaración de existencia de delito o falta realizada por los órganos de la jurisdicción penal.

**SEXTO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se requiere a la Dirección General de Tributos para que proceda a dar nueva audiencia al actor respecto del expediente completo o se indiquen las razones para no hacerlo. Del mismo modo, se requiere a los órganos preinformantes que se pronuncien acerca de la pretensión subsidiaria de declaración de lesividad de los actos impugnados.

**SÉPTIMO.-** El 14 de junio de 2010 emite informe la Dirección General de Tributos expresando que no se ha dado acceso al actor a la totalidad del expediente atendida su falta de legitimación activa y la especial reserva que exigen los datos contenidos en el expediente. Se afirma, asimismo, que la actuación de la Dirección General de Tributos en los procedimientos de gestión tributaria y sancionador de los que derivan los actos impugnados se ha ajustado al ordenamiento.

**OCTAVO.-** El 28 de junio, el Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda se remite a lo indicado por la Dirección General de Tributos, considerando procedente la no concesión de un nuevo trámite de audiencia.

**NOVENO.-** Con fecha 16 de julio de 2010, la Dirección de los Servicios Jurídicos emite su informe. Estima que es difícil negar la condición de interesado al socio de una mercantil para poder impugnar actos tributarios y sancionadores impuestos a dicha sociedad, dado que tales actos pueden afectar a los derechos e intereses legítimos del socio. No obstante, considera razonable el criterio de la Dirección General de Tributos de negar el acceso del interesado a determinados documentos del expediente, a la luz del carácter reservado de los mismos.

En relación con la causa de nulidad invocada, se manifiesta que ante la ausencia en el expediente de resolución penal firme que declare la existencia de una infracción penal, no puede considerarse que se dé dicho motivo. En relación con la declaración de lesividad subsidiariamente pretendida, la Dirección de los Servicios Jurídicos excusa pronunciarse, ante la falta de razonamiento jurídico por parte del interesado que le dé sustento o que la desvirtúe por parte de la Dirección General de Tributos.

**DÉCIMO.-** Remitido el expediente al Consejo Jurídico mediante escrito recibido el 22 de julio de 2010, y estando pendiente de la emisión de Dictamen, el x solicita audiencia ante este Órgano Consultivo, a lo que se accede por Resolución del Presidente del Consejo Jurídico de la Región de Murcia de 27 de octubre siguiente, en virtud de lo establecido en los artículos 31.1, letra a) LPAC y 48 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este órgano, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril).

**UNDÉCIMO.-** Obtenida vista del expediente el 10 de noviembre de 2010, el interesado formula alegaciones el 26 de noviembre siguiente, señalando que lo que pretende con su acción no es sólo que se dejen sin efecto los actos impugnados, sino que se proceda a practicar las liquidaciones y las sanciones que correspondan de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Vuelve a insistir en los argumentos ya expuestos con ocasión del primer trámite de audiencia concedido relativos a la incorrecta aplicación de los criterios interpretativos del artículo 108 LMV en la determinación de la base imponible del tributo, a la existencia de una única operación de compra y no dos, a la existencia de delito fiscal y a la relevancia del presente procedimiento de revisión de oficio para las investigaciones penales.

Asimismo, señala que la calificación de los hechos denunciados como leves en el procedimiento sancionador es errónea, pues debieron calificarse como graves, al existir ocultación y un premeditado ánimo defraudador.

Finalmente, en relación con la declaración de lesividad pretendida señala que ésta deriva de haberse recaudado sólo la mitad de lo debido y no el total de lo que debería haber abonado la mercantil.

**DUODÉCIMO.-** El 24 de enero de 2011, el Consejo Jurídico emite el Dictamen 13/2011, en el que considera que sí existe legitimación activa del actor para instar la nulidad de los actos tributarios a los que se refiere su solicitud, aunque no la tiene para pretender su declaración de lesividad. Asimismo, se advierte de la omisión del preceptivo trámite de audiencia a un interesado en el procedimiento revisorio, como es la mercantil "--", por lo que se concluye que debe completarse la instrucción del procedimiento, confiriendo el indicado trámite de audiencia.

**DÉCIMOTERCERO.-** Con fecha 15 de junio, el Servicio Jurídico Tributario notifica a la referida mercantil la concesión del trámite de audiencia, compareciendo un representante de la misma y retirando documentación del expediente, sin que conste que presentara alegación o justificación adicional alguna.

**DÉCIMOCUARTO.-** El 31 de octubre, la Jefa del Servicio Jurídico Tributario, con el visto bueno del Director General de Tributos, formula propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud de nulidad formulada, al considerar que el actor carece de legitimación activa para ello y que no concurre la causa de nulidad invocada.

**DÉCIMOQUINTO.-** El 14 de noviembre, el Servicio Jurídico de la Consejería consultante emite informe, ratificándose en el evacuado en relación con la propuesta inicial.

**DÉCIMOSEXTO.-** El 17 de noviembre tiene entrada en el Consejo Jurídico la nueva documentación.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

De conformidad con el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 217.4, segundo párrafo, LGT, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre la revisión de oficio de tres actos administrativos en materia tributaria, cuya declaración de nulidad se pretende.

**SEGUNDA.- Del procedimiento.**

Una vez subsanada la omisión del preceptivo trámite de audiencia a la mercantil "--" cabe considerar que la instrucción se ha ajustado a las normas reguladoras de este tipo de procedimientos, contenidas en el artículo 217 LGT y en los artículos 4 y siguientes del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que aprueba el Reglamento General de Desarrollo de la Ley 58/2003, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA).

**TERCERA.- De la legitimación activa: el concepto de interés legítimo en los procedimientos de revisión de oficio.**

Cabe dar aquí por reproducidas las consideraciones que al respecto se contienen en nuestro Dictamen 13/2011. No obstante, se estima oportuno incidir en la materia a la luz de la nueva propuesta de resolución.

Y es que la Dirección General de Tributos niega que el actor goce de legitimación activa en atención a que la mera condición de socio no le otorga ni la representación necesaria para actuar en nombre de la sociedad ni un interés legítimo en la resolución que pudiera recaer en el procedimiento de revisión de oficio. Para ello, acude a la doctrina establecida por el Tribunal Económico Administrativo Central acerca de la falta de legitimación activa de los socios para personarse en procedimientos de reclamación económico-administrativa iniciados por las sociedades en las que se integran, que este Consejo Jurídico no desconoce y que, además, ha sido sancionada por la jurisprudencia, por todas, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fechas 27 de julio de 2005 y 11 de diciembre de 2007.

Ahora bien, esta doctrina se construye sobre la base de negar la intervención de los socios en procedimientos ordinarios que, en tanto que persiguen la impugnación de actos tributarios, se insertan en la relación jurídica tributaria cuyo sujeto pasivo es la sociedad mercantil, como entidad o persona jurídica independiente de la de sus partícipes, la defensa de cuyos intereses sólo a ella incumben, sin que la mera condición de socio otorgue un interés legítimo para accionar a favor de los de la sociedad, que habrá de hacerlo a través de los órganos que estatutariamente ostenten su representación.

No obstante, en el supuesto sometido a consulta, el interés que manifiesta el actor no es coincidente con el de la sociedad, sino abiertamente contrapuesto, pues lo que persigue es conseguir la regularización fiscal de la empresa para que se le pueda expedir una certificación de

estar dicha sociedad al corriente de sus obligaciones con la Hacienda Pública y poder así enajenar sus participaciones libres de cargas y gravámenes (folio 208 del expediente y alegaciones formuladas ante el Consejo Jurídico). Ciertamente es que las consecuencias de la acción ejercitada irían mucho más allá de ese interés particular y que, aunque se obtuviera la pretendida declaración de nulidad de los actos impugnados, ello no conllevaría sin más que se pudiera expedir la certificación, lo que haría aún más dudosa su legitimación para actuar en un procedimiento de impugnación ordinario.

Sin embargo, ha de tomarse en consideración que en el procedimiento de revisión de oficio, junto a los intereses particulares en juego, reviste una singular trascendencia la finalidad de depuración de la actuación administrativa de los más graves vicios en los que aquélla puede incurrir, quedando afectado el orden público. Y es que una correcta comprensión de la denominada "acción de nulidad" que los artículos 102 LPAC y 217 LGT ponen en manos de los ciudadanos como medios de impugnación de los actos administrativos exige recordar que, a diferencia de las reclamaciones económico-administrativas y de los recursos ordinarios, en la referida revisión de oficio *"no existe un derecho del administrado a imponer la declaración de nulidad, pues en definitiva ello sólo es consecuencia del ejercicio de una potestad de revisión de oficio, que es el elemento clave, en cuyo ejercicio no cuenta sólo el interés del accionante y el puro valor de la legalidad del acto impugnado, sino otros elementos a ponderar por la Administración, por los límites imperativos del artículo 112 LPA (hoy 106 LPAC)"* (SSTS, Sala 3ª, de 24 de abril de 1993, y Sala 5ª, de 30 de mayo de 1994). En estos procedimientos, que tienen por objeto no tanto satisfacer el interés particular del ciudadano actor cuanto excitar la intervención de la Administración para dejar sin efecto sus actos favorables firmes, por concurrir en ellos las causas de nulidad tasadas por el ordenamiento, el concepto de interés legítimo admite una interpretación extensiva (en consonancia con la propugnada por la doctrina constitucional sobre la base del derecho a la tutela judicial efectiva y el principio *pro actione*; por todas STC 120/2004), de modo que existirá cuando pueda establecerse una conexión, aun indirecta y remota, entre la declaración de nulidad del acto administrativo impugnado y las consecuencias (beneficios o evitación de perjuicios) que, para la esfera jurídica del actor, pretende éste obtener con el ejercicio de su acción, permitiendo así un pronunciamiento sobre el fondo antes de rechazar *limine litis* la legitimación de parte y declarar la inadmisibilidad de la revisión de oficio instada.

**CUARTA.- Sobre la causa de nulidad invocada: ser los actos impugnados constitutivos de infracción penal o haberse dictado como consecuencia de ésta.**

La potestad de revisión de oficio de los actos tributarios, reconocida en general a la Administración por el artículo 217 LGT, supone una facultad excepcional que se le otorga para

revisar los actos administrativos sin acudir a los Tribunales y sin tan siquiera esperar a su impugnación por los interesados. Prevista para vicios especialmente graves causantes de la nulidad de los actos, constituye, en definitiva, una manifestación extrema de la autotutela administrativa.

Habida cuenta de la especial configuración de dicha potestad administrativa, existen importantes límites o condicionantes a la misma; por lo que aquí interesa, el primero de ellos reside en los motivos que habilitan para acudir a esta vía revisoria. Dichos motivos, contenidos en el propio artículo 217.1 LGT, constituyen verdaderas causas tasadas, con enumeración exhaustiva, y cuya especial gravedad, en definitiva, fundamenta esa potestad excepcional, como, asimismo, tanto el Consejo de Estado como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han venido entendiendo de manera constante y reiterada (por todas SSTs de 30 de marzo de 1982, 17 de octubre de 2000 y 12 de marzo de 2002).

Así, el artículo 217.1, letra d) LGT establece que podrá declararse la nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria que *“sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta”*.

La dicción legal de esta causa de nulidad no genera grandes problemas interpretativos en cuanto a su contenido, pero sí respecto a la forma o mecanismo como ha de aplicarse.

En efecto, para que se dé esta causa de nulidad, el acto administrativo bien ha de ser en sí mismo constitutivo de infracción penal (el supuesto paradigmático es el acto que se adopta por prevaricación) o bien su dictado ha de derivar de la comisión de un ilícito penal, que antecede al propio acto administrativo, insertándose en su procedimiento de elaboración e influyendo decisivamente en su contenido. En este supuesto, para poder declarar la nulidad del acto, la previa infracción penal ha de encontrarse en una relación de causalidad clara respecto de aquél, siendo determinante del mismo.

En todo caso, el presupuesto habilitante de la revisión de oficio con fundamento en la indicada causa de nulidad ha de ser la existencia de una sentencia penal condenatoria o, al menos, un pronunciamiento del orden jurisdiccional penal, aun en forma de auto de sobreseimiento, que declare la existencia del ilícito penal (Dictámenes del Consejo Jurídico núm. 69/2002, 147 y 241/2010). En el mismo sentido, la STSJ Castilla y León, núm. 2418/2000, de 29 de diciembre, y SAN de 26 de noviembre de 2003, entre otras. Y es que para la aplicación de la causa de nulidad contemplada en el artículo 217.1, letra d) LGT lo esencial es el hecho objetivo de la comisión de un delito, siendo una función estrictamente jurisdiccional la valoración de los hechos y su calificación

penal como delito (arts. 9.3 y 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), en la que el juez no puede ser sustituido por la Administración.

En el supuesto sometido a consulta, a pesar del esfuerzo del actor por argumentar acerca de la alegada ilicitud penal de las actuaciones que derivan en la producción de los actos impugnados y aunque existe un proceso penal promovido mediante denuncia formulada por él mismo, lo cierto es que no consta que se haya dictado pronunciamiento jurisdiccional alguno que declare la existencia de delito fiscal en tales actuaciones o en los actos derivados de ellas, por lo que no procede estimar concurrente la causa de nulidad alegada.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud de revisión de oficio en la medida en que no aprecia la concurrencia de la causa de nulidad invocada por el actor.

Dicho parecer favorable no se hace extensivo a la denegación de legitimación activa en el actor, que este Consejo Jurídico sí considera concurrente, de conformidad con lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 271-2011**

**Asunto** Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter estatal.  
**Consultante** Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas (2008)  
**Fecha** 19/12/2011

**Extracto doctrina**

La competencia autonómica para establecer la regulación proyectada, además de las previsiones contenidas en el EBEP, deriva de la prevista en el artículo 11.9 del Estatuto de Autonomía, en cuya virtud le corresponde, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, el desarrollo legislativo y ejecución en materia de régimen local. En ejercicio de esta competencia se dictó la Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia (LRLRM), que establece normas sobre la asistencia a los municipios con funcionarios con habilitación nacional que presten servicios en la Administración regional para realizar labores de Secretaría (art. 57) y para la sustitución de funcionarios con habilitación de carácter nacional (art. 58).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En el mes de enero de 2010, el Colegio Provincial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local de Murcia, elabora un borrador de texto normativo regulador del ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia respecto de los funcionarios con habilitación de carácter estatal.

**SEGUNDO.-** Remitido dicho texto a la Consejería consultante, ésta procede a elaborar, a su vez, un borrador de Decreto de Régimen Jurídico de los Funcionarios con Habilitación de Carácter Estatal, que, en mayo de 2010, es sometido al indicado ente corporativo y a la Dirección General de Empleo Público, invitándoles a participar en el procedimiento de elaboración de la futura norma.

Aunque no consta en el expediente la correspondiente documentación acreditativa, también se remitió el borrador a la Federación de Municipios de la Región de Murcia, que lo repartió entre los diversos Ayuntamientos. Formulan alegaciones los de Cartagena, Molina de Segura, La Unión y Santomera, así como el Secretario de este último, a título particular.

**TERCERO.-** Las numerosas alegaciones formuladas son objeto de diversos informes valorativos del Servicio de Asesoramiento a las Entidades Locales de la Dirección General de Administración Local, Relaciones Institucionales y Acción Exterior, que acepta una buena parte de

las formuladas por el aludido Colegio y algunas de las procedentes de las Corporaciones Locales, rechazando el resto con la correspondiente justificación.

**CUARTO.-** Como consecuencia de la asunción de las observaciones efectuadas por los órganos y entidades consultadas, se elabora un segundo borrador.

**QUINTO.-** Con fecha 14 de julio se incorporan al expediente un informe de impacto por razón de género, según el cual el Proyecto carece de medidas que puedan producir un efecto discriminatorio por razón de género, y un informe económico que niega la generación de coste económico alguno como consecuencia de la aprobación de la futura norma, sin perjuicio de las obligaciones económicas que resulten de la convocatoria de los futuros procesos selectivos.

**SEXTO.-** El 16 de julio se elabora un informe justificativo de la necesidad y oportunidad de la futura norma. En él se pone de relieve el cambio sustancial que en la materia objeto de regulación supone la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) por la Ley 7/2007, de 12 de abril, cuyo desarrollo normativo corresponde realizar ahora a las Comunidades Autónomas, destacando además, las principales novedades que contiene el Proyecto respecto de la normativa anterior.

**SÉPTIMO.-** El 4 de agosto emite informe el Servicio Jurídico de la Consejería proponente, en sentido favorable al Proyecto, efectuando únicamente observaciones relativas al procedimiento de elaboración reglamentaria, señalando la conveniencia de comunicar el texto proyectado a las Secretarías Generales de las restantes Consejerías, para permitirles formular alegaciones.

Efectuada dicha comunicación, se emite informe por los respectivos Servicios Jurídicos de las Consejerías de Política Social, Mujer e Inmigración, de Sanidad y Consumo y de Cultura y Turismo, cuyas observaciones y sugerencias son objeto de valoración por el Servicio de Asesoramiento a las Entidades Locales, que acepta e incorpora algunas de las formuladas, dando lugar a un nuevo borrador, el tercero.

**OCTAVO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 29 de diciembre de 2010 en sentido favorable al Proyecto, si bien se formulan diversas observaciones al procedimiento de elaboración reglamentaria (las más relevantes aluden a la omisión de propuesta por parte de los centros directivos competentes (Direcciones Generales de Administración Local y de Empleo Público) y necesidad de recabar el informe del Consejo Asesor de Cooperación Local), a la técnica normativa y al contenido (régimen de acceso a la información

contenida en el Registro integrado de funcionarios habilitados y puestos de trabajo a incluir por las Corporaciones Locales en el concurso anual).

Como consecuencia de las observaciones formuladas, se elabora un nuevo borrador, el cuarto.

**NOVENO.-** El 11 de enero de 2011, siguiendo una sugerencia de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se solicita informe a la Dirección General de Coordinación Financiera con las Comunidades Autónomas y con las Entidades Locales del Ministerio de Economía y Hacienda, como Administración que ejerce la tutela financiera sobre las entidades locales.

Contesta el órgano consultado mediante informe de 31 de enero, para efectuar observaciones sobre el contenido del Proyecto, que en su mayor parte persiguen el mejor acomodo de la regulación proyectada con la normativa básica de nivel reglamentario, en cuya vigencia se insiste.

Dichas observaciones son objeto de rechazo, con su correspondiente motivación, mediante informe del Servicio de Asesoramiento a las Entidades Locales, de 11 de marzo de 2011.

**DÉCIMO.-** El 10 de enero de 2011 se elabora un nuevo informe-memoria justificativo de la oportunidad del Proyecto.

Con idéntica fecha se formula propuesta conjunta de los titulares de las Direcciones Generales de Administración Local, Relaciones Institucionales y Acción Exterior, y de Empleo Público a la Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas, para que el texto se tramite y apruebe como Decreto.

**UNDÉCIMO.-** El 14 de febrero se somete el Proyecto a informe de la Dirección General de Cooperación Local del Ministerio de Política Territorial y Administración Pública.

El informe se emite el 8 de marzo siguiente. En él se recuerda que, tras el EBEP, la vigencia de los Reales Decretos 1174/1987, de 18 de septiembre, de Régimen Jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, y 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos reservados a estos funcionarios, es meramente transitoria, hasta tanto se dicte la normativa autonómica de desarrollo del Estatuto Básico. Se formulan, además, diversas observaciones particulares a determinados preceptos.

**DUODÉCIMO.-** Según consta mediante certificación de su Secretaria, el Consejo Asesor de Cooperación Local, en sesión de 12 de abril de 2011, informa favorablemente el Proyecto, si bien propone alterar la proporción de los méritos a valorar en el concurso ordinario, incrementando la puntuación correspondiente a los méritos específicos.

La propuesta es asumida e incorporada al Proyecto, según informe de la Dirección General promotora de 27 de abril.

**DÉCIMOTERCERO.-** El 24 de junio se emite informe económico conjunto de la Dirección General promotora del Proyecto y de la de Empleo Público, que insiste en la ausencia de coste adicional alguno derivado de la aprobación de la futura norma, centrando el estudio sobre los costes que se derivarán de los procesos y cursos selectivos que se convoquen en ejecución de la misma.

**DÉCIMOCUARTO.-** El 17 de mayo se emite el preceptivo informe jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, que considera procedente continuar la tramitación del Proyecto de Decreto.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría, índice de documentos y texto autorizado del Proyecto, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 20 de mayo.

**DÉCIMOQUINTO.-** Pendiente la evacuación del presente Dictamen, con fecha 27 de septiembre se recibe en el Consejo Jurídico solicitud de audiencia formulada por el Colegio Oficial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local de la Región de Murcia, que es estimada por Resolución del Presidente de este Órgano Consultivo de 3 de octubre.

Con fecha 10 de octubre comparece el representante del indicado Ente Corporativo, obteniendo vista del expediente y copia de documentos obrantes en el mismo que son de su interés.

El 27 de octubre formula escrito de alegaciones, referidas a los artículos 7, 8, 19, 20, 21, 23, 26 y 47 del Proyecto, así como una sugerencia de *lege ferenda*.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen versa sobre un Proyecto de Decreto que, como en ulteriores Consideraciones se razona, desarrolla legislación básica estatal, singularmente la Disposición adicional segunda del EBEP, lo que le confiere carácter preceptivo de conformidad con lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

### **SEGUNDA.- Texto sometido a consulta.**

El texto autorizado del Proyecto y que constituye el objeto de la consulta consta de un índice, una exposición de motivos, 48 artículos, siete disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y dos finales.

El articulado, a su vez, se divide en los siguientes Capítulos y Secciones:

I. Disposiciones Generales.

II. Puestos de Trabajo Reservados a Funcionarios con Habilitación de Carácter Estatal.

Se subdivide a su vez en Sección 1ª (Creación, Supresión, Clasificación y Exención de Puestos) y 2ª (Registro Integrado de Personal Funcionario con Habilitación de Carácter Estatal).

III. Selección y Promoción de Funcionarios con Habilitación de Carácter Estatal.

IV. Provisión de Puestos Reservados a Funcionarios con Habilitación de Carácter Estatal.

Se subdivide a su vez en cuatro Secciones: 1ª, Disposiciones Generales; 2ª, Provisión Definitiva por Concurso Ordinario de Méritos; 3ª, Provisión por Libre Designación; 4ª, Provisión no Definitiva de Puestos Reservados.

V. Régimen Disciplinario.

### **TERCERA.- Procedimiento de elaboración.**

La tramitación del texto, singularmente tras la subsanación de los errores advertidos por la Dirección de los Servicios Jurídicos en su informe, se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, constando en el expediente la oportuna propuesta del órgano directivo promotor del texto, la memoria justificativa de su oportunidad, el estudio económico de la norma, el informe jurídico de la Vicesecretaría, los informes preceptivos (así el de la Dirección de los Servicios Jurídicos, el del Consejo Asesor de Cooperación Local y el de impacto por razón de género). Se ha justificado, asimismo, en el expediente la omisión del trámite de audiencia, dada la previa participación de los interesados en el procedimiento de elaboración del Proyecto, los cuales han tenido participación nuevamente en él con ocasión de la audiencia solicitada ante este Consejo Jurídico.

No consta, sin embargo, la relación de disposiciones cuya vigencia resultará afectada por la aprobación de la futura norma, que exige el artículo 53.1 de la Ley 6/2004.

Del mismo modo, ha de advertirse que el informe de impacto por razón de género que obra al folio 236 del expediente únicamente contiene una afirmación genérica de no discriminación por razón de sexo. Como de forma reiterada viene señalando el Consejo Jurídico, este tipo de manifestaciones devienen insuficientes en orden a cumplir con la función de garantía que justifica el trámite.

Tampoco consta que se haya recabado el informe del Consejo Regional de la Función Pública. No obstante, debe advertirse que, como en ulteriores Consideraciones se indica, los funcionarios objeto de regulación en el Proyecto no son funcionarios de la Comunidad Autónoma (aunque ésta asuma respecto de los mismos determinadas funciones y competencias) y no se integran en su función pública (art. 3, Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, en adelante TRLFP), sino que pertenecen a una Escala de carácter estatal (lo que les permite cubrir plazas en cualquier entidad local del territorio español) y se integran en la función pública de la correspondiente Corporación Local, lo que determina que el indicado informe no sea preceptivo, aun cuando sí habría sido conveniente su emisión.

#### **CUARTA.- Competencia material y habilitación legislativa. Competencia orgánica.**

##### **1. Competencia material y habilitación normativa.**

La Constitución Española reserva al Estado la competencia exclusiva para fijar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios, título que habilita al Estado para establecer la regulación básica de las Administraciones Locales y del personal a su servicio.

En uso de esta habilitación, la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL) reservó a una tipología especial de empleados públicos, los entonces denominados como “funcionarios con habilitación de carácter nacional”, determinadas y esenciales funciones públicas a desarrollar en la Administración de las Corporaciones Locales, como las de secretaría, control y fiscalización interna de la gestión económica-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación, funciones que, sólo por excepción, podían realizar miembros de la Corporación o funcionarios propios de la misma sin la correspondiente habilitación (art. 92). Los artículos 98 y 99 de la misma Ley regulaban la selección y formación de estos funcionarios con habilitación nacional y la provisión de plazas. Régimen legal que fue objeto de desarrollo por los Reales Decretos 1174/1987, de 18 de septiembre, sobre régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, y 1732/1994, de 29 de julio, de provisión de puestos de trabajo de estos funcionarios.

Los tres preceptos de la LBRL citados fueron objeto de derogación expresa por el EBEP, que en su Disposición adicional segunda contiene el actual marco normativo básico estatal de esta clase de servidores públicos, que pasan ahora a denominarse “funcionarios con habilitación estatal”. Queda vigente, no obstante, el desarrollo reglamentario de tales preceptos, hasta tanto se aprueben por las Comunidades Autónomas las normas de desarrollo de la indicada Disposición adicional segunda, conforme establece la Disposición transitoria séptima EBEP, finalidad ésta que inspira el Proyecto sometido a consulta.

Ha de destacarse que la principal novedad que incorpora el EBEP respecto a este personal es la traslación a las Comunidades Autónomas de una parte muy significativa de las funciones que hasta entonces realizaba el Estado. Tanto es así que en el régimen dibujado por el Estatuto Básico, la habilitación estatal es una consecuencia automática de la selección que efectúan las Comunidades Autónomas, lo que llevó incluso al Proyecto de Ley que a la postre daría lugar al EBEP a calificar a estos funcionarios como “autonómicos”, si bien durante la tramitación parlamentaria desapareció tal caracterización.

La singularidad del colectivo objeto de regulación en el Proyecto deriva de dos características esenciales: a) sus integrantes tienen reservada por Ley la realización de determinadas funciones esenciales para el correcto funcionamiento de las Administraciones

Locales y, b) al tratarse de funcionarios con habilitación estatal, pueden acceder a puestos de trabajo a ellos reservados en cualquier entidad local del territorio español, de modo que constituyen un ejemplo de los llamados “cuerpos nacionales de funcionarios” (en la actualidad integran la Escala de funcionarios con habilitación de carácter estatal, dividida en tres Subescalas: Secretaría, Intervención-Tesorería y Secretaría-Intervención, y de las cuales en las dos primeras se integran las categorías de entrada y superior) respecto de los que las Comunidades Autónomas pueden ejercer las competencias que les otorgue el Estado.

El Tribunal Constitucional ha sancionado y justificado la existencia de una Escala de funcionarios locales con habilitación de carácter estatal en los siguientes términos “(es) *válida y ajustada plenamente a la Constitución la decisión del legislador estatal que, al amparo del artículo 149.1, 18ª de la norma fundamental ha fijado como básicas –y, por tanto, necesarias en todas las Corporaciones Locales- determinadas funciones que, por su propia naturaleza quedan reservadas a determinados funcionarios, con un específico grado de formación. Ese carácter básico, al servicio de garantizar de manera generalizada en todas las Administraciones locales el correcto desempeño y desenvolvimiento de cierto elenco de funciones que, por su trascendencia misma, rebasan el estricto interés local y, más aún, autonómico, justifica asimismo, que el Estado asuma, con plenitud de facultades, la fijación de los correspondientes programas de selección y formación de los funcionarios habilitados*” (SSTC 25/1983 y 214/1989). Fundamentación en la que se insiste en la más reciente STC 76/2003, al señalar que los funcionarios con habilitación de carácter nacional “*tienen reservadas funciones de clara relevancia constitucional, en cuanto mediante su desempeño se aspira y trata de conseguir la satisfacción de los principios de eficacia y legalidad en la actuación de las Administraciones locales*”, a través del control interno, profesional e independiente, de legalidad y económico-financiero de las Entidades locales.

En este contexto, la Disposición adicional segunda del EBEP encomienda a las Comunidades Autónomas las siguientes funciones en relación con los funcionarios con habilitación de carácter estatal:

- Creación, clasificación y supresión de puestos de trabajo reservados a estos funcionarios, de acuerdo con los criterios básicos que se establezcan por Ley (apartado 3).

- Convocatoria de la Oferta de Empleo y selección “*conforme a los títulos académicos requeridos y programas mínimos aprobados reglamentariamente por el Ministerio de Administraciones Públicas*” (apartado 4).

- Nombramiento de los funcionarios seleccionados y remisión de la relación de los nombrados al Ministerio para que éste acredite la habilitación estatal obtenida y proceda a su inscripción en un Registro (apartado 4).

- Inscripción de los nombrados en el registro *ad hoc* autonómico (apartado 4).

- Regular las bases comunes del concurso ordinario para la provisión de plazas reservadas y fijar el porcentaje de puntuación que corresponda a cada uno de los méritos valorables (apartado 5.1).

- Publicación de las convocatorias de concurso efectuadas por las Corporaciones Locales y, previa coordinación para evitar adjudicaciones múltiples a un mismo funcionario y comprobación de inclusión de todos los puestos que deban convocarse para su provisión, de sus resoluciones. De tal publicación dará traslado al Ministerio de Política Territorial (apartado 5.1).

- Efectuar, de acuerdo con su normativa, los nombramientos provisionales de funcionarios con habilitación de carácter estatal, así como las comisiones de servicios, acumulaciones, nombramientos de personal interino y de personal accidental (apartado 5.3).

- Regulación del régimen disciplinario, sin perjuicio de la competencia del Ministerio de Administraciones Públicas para resolver los procedimientos disciplinarios cuando el funcionario ocupe un puesto de trabajo en una Comunidad Autónoma diferente de aquella en la que se incoó el expediente (apartado 6).

- Sometimiento de los funcionarios con habilitación de carácter estatal a los sistemas de acceso, carrera, provisión de puestos y agrupación de funcionarios aplicables en la Comunidad Autónoma, con respeto de lo establecido en el EBEP (apartado 7).

La competencia autonómica para establecer la regulación proyectada, además de las previsiones contenidas en el EBEP, deriva de la prevista en el artículo 11.9 del Estatuto de Autonomía, en cuya virtud le corresponde, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, el desarrollo legislativo y ejecución en materia de régimen local. En ejercicio de esta competencia se dictó la Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia (LRLRM), que establece normas sobre la asistencia a los municipios con funcionarios con habilitación nacional que presten servicios en la Administración regional para realizar labores de Secretaría (art. 57) y para la sustitución de funcionarios con habilitación de carácter nacional (art. 58).

De lo expuesto se deduce la existencia de competencia material de la Comunidad Autónoma para aprobar la regulación proyectada, que habrá de adoptar la forma de Decreto de Consejo de Gobierno, de conformidad con lo establecido en los artículos 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004.

## 2. Competencia orgánica.

Considera el Consejo Jurídico que la competencia que se ejerce en el presente Proyecto no es la que deriva de los artículos 51 y 52 del Estatuto de Autonomía, en cuya virtud puede estructurar su propia Administración y establecer normativamente el régimen de sus funcionarios, porque como ya se ha señalado, los empleados públicos a que se refiere el Proyecto no son funcionarios de la Comunidad Autónoma, aun cuando ésta proceda a realizar su selección y nombramiento y realice diversas funciones incardinables en el concepto de gestión de recursos humanos. Como se ha dicho, tales servidores públicos son funcionarios locales con habilitación de carácter estatal.

En consecuencia, es competente para proponer al Consejo de Gobierno la aprobación del texto sometido a consulta como Decreto, el Consejero que lo es en materia de Régimen Local, es decir, el titular de la Consejería de Presidencia, lo cual no obsta para que el Consejo de Gobierno, por conducto del futuro Decreto, asigne a la Consejería competente en materia de Empleo Público determinadas atribuciones sobre este colectivo, singularmente las relacionadas con su selección. Corolario de lo expuesto es que la iniciativa reglamentaria corresponde en exclusiva al centro directivo competente en materia de régimen local, como de hecho muestra el expediente, por lo que debe suprimirse la mención que a tal iniciativa por parte de la Dirección General de Empleo Público se contiene en la fórmula promulgatoria del Proyecto.

**QUINTA.- Sobre la creación, clasificación y supresión de los puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional.**

De conformidad con la Disposición adicional segunda, apartado 3, EBEP, la creación, clasificación y supresión de puestos de trabajo reservados corresponde a cada Comunidad Autónoma, *“de acuerdo con los criterios básicos que se establezcan por Ley”*.

La determinación legal de tales criterios básicos no consta que se haya llevado a efecto, de donde se desprenden consecuencias de diverso orden respecto de la regulación proyectada.

Así, de un lado, el orden lógico de la producción normativa exige fijar primero los criterios legales básicos que han de regir la creación, clasificación y supresión de puestos de trabajo y, después, proceder a reglamentar tales materias, con el referente obligado de aquellos criterios. Careciendo de ellos, la regulación abordada en el Capítulo II, Sección 1ª, del Proyecto es cuando menos inoportuna, pues una aprobación ulterior de los criterios básicos podría determinar la pérdida de vigencia de la regulación reglamentaria en cuanto se opusieran a aquéllos. Consciente de ello, la Disposición adicional tercera del Proyecto pretende facultar a la Consejería de Administración Local a actualizar las referencias presupuestarias contenidas en el futuro Decreto, pero tal habilitación, además de pugnar abiertamente con la reserva de ley formal que los artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004 exigen para permitir a los titulares de los Departamentos dictar reglamentos fuera del ámbito estrictamente organizativo y doméstico de su Consejería (por lo que debe suprimirse tal disposición adicional), sería insuficiente si los criterios legales atendieran a parámetros diferentes al del presupuesto de la entidad local, como por ejemplo, la población.

Por otro lado, la exigencia de rango legal que establece el EBEP para la fijación de los criterios básicos impide considerar que éstos sean los contenidos en el Proyecto de Decreto.

En cualquier caso, la fijación legal de tales criterios, en tanto que exigida por la Disposición adicional segunda EBEP, cabe considerarla como un desarrollo normativo de tal disposición, lo que a su vez exige atender a lo establecido en la Disposición transitoria séptima del mismo Estatuto, en cuya virtud, en tanto no se aprueben las normas de desarrollo de aquella disposición adicional, continuarán en vigor las normas que en la actualidad regulan el régimen de los funcionarios de habilitación de carácter estatal y que, en materia de creación, clasificación y supresión de puestos reservados, se contienen en el RD 1732/1994, norma básica conforme a su Disposición final primera, al que habrá de estarse hasta tanto se dicten los criterios legales exigidos por la Disposición adicional segunda, 3 EBEP. En el mismo sentido, el Dictamen 215/2008, de 18 de septiembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña.

Ello determina que el Proyecto, en esta concreta materia, podrá desarrollar y complementar lo establecido en el indicado reglamento estatal, pero con el límite infranqueable de su no contravención.

En consecuencia, debe adecuarse el contenido de los siguientes preceptos a lo establecido en el RD 1732/1994:

- En el artículo 3.1, letra e) del Proyecto, debe preverse que también constituirán Intervención de clase segunda los puestos de intervención en régimen de agrupación de entidades

locales cuyas secretarías están incluidas no sólo en la clase segunda, como prevé el Proyecto, sino también las de clase tercera (art. 2, letra e) del RD).

- Del mismo modo, debería incorporarse la exigencia de autorización del Alcalde para que los funcionarios con habilitación de carácter estatal titulares de puestos de trabajo en la Corporación puedan encomendar a quienes ocupan puestos de colaboración el ejercicio de funciones a aquéllos reservadas (art. 2, letra g) del RD).

- En el artículo 6, se afirma que la constitución de la entidad local de ámbito inferior al municipio se produce mediante Decreto aprobado por la Asamblea Regional, cuando el régimen aplicable a la creación de tales entidades otorga la competencia para su constitución al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, mediante Decreto (artículo 69, letra d) LRLRM y 42, letra d) del Reglamento de Población y Demarcación de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio).

- En el artículo 7, la posibilidad de exención de mantener el puesto de secretaría de clase tercera se condiciona únicamente a que el presupuesto de la Corporación sea inferior a una determinada cantidad, omitiendo, sin embargo, otra condición establecida por el artículo 4.1 RD 1732/1994, relativa a la población de la entidad local, lo que debería corregirse.

En los párrafos 1 y 2 del precepto objeto de consideración se establece que las funciones reservadas a los funcionarios con habilitación de carácter estatal en las entidades exentas (entidades locales en el párrafo 1 y mancomunidades de municipios y consorcios en el párrafo 2) serán ejercidas preferentemente por el sistema de acumulación de funciones. En relación con el párrafo 1, la priorización de este sistema respecto de la realización de tales funciones por los servicios de asistencia municipal que por mandato de los artículos 26.3 y 36 LBRL desarrollan las Diputaciones Provinciales y Comunidades Autónomas uniprovinciales -también previsto en el artículo 4.1 del aludido reglamento estatal-, cabe admitirla dentro de las posibilidades normativas de la Comunidad Autónoma, en la medida en que aunque declara uno de ellos como preferente no excluye al otro. Sin embargo, en relación con el ejercicio de estas funciones en las mancomunidades y consorcios exentos, la redacción del precepto proyectado parece impedir la posibilidad contemplada en el artículo 4.2 RD 1732/1994, de que estas funciones sean desarrolladas por los servicios de asistencia a las entidades locales, dependientes de la Comunidad Autónoma, lo que debe ser corregido.

**SEXTA.- Registro integrado de personal funcionario con habilitación de carácter estatal.**

De conformidad con la DA 2ª, 4 EBEP, cada Comunidad Autónoma creará un registro específico de funcionarios con habilitación de carácter estatal, cuyas inscripciones se integrarán en uno de ámbito estatal que existirá en el Ministerio para las Administraciones Públicas.

Sin embargo, del Proyecto y de la memoria justificativa que lo acompaña parece desprenderse que en el ámbito de la Comunidad Autónoma no se crea tal registro autonómico diferenciado del estatal, sino que, como experiencia piloto a nivel estatal, se prevé un único registro integrado, de modo que dependiendo del tipo de anotación a realizar, ésta se llevará a cabo, bien por la Comunidad Autónoma, bien por el Ministerio. Cabe suponer que este es el motivo por el que la regulación que contiene el Proyecto respecto de este esencial instrumento de información y gestión de recursos humanos es tan escueta (no se establecen normas sobre estructura del registro, llevanza y régimen de las anotaciones, coordinación con otros registros de personal, etc.), lo que parece dejar al ordenamiento estatal la reglamentación general de este Registro, de lo que debería quedar constancia de algún modo, bien en la exposición de motivos, bien mediante una remisión a dicha normativa.

En cualquier caso, y aunque la DA 2ª, 4 EBEP sólo prevé la inscripción en el registro estatal de los actos que afecten a la vida administrativa de cada funcionario, del proyectado artículo 10 parece desprenderse que el Registro no lo será únicamente de tales datos (que constituyen el expediente personal de cada funcionario), sino que en él se inscribirán también, sin referencia subjetiva a un determinado servidor público, datos relativos a los puestos de trabajo reservados a esta clase de funcionarios existentes en las entidades locales, con indicación de las clasificaciones de puestos, creaciones, supresiones y modificaciones (art. 10.1, letra f, del Proyecto).

De ser así, sería conveniente establecer previsiones, siquiera mínimas, relativas a la estructura del Registro, separando claramente la información que formará parte del expediente de cada funcionario, de la relativa a los puestos de trabajo reservados existentes en las entidades locales.

Tal separación de la información facilitaría el derecho del funcionario a acceder a su expediente (entendido como el conjunto de asientos obrantes en el Registro relativos a una persona) y a obtener certificaciones de los datos allí contenidos (al modo de lo establecido en el artículo 22.4 TRLFP para el Registro General de Personal de la Comunidad autónoma), pues tal acceso no vulneraría las tasadas limitaciones establecidas en el artículo 11.3 del Proyecto.

Precisamente, lo que sí parece contradecirse con este artículo 11.3 (que establece como únicas exclusiones de acceso al Registro el interés público o el de terceros más dignos de

protección o cuando así lo disponga una Ley) es la previsión del artículo 10.2 *in fine*, relativo a una eventual limitación por el Ministerio del ramo de la posibilidad del funcionario de acceder a sus propios datos de vida y carrera administrativas, que debería suprimirse del Proyecto.

**SÉPTIMA.- De la provisión de puestos reservados a personal funcionario con habilitación de carácter estatal.**

1. Los artículos 18.2 y 38.1 del Proyecto establecen un orden de prioridad para la utilización de las diversas formas de provisión no definitiva de los puestos de trabajo, figurando en las últimas posiciones -y, por tanto, admitiendo el recurso a ellas sólo cuando no sea posible cubrir los puestos de trabajo mediante nombramiento provisional, comisión de servicios o acumulación- los nombramientos accidentales y de personal interino.

Estas dos formas residuales, a su vez, también se ordenan entre sí, de modo que el Proyecto prioriza el nombramiento accidental (aquel que recae sobre un funcionario de la propia Corporación Local) respecto al interino (nombrado tras su extracción de una lista de espera surgida bien de las pruebas selectivas para ingreso en las subescalas correspondientes de habilitados, bien de un procedimiento selectivo *ad hoc*).

Nada hay que decir acerca de la priorización del nombramiento provisional, la comisión de servicios y la acumulación de funciones respecto del nombramiento de personal interino y el accidental, pues cuenta con el amparo del artículo 64.1 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, en la redacción que le ha dado el artículo 52 de Ley 24/2001, de 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y que no ha sido expresamente derogado por el EBEP. Ahora bien, este precepto legal lo que no ampara es la preordenación de los nombramientos accidentales sobre los de personal interino, pues establece que *“cuando no fuese posible la provisión de los puestos de trabajo vacantes en las Corporaciones Locales reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional por los procedimientos de nombramiento provisional, acumulación o comisión de servicios, las Corporaciones Locales podrán proponer, con respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, el nombramiento como funcionario interino de persona que esté en posesión de la titulación exigida para el acceso a la subescala y categoría a que el puesto pertenece”*.

A la luz del artículo transcrito, podrá acudir al nombramiento de personal interino sin necesidad de justificar la imposibilidad de proceder a un nombramiento accidental, por lo que la prioridad por esta última forma de cobertura del puesto que muestran los artículos 18 y 38 del

Proyecto no tendría amparo legal. De hecho, en la regulación más específica que de los nombramientos accidentales efectúa el artículo 44, se advierte que la preordenación de éstos sobre los interinos no es tal, porque sólo se prevé la posibilidad de efectuar un nombramiento accidental *“en tanto no se constituya por la Dirección General competente en materia de Empleo Público una bolsa de funcionarios interinos según lo establecido en el artículo 45”*. De modo que el nombramiento de personal interino será la forma ordinaria de provisión cuando no se pueda cubrir el puesto de trabajo mediante las vías prioritarias del nombramiento provisional, la comisión de servicios y la acumulación, quedando el nombramiento accidental como un recurso al que acudir para solucionar una situación provisionalísima en la que es necesario cubrir un puesto de trabajo y no se puede nombrar a un interino por no existir lista de espera vigente o estar agotada.

En consecuencia, debe corregirse en los artículos 18 y 38 del Proyecto la incorrecta priorización del nombramiento accidental sobre el interino.

2. Si bien los nombramientos derivados de las distintas formas de provisión originan el cese de quienes vinieran desempeñándolos de modo no definitivo, debería precisarse que dichos ceses se producen no en el momento de la resolución administrativa de nombramiento, sino en el de la efectiva toma de posesión del puesto para el que se ha sido nombrado (STSJ Cataluña, 733/2006, de 6 de octubre, en relación al cese de un funcionario con nombramiento accidental).

3. El Capítulo IV, Sección Segunda, Subsección 1ª, debería intitularse “bases comunes del concurso ordinario”, para adecuarlo a la previsión de la DA 2ª, apartado 5.1 EBEP, que atribuye a las Comunidades Autónomas su aprobación, permitiendo así, además, diferenciar más claramente tales bases de las específicas de la convocatoria que se regulan en el artículo 19 del Proyecto y que corresponde aprobar a la Corporación Local convocante.

4. En el artículo 19, entre los contenidos de las bases específicas de la convocatoria, debería incluirse la eventual puntuación mínima a que se refiere el artículo 20, apartado 4 del Proyecto y que debería limitarse a los puestos de trabajo reservados de categoría superior, como hace el artículo 14.2 RD 1732/1994, del que deriva el precepto proyectado.

5. En la determinación de los méritos específicos adecuados a las características del puesto de trabajo convocado, se exige que aquéllos formen parte de la relación de puestos de trabajo, como también establece el artículo 17 RD 1732/1994. Previsión similar se encuentra en las normas reguladoras de la provisión de puestos mediante concurso de méritos en el ámbito de la Comunidad Autónoma, contenidas en la Orden de 14 de febrero de 2008, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se aprueban las bases generales que han de regir

las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo de la Administración Regional por el sistema de concurso de méritos, cuando para poder valorar como mérito el desempeño de las funciones específicas de los puestos, éstas habrán de ceñirse a las funciones establecidas en el Decreto de Estructura correspondiente.

Sin embargo, y a diferencia del Reglamento estatal, el artículo 26 del Proyecto permite la configuración de otros méritos específicos del puesto sin la referencia obligada de la aludida relación de puestos, de modo que las Corporaciones convocantes del concurso podrán fijar méritos adecuados a cada puesto de trabajo con la única exigencia de su motivación individualizada y su sometimiento a información pública.

La experiencia de las distintas Administraciones Públicas muestra que este tipo de méritos específicos pueden ser utilizados para diseñar convocatorias de provisión de puestos cuasi *ad personam*, defraudando las exigencias de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas derivadas de los artículos 23.2 y 103.3 CE, para, más allá de los márgenes que imponen los citados principios constitucionales, favorecer a quienes han venido desempeñando los respectivos puestos de trabajo de forma provisional y, en consecuencia, sin someterse a un procedimiento de provisión con confrontación de sus méritos con los de otros posibles candidatos. Por ello, la desaparición de aquellas exigencias que, como la que es objeto de análisis, persiguen garantizar la mayor objetividad en el diseño de los méritos valorables en el concurso debe ser valorada cuidadosamente.

Y es que si bien es cierto que la Comunidad Autónoma cuenta con las posibilidades de actuación a posteriori que le brinda el artículo 65 LBRL frente a acuerdos municipales aprobatorios de baremos de méritos específicos contrarios a los principios de objetividad, imparcialidad, mérito y capacidad, quizás convendría insertar en el procedimiento de aprobación de los baremos un trámite de comunicación previa a la Comunidad Autónoma, que permitiera advertir a la Corporación Local de eventuales excesos en la definición de los méritos, para evitar posibles demoras en la convocatoria de los concursos o la exclusión de algún puesto.

Por otra parte, el artículo 26.2 del Proyecto establece que una vez determinados los méritos por la Entidad Local, no podrán ser modificados en tanto no se acredite la variación de las singularidades que los justificaron. Podría añadirse que, una vez incorporados a la convocatoria del concurso y publicada ésta, aun cuando cambiaran aquellas singularidades, la modificación de los méritos específicos, además de seguir el mismo procedimiento establecido para su fijación, habría de someterse al correspondiente procedimiento administrativo de revisión del acto administrativo que constituye la convocatoria, pues una vez publicada ésta, su modificación solamente podrá

realizarse con sujeción estricta a las normas de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

6. El escrito de alegaciones presentado por el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local de Murcia pone acertadamente de manifiesto cómo la Dirección General de Administración Local cambia su criterio respecto al peso ponderado de los méritos autonómicos y locales, pues si en un principio dicho órgano directivo considera que los primeros han de obtener una mayor valoración que los segundos, tras el paso del Proyecto por el Consejo Regional de Administración Local, atiende la solicitud presentada por los Alcaldes de Molina de Segura y Torre Pacheco y, en consecuencia, reduce la valoración de los méritos autonómicos y aumenta la de los locales, con el resultado de obtener ambos méritos una puntuación máxima idéntica (7,5).

De conformidad con la Disposición adicional segunda, apartado 5 del EBEP, las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial regularán las bases comunes del concurso ordinario así como el porcentaje de puntuación que corresponda a cada uno de los méritos enumerados anteriormente, por lo que la determinación del peso ponderado de cada mérito en la puntuación total a obtener en el concurso ha de entenderse que queda a la decisión del legislador autonómico, sin que la norma básica imponga ninguna de las soluciones alternativas planteadas: ni la propugnada por el Colegio alegante ni la reflejada en el Proyecto, pues ambas tendrían acomodo dentro de los amplios márgenes de discrecionalidad regulativa que establece la norma básica.

Ahora bien, ello no debe hacer olvidar que las determinaciones normativas por las que se opta en el procedimiento de elaboración reglamentaria han de quedar suficientemente motivadas o justificadas en el expediente, lo que aquí no ocurre, pues si bien existe una solicitud de cambio de criterio formulada por dos alcaldes en el seno de un órgano consultivo y de participación, su acogimiento en el texto del Proyecto no ha sido adecuadamente justificado por el órgano encargado de su elaboración, como exige el artículo 58.2 de la Ley 6/2004, máxime cuando con anterioridad el centro directivo redactor del Proyecto ya se había manifestado con un juicio técnico en contra del criterio finalmente plasmado en el texto sometido a consulta.

Procede, en consecuencia, que con carácter previo a la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto, por el órgano encargado de su elaboración se justifique la opción normativa que pretende incorporarse al texto.

7. El artículo 26.3, letra b) del Proyecto, al regular los cursos que pueden ser valorados como mérito específico señala que “se admiten los cursos impartidos en los mismos términos que

los establecidos en el artículo 22.1 de este Decreto”. Si lo que se persigue es limitar los cursos valorables a los impartidos por los organismos y entidades enumerados en el artículo 22.1 del Proyecto, que es lo que hace el precepto respecto de los méritos de fijación autonómica, debería regularse de forma más precisa, incorporando el adverbio “sólo” o “únicamente” tras “se admiten”, pues en la redacción actual podrían admitirse tanto los indicados en el artículo 22.1 como los organizados por cualesquiera otras entidades.

#### 8. Comisión de Valoración.

a) De conformidad con el artículo 30.3 del Proyecto, las entidades locales convocantes del concurso deberán comunicar a la Comunidad Autónoma la composición del órgano técnico valorador “junto con las bases de la convocatoria”. Parece más sencillo incluir dicha composición entre las bases específicas de la convocatoria que ha de aprobar cada entidad local, para lo que bastaría incorporar tal previsión en el artículo 19 del Proyecto como contenido mínimo de tales bases, suprimiendo el apartado 3 del artículo 30.

b) La escueta regulación de la comisión de valoración exigiría efectuar una remisión normativa general de su régimen, en lo no contemplado en el Proyecto ni en las bases de la convocatoria, al aplicable a los órganos colegiados, al modo del artículo 14.8 del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo de la Administración regional, en cuya virtud, *“en cuanto a sus normas de actuación y funcionamiento, las Comisiones se ajustarán a lo que dispongan las bases generales y específicas de las convocatorias, y en lo no establecido en las mismas, a lo establecido en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*.

c) Frente a la exigencia de tan sólo un número no inferior a tres miembros para la constitución, celebración (de sesiones, cabría añadir) y adopción de acuerdos por parte de la Comisión, se alza el artículo 26.1 LPAC (precepto básico) que, para la válida constitución del órgano, a efectos de celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, establece como necesaria la presencia del Presidente y del Secretario o de quienes les sustituyan, y la de la mitad, al menos, de sus miembros. Además, las trascendentales funciones institucionales que corresponden a Presidente y Secretario exigen su participación en todas las sesiones del órgano, lo que debería preverse de forma expresa.

#### 9. Valoración de méritos.

a) El artículo 31.3 del Proyecto ofrece a las Comisiones de Valoración la posibilidad de solicitar a la Dirección General de Administración Local un informe “respecto de la puntuación otorgada” por los méritos autonómicos alegados por los participantes. De esta redacción parece desprenderse que el informe sólo se podría recabar una vez efectuada la valoración por la Comisión, por lo que, si la intención del órgano promotor del Proyecto es que el referido informe pueda solicitarse *a priori*, para guiar u orientar la actuación de la Comisión en su labor valorativa de estos concretos méritos en orden a conseguir una mayor uniformidad en la valoración por las distintas comisiones de valoración, debería modificarse la redacción.

b) El artículo 31.4 debe modificar su redacción pues al intercalar el apartado 3, el referente de la expresión “*esta valoración*” ha cambiado, de modo que la puntuación por los méritos específicos (apartado 2) ha quedado sustituida por la de los méritos autonómicos (apartado 3), que como es obvio, no puede volver a sumarse a la valoración de los mismos méritos autonómicos, para obtener la puntuación total.

10. Declaración de oficio en situación de excedencia voluntaria por interés particular del funcionario que no tome posesión del puesto adjudicado en el plazo posesorio.

El artículo 34.4 del Proyecto reproduce el 24.4 RD 1732/1994 y fija la consecuencia de no tomar posesión del puesto adjudicado en el concurso. Sin embargo, el efecto previsto incide, modificándolo, en el régimen general establecido en el EBEP sobre las situaciones administrativas de los funcionarios públicos, al establecer un supuesto de declaración de oficio de excedencia voluntaria no contemplado en la regulación básica de las situaciones administrativas (el artículo 89.2 EBEP únicamente prevé esta consecuencia cuando, finalizada la causa que determinó el pase a una situación diferente a la de activo, se incumpla la obligación de solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo establecido).

Considera el Consejo Jurídico que las competencias en materia de Régimen Local que se ejercen al aprobar el futuro Decreto no deberían incidir, ni siquiera de forma indirecta, sobre el uniforme régimen de las situaciones administrativas, que quedan al margen de la regulación contenida en el Proyecto, y cuyo desarrollo autonómico mediante el establecimiento de nuevas situaciones, condiciones y efectos se reserva a la Ley (art. 85.2 EBEP).

Procede, en consecuencia, suprimir el artículo 34.4 del Proyecto.

11. Libre designación.

a) En el artículo 36.1 debería precisarse que la aprobación de las bases de la convocatoria corresponde a la entidad local.

b) En el artículo 36.2 se prevé que si la Corporación local no convoca el puesto para su provisión y tras el requerimiento efectuado por la Comunidad Autónoma, se considerará el puesto vacante para su inclusión en los concursos de provisión. Ello debería conllevar, además, la modificación de la relación de puestos de trabajo, donde de conformidad con el artículo 35.2 del Proyecto ya debería constar la libre designación como forma de provisión, para consignar la del concurso de méritos.

c) En el artículo 37.2 del Proyecto se pretende establecer una garantía retributiva para el funcionario cesado en un puesto de libre designación, previendo que éste será adscrito a un puesto cuya remuneración no podrá ser inferior “en dos niveles” a la del puesto del que fue cesado.

La fórmula clásica de esta previsión es la que se contiene en el artículo 29 RD 1732/1994 y en el 58 del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por RD 364/1995, de 10 de marzo, y que garantiza que la retribución del puesto no será inferior en más de dos niveles a la del puesto del que se ha sido cesado.

Considera el Consejo Jurídico que, a diferencia de la redacción de las normas estatales indicadas, el Proyecto únicamente garantizaría que el puesto al que se adscribiría al funcionario cesado no sería inferior en dos niveles, de modo que podría ser inferior en un nivel, pero también en tres o en cuatro. Evidentemente la intención del órgano promotor de la norma no puede ser ésta, dado que la medida perdería su carácter garantista, por lo que se sugiere su modificación.

## 12. Nombramiento provisional y acumulación de funciones.

El nombramiento provisional solicitado por un habilitado habrá de ser estimado, salvo que se den los supuestos tasados establecidos en el apartado 1, lo que determinará el cese automático de la persona que venga ocupando el puesto por nombramiento accidental, interino o acumulación de funciones (art. 40.3 del Proyecto).

Si el cese del personal accidental e interino está plenamente fundado, atendida la reserva a los habilitados de las funciones propias de estos puestos de trabajo -por lo que deben ser realizadas por quienes tengan dicha habilitación, de forma que sólo por excepción y en los casos

tasados fijados por el ordenamiento, puede admitirse su desempeño por quienes no pertenecen al indicado colectivo-, en el caso de la acumulación de funciones este razonamiento falla.

En efecto, en virtud de esta forma de provisión, un habilitado asume la realización de las funciones reservadas en una entidad local próxima, acumulándolas al desempeño del puesto de trabajo del que es titular, de modo que, a diferencia de los nombramientos accidental e interino, las funciones sí son desarrolladas por un habilitado, quien además recibe una compensación económica por este motivo.

En este supuesto, no comprendido entre los enumerados en el artículo 41.1, la necesaria estimación de la solicitud de nombramiento provisional está menos fundada y así se aprecia también en el artículo 30.1 RD 1732/1994, cuando prevé que habrá de concederse el nombramiento provisional siempre que un funcionario habilitado lo solicite sobre un puesto ocupado por personal interino o accidental, pero omitiendo cualquier referencia a la acumulación de funciones.

Es cierto que el nombramiento provisional se considera como una forma de provisión prioritaria respecto de la acumulación de funciones, de forma que sólo se acudirá a esta última cuando no sea posible cubrir el puesto reservado mediante nombramiento provisional o comisión de servicios (art. 40.2 del Proyecto), pero esa prioridad quizás debiera operar de modo automático sólo en el momento de elegir la forma de provisión, pero no a la hora de poner fin a una acumulación de funciones que, siendo más económica que el nombramiento provisional (la compensación económica asciende al 30% de las retribuciones correspondientes al puesto principal), puede ofrecer un desempeño óptimo de las funciones reservadas objeto de acumulación.

En cualquier caso, ello no impediría revocar la acumulación de funciones y conceder el nombramiento provisional, pero debería hacerse conforme a lo establecido en el artículo 39, con audiencia de las Corporaciones afectadas y del habilitado que ejerce las funciones por acumulación.

De aceptarse esta observación por el órgano promotor del Proyecto, incidiría también sobre el artículo 43.5 del Proyecto.

### 13. Nombramientos accidentales.

El artículo 44 del Proyecto distingue entre, de una parte, los nombramientos que persiguen la cobertura de una vacante, regulados en el apartado 1, en que se otorga la competencia para el

nombramiento a la Comunidad Autónoma, y de otra, los supuestos de ausencia del funcionario habilitado y de duración inferior a tres meses, en que la referida potestad se residencia en la propia Corporación Local (apartado 2).

Podrían precisarse algo más los supuestos de ausencia, por remisión a los establecidos en el artículo 40.1 del Proyecto (comisión de servicios, suspensión provisional, excedencias con derecho a reserva de puesto de trabajo, enfermedad y otros).

Debería, asimismo, regularse qué ocurre en supuestos de ausencia superior a tres meses, pues en la redacción actual sólo se prevén los casos de cobertura de vacante y las ausencias inferiores a ese período. Parece que de una interpretación sistemática del precepto, lo más adecuado sería que en tales casos se estuviera a lo previsto en el apartado 1 para la cobertura de vacantes.

#### 14. Nombramientos interinos.

a) El artículo 45 prevé dos formas de acceder al nombramiento como personal interino:

- Integrar una lista de espera que será confeccionada por la Dirección General de Empleo Público con los aspirantes que o bien hayan superado el segundo ejercicio de las pruebas selectivas de acceso a las correspondientes subescalas de personal habilitado, o bien hayan superado unas pruebas selectivas convocadas *ad hoc* para la constitución de la lista de espera.

- Hasta tanto se constituya la lista de espera, ser seleccionado por la propia Corporación Local conforme al procedimiento señalado en el apartado 2.

Este sistema interfiere con los nombramientos accidentales previstos en el artículo 44.1 del Proyecto, a los que se podrá acudir "*en tanto no se constituya por la Dirección General competente en materia de Empleo Público una bolsa de funcionarios interinos según lo establecido en el artículo 45*". Como se advierte con facilidad, hasta la constitución de la lista de espera, cabe cubrir el puesto de trabajo, bien mediante el nombramiento accidental de un funcionario de la Corporación Local, bien con un interino seleccionado por la propia entidad.

Considera el Consejo Jurídico que, de modo coherente con la regulación que del resto de las formas de provisión se establece en el Proyecto, caracterizada por la priorización de las distintas vías de cobertura de los puestos de trabajo, cabría clarificar el sistema estableciendo aquí también el orden de prelación entre las formas de selección y provisión indicadas. A tal efecto, se

sugiere que hasta que se constituyan las listas de espera previstas en el artículo 45.1, se acuda a los nombramientos accidentales del artículo 44, quedando la selección de personal interino por las propias Corporaciones Locales como recurso absolutamente residual, cuando ni siquiera fuera posible acudir a un nombramiento accidental, por ejemplo, por carecer la entidad de personal funcionario capacitado y disponible para el desempeño de los puestos reservados.

Para ello, bastaría con añadir el artículo 44 al final de la relación de preceptos ("40, 42 y 43") contenida en el artículo 45.2, primer párrafo.

#### 15. Ceses.

Debe insistirse en que el cese del personal que ocupe un puesto de trabajo para el que haya sido nombrado otro funcionario, y ya sea con carácter definitivo o provisional, no se produce en el momento del acto de nombramiento, sino en el de la toma de posesión del correspondiente puesto. Así debería reflejarse en los artículos 40.3 y 45.3, entre otros.

#### **OCTAVA.- Régimen disciplinario.**

1. En el artículo 47 se regula el procedimiento disciplinario, estableciendo qué órganos son los competentes para el inicio de tales procedimientos. Se atribuye con carácter general la facultad de incoar expediente disciplinario al Presidente de la Corporación Local o quien ostente la jefatura directa del personal, por delegación de aquel, respecto de los habilitados que presten servicios en la entidad. Frente a lo señalado por el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local en su escrito de alegaciones, la facultad del Alcalde para incoar el expediente disciplinario ha de reputarse acorde con las competencias que le atribuye el artículo 150.1 TRRL, en la interpretación que del mismo ha realizado la jurisprudencia. Así, la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 20 de julio de 2011, recuerda que *"efectivamente la Sala considera que el Alcalde es competente para la incoación del citado expediente, con base en el artículo 150.1.a) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local. Precepto que dispone que son órganos competentes para la incoación de expedientes disciplinarios a los funcionarios de la Administración local: "a) El Presidente de la Corporación, en todo caso, o el miembro de ésta que por delegación de aquel, ostente la jefatura directa del personal". Del tenor literal del citado precepto, al señalar expresamente que "en todo caso" el Presidente de la Corporación local es competente para incoar expediente disciplinario a cualquier funcionario de la Administración Local que presta sus servicios en esa Corporación, se desprende según la interpretación realizada por la Sala, que dicha competencia se extiende*

*también a los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional. Cosa distinta es la competencia para imponer la sanción en el supuesto de funcionarios con habilitación de carácter nacional cuando los hechos que se les imputa pudieran dar lugar a las sanciones de destitución o separación del servicio”.*

De conformidad con el texto sometido a consulta, a la Dirección General autonómica del ramo se le otorga también esta facultad incoadora, pero sólo cuando las infracciones que motiven el procedimiento se hubieran cometido en una Corporación diferente a la de prestación de servicios en el momento de incoarle el procedimiento. Se priva, por tanto, a la Administración regional de la facultad que antes del EBEP ostentaba la Dirección General de Administración Local del Ministerio del ramo, de incoar el procedimiento disciplinario cuando por la gravedad de los hechos denunciados la sanción a imponer fuera la destitución del cargo o la separación del servicio (art. 150.1, letra b) TRRL), potestad coherente con la competencia que también atribuía el artículo 151 del mismo texto al Ministro para la imposición de tales sanciones.

No puede valorar positivamente el Consejo Jurídico la no atribución a la Administración regional de esta facultad de incoación de expedientes disciplinarios cuando la sanción a imponer corresponda a una falta grave o muy grave, pues siendo competente la Comunidad Autónoma para imponer tales sanciones, procede que se le asigne la facultad de incoación de expediente disciplinario, siquiera sea de forma subsidiaria y para el supuesto de que la Corporación no inicie el procedimiento. Con ello se garantizaría en mayor medida la adecuada persecución de conductas que por su gravedad podrían ser ampliamente lesivas para los intereses públicos.

2. El artículo 48, letra a) del Proyecto debe establecer con precisión qué concretos órganos autonómicos son competentes para la imposición de sanciones por la comisión de infracciones graves y muy graves (no sanciones graves y muy graves, pues las penas disciplinarias administrativas carecen de tal clasificación, artículos 85 y 88 TRLFP; 146 y 148 TRRL; y 5 y 14 y siguientes del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real decreto 33/1986, de 10 de enero).

A tal efecto, se sugiere que el órgano competente para la imposición de la sanción de separación del servicio sea el Consejo de Gobierno, en consonancia con lo establecido por el artículo 88.2 TRLFP, correspondiendo al Consejero competente en materia de Régimen Local la imposición del resto de sanciones por la comisión de faltas graves y muy graves, de forma similar a lo atribución que el artículo 12.1, letra m) TRLFP efectúa al Consejero competente en materia de Función Pública para la resolución de los expedientes disciplinarios del personal al servicio de la Administración regional.

**NOVENA.- Observaciones particulares al articulado.**

- Artículo 2. Órgano competente.

El órgano competente con carácter general para el ejercicio de las funciones que corresponden a la Comunidad Autónoma en relación con los funcionarios con habilitación de carácter estatal ha de ser la Consejería competente en materia de régimen local, sin perjuicio de que la Consejería de Economía y Hacienda, a través de la Dirección General de Empleo Público, pueda realizar determinadas funciones contempladas y expresamente asignadas en el Proyecto.

Por otra parte, en rigor no existe una reserva de ley formal para que el ordenamiento atribuya a la Comunidad Autónoma una determinada función -entendida en sentido estricto y como concepto diferente al de competencia, como bien refleja el propio precepto- en relación con el colectivo objeto de regulación, por lo que cabría suprimir la limitación que supone la referencia al rango legal de la norma que contiene el precepto *in fine*.

- Artículo 6. Puestos en entidades de ámbito territorial inferior al municipio con personalidad jurídica.

El precepto establece un orden prioritario para el desempeño de funciones reservadas a funcionarios con habilitación de carácter estatal, en cuya virtud, aquellas entidades locales menores que tengan un presupuesto superior a un millón de euros, vendrán obligadas a crear los correspondientes puestos de trabajo, aun cuando las especiales características de la entidad pudieran no hacer estrictamente necesaria tal creación y permitieran un desempeño de aquellas funciones mediante alguna de las restantes formas previstas en el precepto, que generaran un menor coste, lo que se somete a la consideración del órgano proponente.

- Artículo 8. Desempeño excepcional del puesto de tesorería.

La regulación proyectada tiene su fundamento en la Disposición adicional tercera RD 1732/1994 (que ha de considerarse vigente conforme a lo establecido en la Disposición transitoria séptima del EBEP), que prevé este supuesto, incorporando la futura norma regional el procedimiento para autorizar a la Corporación acudir a la excepción.

El precepto, no obstante, debería completarse con dos previsiones adicionales:

a) En el apartado 3, la revocación de la autorización debe conllevar el cese del funcionario propio de la Corporación en el desempeño del puesto de tesorería y su provisión por funcionario con habilitación de carácter estatal.

b) Si la autorización ha de publicarse en los diarios oficiales regional y estatal, debería preverse igualmente la publicación, en los mismos medios, de la revocación de la autorización.

- Artículo 9. Normas generales de la creación y clasificación de puestos.

a) El precepto tiene dos contenidos principales, uno de naturaleza estrictamente procedimental, al establecer los trámites a seguir para la clasificación, creación y supresión de los puestos de trabajo, mientras que el otro es de carácter sustantivo y se refiere a las modificaciones en la clasificación de los puestos y los efectos de la misma sobre los funcionarios que los ocupan. Se sugiere una escisión en dos del actual artículo 9, de forma que un artículo se dedicara al procedimiento de creación y supresión de puestos de trabajo, mientras que la modificación de la clasificación y sus efectos debería constituir el objeto de otro artículo diferente.

b) El apartado 3 prevé la actuación de oficio por parte de la Consejería competente en materia de Administración Local, para proceder a reclasificar los puestos de trabajo cuando las circunstancias que motivaron una determinada clasificación se hayan modificado y la Corporación Local afectada no inste la modificación de dicha clasificación. Resulta llamativo, no obstante, que tal actuación de oficio sólo se prevea en el supuesto de modificaciones en la clasificación que deriven del incremento de la población o del presupuesto, pero no en sentido contrario, es decir, reclasificaciones con disminución de clase de los puestos reservados, cuando los parámetros utilizados para la clasificación no alcancen los límites inferiores de la inicialmente asignada.

Una previsión similar a la contenida en el Proyecto se recoge en el Decreto 49/2009, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia respecto de los funcionarios con habilitación de carácter estatal. Sin embargo, el expediente no contiene una justificación de esta medida y su limitación a las reclasificaciones "positivas".

De hecho, la clasificación de los puestos de trabajo que corresponde realizar a la Comunidad Autónoma debe ceñirse a los parámetros de población y presupuesto fijados por el artículo 3 del Proyecto y los preceptos básicos concordantes del RD 1732/1994, por lo que la pasividad de la Corporación Local en la iniciativa de la reclasificación no debería impedir a la Comunidad Autónoma dirigirse a ella para instarle a solicitar la modificación de clase de los puestos de trabajo reservados cuando se produce una reducción de aquellos parámetros, dando la posibilidad a la Corporación Local, no obstante, de justificar la concurrencia de circunstancias

especiales que justificaran el mantenimiento de la clasificación superior a la que le correspondería, conforme a lo prevenido en el artículo 7 RD 1732/1994 y 4 del Proyecto.

- Artículo 10. Registro integrado del personal funcionario con habilitación estatal.

Al inicio del apartado 1, debe indicarse que la Dirección General competente en materia de Régimen Local llevará o gestionará (no “inscribirá”) el indicado Registro.

- Artículo 11. Comunicación e inscripción de oficio.

a) El precepto regula también el acceso a la información del Registro y su uso, por lo que debería adecuarse el epígrafe a su contenido.

b) Por otra parte, podría modificarse la redacción del apartado 2 para sujetar la utilización de la información contenida en el Registro a la normativa reguladora de la protección de datos personales, no sólo a las “limitaciones” que en ella se establecen.

c) El apartado 1 alude a “los registros regulados en la presente sección”. Sin embargo, y como ya se ha indicado, el artículo 10 del Proyecto parece regular un único registro integrado de habilitados estatales.

- Artículo 15. Normativa de aplicación.

a) En la enumeración de las normas rectoras de la selección de los habilitados estatales, debería aludirse con carácter general a la normativa básica aplicable, en lugar de “lo establecido con carácter básico por el Ministerio competente en materia de Administraciones Públicas”. Y es que al margen de la dificultad, que no imposibilidad, que en el marco constitucional de distribución de competencias conlleva el reconocimiento de carácter básico a normas de rango jerárquico inferior a Real Decreto (por todas, STC 213/1994, de 14 de julio), es evidente que las bases contenidas en el propio EBEP y su normativa de desarrollo, aun no establecidas por el indicado Ministerio, también serán aplicables de modo prioritario a la selección de los funcionarios.

b) Si, como parece, el precepto establece un orden de prelación de las normas aplicables a la selección de los funcionarios, la normativa autonómica debería preordenarse respecto a las normas específicas no básicas de los habilitados estatales, dada la remisión expresa que a la primera establece la DA 2ª, apartado 7 EBEP.

- Artículo 17. Curso selectivo y nombramiento.

a) El nombramiento de los funcionarios en prácticas debería corresponder al titular de la Consejería competente en materia de empleo público, en consonancia con lo establecido en el artículo 13.1, letra h) TRLFP, pues es a dicho Consejero al que corresponde efectuar los nombramientos tanto de personal funcionario de carrera como interino e, incluso, la contratación del personal laboral temporal (art. 13.1, letras k) y l) TRLFP). En el sistema regional de reparto de funciones en materia de empleo público, los nombramientos, sean o no definitivos, corresponde efectuarlos al titular del Departamento, no a la Dirección General del ramo.

b) Debería precisarse que la opción retributiva a que se refiere el apartado 1 habrá de efectuarse por el funcionario en prácticas al inicio del curso selectivo.

c) Debe concordarse el número de la expresión “el mismo” con su referente que es “los cursos”.

d) Al igual que en el apartado 3 se contemplan los efectos de la superación del curso de formación y consiguiente nombramiento que determina el ingreso en la correspondiente subescala, deberían regularse también los efectos del nombramiento derivado de la promoción a la categoría superior en las Subescalas de Secretaría e Intervención-Tesorería, para las que no se prevé en el Proyecto curso selectivo alguno y que en la actual redacción del proyectado apartado 3 no tendrían cabida.

e) El último inciso del apartado 4 regula la eficacia de la habilitación estatal una vez acreditada por el Ministerio, estableciendo que, a partir de dicha acreditación, los funcionarios habilitados pueden participar en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo convocados en todo el territorio nacional.

Esta regulación, en tanto que extiende sus efectos más allá de las fronteras del territorio regional, únicamente sería admisible de manifestar expresamente en qué norma estatal se basa, amparo que habría de buscarse en el último párrafo de la DA 2ª, apartado 4 EBEP, el cual sin embargo, únicamente alude a que los funcionarios habilitados podrán participar en los concursos de méritos convocados para la provisión de puestos reservados a estos funcionarios en las entidades locales. El ámbito objetivo del precepto básico es, pues, más limitado que el precepto proyectado, que no sólo alude a los concursos de méritos (sistema de provisión definitiva por excelencia) sino a cualesquiera sistemas y formas de provisión definitiva o provisional.

En atención a lo expuesto, considera el Consejo Jurídico que o bien se procede a eliminar el último inciso del apartado 4, pues la determinación de los efectos anejos a la acreditación de la habilitación estatal se insertan de modo natural en la competencia del Estado, o bien se realiza una remisión a la norma básica.

- Artículo 21. Determinación y valoración de los méritos autonómicos en el concurso ordinario y baremación de tales méritos en el concurso unitario.

La referencia al “Registro integrado de habilitados” ha de efectuarse de modo más preciso, bien al “Registro integrado de personal funcionario con habilitación de carácter estatal”, denominación oficial del mismo, bien al Registro regulado en el artículo 10 del Proyecto.

- Artículo 26. Méritos específicos.

En el apartado 4, tras “requerir”, debe completarse “a la entidad local para que anule el acuerdo aprobatorio de los mismos o impugnarlo en los términos...”

- Artículo 29. Solicitudes.

a) La declaración jurada a que se refiere el apartado 2 habrá de aportarse, no acreditarse.

b) El plazo de presentación de solicitudes se establece en 15 días naturales.

La fijación de plazos en días naturales cuando de actuaciones de los particulares se trata debería limitarse a aquellos supuestos en que la medida esté debidamente justificada por razones de urgencia o necesidad de brevedad de plazos, dado que durante los días inhábiles y salvo las posibilidades que ofrecen los medios telemáticos de comunicación con la Administración, al interesado le será difícil relacionarse con aquélla para obtener certificados, formular consultas sobre sus méritos o presentar su instancia de participación en el concurso.

Y todo ello sin olvidar la preferencia que la normativa básica del régimen jurídico de las Administraciones Públicas establece por los días hábiles, cuando desde la reforma del artículo 48.1 LPAC, operada por la Ley 4/1999, el establecimiento de excepciones a la regla general interpretativa consistente en que cuando los plazos se señalen por días, éstos se entenderán hábiles, queda restringida a que así lo disponga una Ley o una norma de Derecho Comunitario.

c) La redacción del apartado 3 debería reordenarse, de forma que ya desde el comienzo de su lectura se advirtiera que es una norma sólo aplicable a los funcionarios que soliciten más de una plaza. Así, se sugiere la siguiente: “En igual plazo, los concursantes que participen simultáneamente a dos o más destinos comunicarán...”

- Artículo 33. Plazo posesorio.

Al regular el plazo con que cuenta el funcionario adjudicatario de un puesto de trabajo para tomar posesión del mismo, se distingue entre quienes hayan de cesar previamente en otro puesto y quienes no han de hacerlo, bien porque provienen de una situación administrativa diferente del servicio activo, bien porque se trata del primer destino como funcionario. La razón práctica de esta distinción radica en permitir coordinar la finalización del trabajo desarrollado en un determinado puesto con el comienzo de la prestación en otro diferente. Ha de advertirse, no obstante, que esta motivación se da tanto en el supuesto de que el puesto en el que se cesa se ostente con carácter definitivo (se sea titular del mismo, por utilizar la terminología del precepto proyectado) como provisional, por lo que lo determinante en orden al plazo posesorio debería ser la necesidad de un cese previo, independientemente del carácter definitivo o no del desempeño del puesto, por lo que se sugiere la supresión del último inciso del apartado 1, tercer párrafo: “Así ocurrirá...ningún puesto”.

De no aceptarse esta observación, debe sustituirse el verbo “detentar”, dado que su significado, en las dos acepciones admitidas por la Real Academia Española, alude a retener alguien lo que manifiestamente no le pertenece (1) o retener y ejercer ilegítimamente algún poder o cargo público (2).

- Artículo 38. Sistemas de provisión no definitivos.

En el apartado 1 existe una contradicción al señalar que con los sistemas de provisión no definitivos (sería preferible referirse a ellos como formas de provisión, pues la denominación de sistemas de provisión debería reservarse para el concurso y la libre designación) se persigue garantizar que las funciones reservadas a los habilitados sean desempeñadas por ellos en todas las Corporaciones locales y, sin embargo, incluir entre las indicadas formas de provisión no definitiva a los nombramientos accidentales que siempre recaen sobre personal carente de habilitación estatal propio de la Corporación.

- Artículo 39. Revocaciones.

En el apartado 2 debería precisarse en qué supuestos es necesario comunicar a la Corporación Local en la que el funcionario ocupa el puesto definitivo su solicitud de revocación de nombramiento no definitivo, sustituyendo la indeterminada expresión “en su caso”. Cabe considerar que, desde la eficacia de la gestión de los recursos humanos de la entidad local, lo adecuado será efectuar esa comunicación en todo caso para anticipar la posible vuelta del funcionario a su puesto de origen, salvo cuando el nombramiento no definitivo lo sea para un puesto de la misma Corporación Local en la que tiene el puesto reservado.

- Artículo 41. Tramitación (de los nombramientos provisionales).

a) En el apartado 3, no se alcanza a entender para qué se exige la conformidad del funcionario, si es para su cese o lo es para solicitar el informe de la Corporación en la que ha de cesar.

Si lo fuera para el cese, en la medida en que se prevé que el nombramiento provisional conlleva necesaria y automáticamente el cese en el puesto que se viniera desempeñando con anterioridad, y que el nombramiento provisional sólo está legitimado para solicitarlo el propio funcionario, la conformidad con el cese estaría inserta en la solicitud misma de nombramiento.

En cuanto a la conformidad para solicitar el informe, no es adecuado dejar en manos del funcionario la realización de un trámite que, además, reviste carácter determinante de la resolución, al exigirse que el sentido del informe sea favorable al nombramiento.

Se sugiere, en consecuencia, la supresión del inciso “*con la conformidad del funcionario*”.

b) El apartado 6 establece un sentido positivo al silencio, “*siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el presente Decreto*”.

Según el artículo 43.1 LPAC, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado que hubiera deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho Comunitario establezcan lo contrario.

El sentido positivo del silencio en los procedimientos de concesión de nombramientos provisionales se ajusta a la regla general estimatoria establecida en la norma básica, si bien el Proyecto pretende limitar ese efecto estimatorio a aquellas solicitudes que cumplan lo establecido

en el Decreto, es decir, negando la posibilidad de obtener el nombramiento por silencio en contra de lo establecido en el Decreto. Este último inciso no es admisible, pues constituye una excepción a la regla general expuesta, cuyo establecimiento queda vedado a las normas inferiores a la Ley.

Debe, en consecuencia, suprimirse el inciso “*siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el presente Decreto*”, pues el sentido estimatorio del silencio se producirá aun cuando la solicitud formulada no reúna aquellos, debiendo en tal caso la Administración proceder a dejar sin efecto el acto presunto mediante los oportunos procedimientos de revisión establecidos en los artículos 102 y siguientes de la LPAC. Así, STSJ Valencia, núm. 1859/2008, de 9 diciembre.

- Artículo 45. Nombramientos interinos.

a) En el apartado 1, letra b) la puntuación determinante del orden en la lista de espera debería referirse a la obtenida en el total del procedimiento selectivo, no en las “*pruebas en que consiste ese procedimiento*”, pues esta expresión podría dar lugar a una interpretación estricta que identificara el término “prueba” con la fase de oposición, al amparo del artículo 61 EBEP que diferencia las pruebas de capacidad (art. 61.2 EBEP) de la valoración de los méritos de los aspirantes (art. 61.3 EBEP).

b) El apartado 4 redunda en lo establecido en el artículo 44.1, segundo párrafo, lo que de acuerdo con un elemental principio de economía normativa aconseja su supresión.

- Disposición adicional segunda. Representación colectiva de habilitados.

Al establecerse la posibilidad de que el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local pueda solicitar a la Administración (no se concreta si a la autonómica o también a las Corporaciones locales) cuanta información precise sobre diversos extremos, debería limitarse a aquella que se estime necesaria para el ejercicio de sus funciones.

- Disposición adicional quinta. Grado personal.

El apartado 2 establece normas de cómputo a efectos de consolidación de grado por el desempeño provisional de un puesto previo a la adjudicación con carácter definitivo de un puesto de trabajo. El sistema diseñado por el Proyecto se separa del que cabe considerar como clásico en la Administración Pública española y que atiende a los respectivos niveles de clasificación tanto del puesto obtenido con carácter definitivo como del puesto desempeñado provisionalmente. Este es el sistema seguido por el RD 1732/1994 (art. 32.4) al regular la comisión de servicios, y es también el

propio de la Administración regional (Decreto 59/1998, de 8 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre consolidación y reconocimiento de grado personal de los funcionarios de la Administración de la Región de Murcia), considerando el Consejo Jurídico que, en la medida en que el grado es el reflejo subjetivo en la carrera del funcionario del complemento de destino del puesto de trabajo que se desempeña, su referente a efectos de cómputo y consolidación ha de ser siempre el indicado nivel del puesto de trabajo y no la Subescala o categoría a que pertenezcan los funcionarios aptos para cubrir dicho puesto de trabajo. De hecho, en la redacción propuesta, se confunde el Cuerpo o Subescala de adscripción con la clasificación del puesto de trabajo, cuando en rigor, de conformidad con el artículo 3 del Proyecto, no existe un puesto de trabajo de una determinada Subescala y categoría. Así, por ejemplo, una Secretaría de clase primera es un tipo de puesto de trabajo, que tendrá asignado en la correspondiente relación de puestos de trabajo un determinado nivel de complemento de destino, al margen y sin perjuicio de que su provisión esté reservada a funcionarios de una determinada Subescala y categoría.

Por otra parte, la letra b) alude a un desempeño provisional excepcional que no se alcanza a identificar entre las formas de provisión contenidas en el Proyecto, salvo que se refiera a los nombramientos accidentales e interinos, atendido el carácter residual y excepcional que a los mismos se otorga respecto del nombramiento provisional, comisión de servicios y acumulación de funciones. De ser así, ni se justifica en el expediente ni se alcanza a entender por qué en este supuesto sí se computa el desempeño provisional del puesto (adscrito a diferente Subescala o categoría) a efectos de consolidar el grado correspondiente al nivel del puesto obtenido con carácter definitivo y no cuando el desempeño provisional no tiene carácter excepcional.

- Disposición adicional sexta. Integración de los funcionarios con habilitación de carácter estatal pertenecientes a la Subescala de Secretaría-Intervención.

No se precisa en el texto si el procedimiento de integración será único (así el Decreto catalán 195/2008) o si se realizarán convocatorias sucesivas conforme surjan candidatos a la integración que acrediten el cumplimiento de los requisitos, como prevé el Real Decreto 522/2005, de 13 de mayo, por el que se modifican los requisitos para la integración de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional pertenecientes a la Subescala de Secretaría-Intervención.

- Disposición adicional séptima. Procesos de agrupaciones de municipios a efectos de sostener en común puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal.

La garantía retributiva para el funcionario cesado, a que se refiere el párrafo segundo, pierde su razón de ser cuando aquél obtiene un nuevo puesto de trabajo, por ello se sugiere una nueva redacción similar a la establecida en el artículo 43 TRLFP, de modo que el cesado continuaría percibiendo de la agrupación, “en tanto se le atribuye otro puesto de trabajo y durante un plazo máximo de tres meses, las retribuciones...”

- Disposición final primera. Habilitación para el desarrollo del Decreto.

Atendidos los términos tan genéricos en que se expresa la Disposición, cabría entender incluida en la facultad atribuida al Consejero, desde una habilitación reglamentaria omnímoda, hasta la realización de actuaciones o el dictado de actos administrativos concretos y singulares tendentes a la ejecución del futuro Decreto. La primera resultaría contraria al régimen de la potestad reglamentaria, en tanto que ésta corresponde de forma originaria al Consejo de Gobierno (artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia) y, sólo por derivación, a los Consejeros, cuando les esté específicamente atribuida por una norma de rango legal (artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004), a salvo su potestad reglamentaria propia en los aspectos puramente organizativos de su Departamento. Del mismo modo, el Consejero cuenta con un poder de dirección, gestión e inspección del Departamento del que es titular (artículo 16.2 de la Ley 7/2004), cuyo ejercicio ampara todas esas otras actuaciones de carácter no normativo a que podría referirse la Disposición comentada.

En consecuencia, sea por la insuficiencia del rango normativo del Proyecto para efectuar una habilitación de potestad reglamentaria general, sea porque insiste en atribuir al Consejero potestades que ya posee por mandato de la Ley, la previsión contenida en la Disposición Final primera del Proyecto debería suprimirse.

#### **DÉCIMA.- Otras observaciones.**

- Es doctrina consolidada del Consejo Jurídico que, cuando se pretenda incluir en normas reglamentarias regionales preceptos que son reproducción de la Ley o norma básica que se desarrolla, mediante llamadas concretas se deje advertencia en el texto del reglamento de cuáles son los contenidos básicos volcados al mismo, para así facilitar su comprensión e interpretación, a la par que se evitan potenciales ilegalidades al dictar la Comunidad Autónoma normas en materias sobre las que carece de competencia. Asimismo, cuando se considere oportuno o necesario proceder a la reproducción de los contenidos legales en las normas reglamentarias, debe transcribirse literalmente el artículo, sin introducir modificaciones o alteraciones en su redacción.

Se hace esta consideración al advertir que existen en el Proyecto preceptos que vuelcan normas contenidas en la DA 2ª EBEP, sin efectuar advertencia expresa de su origen estatal, como ocurre a modo de ejemplo con los artículos 37.2 y 44.1, segundo párrafo.

- En el índice debe sustituirse la expresión “funcionarios/as” del epígrafe del Capítulo II, por el masculino genérico. Esta observación se hace extensiva a aquellos preceptos en los que todavía persisten expresiones similares, por lo que debe realizarse una revisión general del texto para su corrección.

- La alusión contenida en la Exposición de Motivos a los diferentes órganos que han intervenido en el procedimiento de elaboración reglamentaria debe hacerse por su denominación oficial. Así, debe modificarse la referencia a “los Servicios Jurídicos”, a la “Consejería de Presidencia” y al “Consejo de Cooperación Local”.

- En la fórmula promulgatoria del Proyecto, que antecede de forma inmediata al articulado, debe suprimirse la referencia al informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, al cual ya se alude en el párrafo anterior.

Asimismo, debe recordarse que, de asumir e incorporar al Proyecto las consideraciones de carácter esencial que se formulan en el presente Dictamen, habrá de señalarse en el futuro Decreto que se aprueba “de acuerdo con el Consejo Jurídico de la Región de Murcia”, no “oído” este órgano consultivo, como consta en el texto sometido a consulta.

Debe, también, adecuarse la denominación del Departamento cuyo titular propone al Consejo de Gobierno la aprobación del texto como Decreto.

- En el artículo 43.2 debe sustituirse el término “eximidias” por el más correcto “exentas”, siendo éste el participio pasado del verbo eximir.

- Debe realizarse una revisión general del texto para homogeneizar el uso de las iniciales mayúsculas, corregir el uso de algunos signos de puntuación, uso de las tildes, etc.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia dispone de competencia material para aprobar la futura norma como Decreto de Consejo de Gobierno.

**SEGUNDA.**- Tienen carácter esencial las siguientes observaciones:

- Las efectuadas en la Consideración Quinta de este Dictamen en relación con la creación, clasificación y supresión de los puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional.

- La referida a los artículos 18 y 38, en cuanto a la incorrecta priorización del nombramiento accidental sobre el interino, en los términos de la Consideración Sexta, apartado 1.

- La necesaria intervención de Presidente y Secretario de la Comisión de Valoración en sus sesiones, conforme a lo indicado en la Consideración Sexta, apartado 8.

- La efectuada sobre la supresión del artículo 34.4, según la Consideración Sexta, apartado 10.

- Las formuladas a los artículos 15, 17.4, 41.6 y Disposición final primera en la Consideración Novena de este Dictamen.

**TERCERA.**- El resto de observaciones, de incorporarse al texto contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 272-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios  
**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)  
**Fecha** 19/12/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.
- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada a x según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dió traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los*

*medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n°. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n°. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que “*efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)*”.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica de la paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 50 años.*

*Antecedentes personales: No alergias. Ex-fumadora. No factores de riesgo cardiovascular. No cirugía previa.*

*Enfermedad oncológica:*

*Diagnóstico; Carcinoma epidermoide de esófago cervical.*

*Estadio: pT1NOMO*

*Fecha del diagnóstico: Octubre-06*

*Tratamiento de la neoplasia: Tras valoración en el S° de Cirugía del HUVA, se desestimó tratamiento quirúrgico inicial, siéndonos remitida para tratamiento con quimiorradioterapia en Enero-07. El 6/2/07 se inició quimioterapia con cisplatino y 5FU (75 mg/m<sup>2</sup>/21 días; 5FU: 1000 mg/m<sup>2</sup>/día x 4 días cada 21 días) con radioterapia concurrente. Se administró el segundo ciclo el 2/3/07 y el tercer ciclo el 27/3/07. Sin embargo, debido a la toxicidad previa de la QRT (ingreso hospitalario por neutropenia grado 4 y mucositis grado 3), y dado que solo quedaban 4 sesiones de radioterapia, el día 27/3/07 se decidió administrar únicamente una dosis de 64 mg de cisplatino (inferior a la que le hubiera correspondido: 120 mg).*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de cisplatino:*

*Situación en el momento de la administración del tratamiento: Buen estado general. Sin mucositis ni infección activa. Pendiente de finalizar radioterapia esa semana.*

*Fecha de administración: 27/3/07.*

*Dosis total de cisplatino prescrita: 64 mg.*

*Toxicidad aguda (máxima):*

- Digestivo: esofagitis grado 2 (aunque más atribuible a radioterapia).*
- Mielotoxicidad: no.*
- Ototoxicidad: no.*
- Nefrotoxicidad: no.*
- Neurotoxicidad: no.*
- Otras toxicidades: astenia grado 1.*

*Ingreso hospitalario: no.*

*Evolución; posterior y situación actual:*

*Evolución de la neoplasia: En la reevaluación posterior, la neoplasia estaba en respuesta completa. Sin embargo, en Junio-07 la paciente presentó dolor dorsal intenso (requería opioides para control), con lesión vertebral en D12, compatible con recaída ósea metastásica en la RMN. Se administró por ello tratamiento con paclitaxel semanal entre Julio y Octubre-07, asociado a zoledronato iv. Debido a mal control del dolor se realizó cifoplastia D4 y D12, con toma de biopsias, que fueron negativas*

*para neoplasia. Como complicación del tratamiento ha presentado osteonecrosis mandibular por lo que requirió extracción dentaria y tratamiento antibiótico.*

*Toxicidad crónica o residual:*

- *Ototoxicidad: no.*
- *Nefrotoxicidad: no.*
- *Neurotoxicidad: no.*
- *Otras toxicidades: no.*

*Situación actual: Viva, sin clara evidencia de enfermedad neoplásica activa y sin tratamiento antineoplásico por el momento. Dolor dorsal moderado, que sigue precisando tratamiento con oxicodona a dosis bajas.*

*Juicio diagnóstico:*

- *Carcinoma epidermoide de esófago cervical estadio I tratado con quimiorradioterapia. Lesiones óseas vertebrales tratadas con quimioterapia y cifoplastina.*
- *Toxicidad por cisplatino residual: no".*

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados, destacando el evacuado el 14 de octubre de 2008, que alcanza la conclusión de que a esta paciente se le administró una dosis de 64 mg. de Cisplatino, en lugar de la que le hubiera correspondido (120 mg.), debido a la toxicidad previa, por lo que parece que no hubo sobredosis de Cisplatino, sin que haya lugar a la valoración de la incapacidad laboral puesto que no le ha quedado toxicidad crónica residual.

**SÉPTIMO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre los hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 16 de diciembre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos.

El segundo informe, de 30 de octubre de 2009, de la Inspectora Médica, particularizado en el estudio de los efectos adversos que presentó la paciente con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que el tercer ciclo suministrado el 27 de marzo de 2007 es el que coincide con las fechas, si bien se le administró una dosis inferior a las anteriores por la toxicidad presentada por la paciente a la quimiorradioterapia.

Concluye que esta paciente presentó como toxicidad aguda esofagitis, atribuible a la radioterapia, sin que mostrara toxicidad residual por la administración de Cisplatino.

**OCTAVO.-** El órgano instructor solicitó informe a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros - -, que emitió dictamen en el que concluye que en este caso no hay dosis tóxica ni reacciones tóxicas adicionales a las esperadas, por lo que no existe daño a valorar.

**NOVENO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta que la paciente formulara alegaciones.

**DÉCIMO.-** Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**UNDÉCIMO.-** La propuesta de resolución señala que en este caso no concurren los requisitos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial, puesto que del informe de la Inspección Médica se desprende que a la paciente se le administró una dosis inferior a la que le hubiera correspondido, sin que presentara ninguna toxicidad residual.

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 18 de abril de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que la paciente recibió ciclo de quimioterapia con Cisplatino en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cisplatino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el

servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de sistemas de utilización a prueba de errores.

#### **CUARTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

En el presente caso, a diferencia de otros supuestos, no resulta acreditado el nexo causal entre la administración de Cisplatino y el resultado lesivo, como expresan de forma reiterada los distintos informes médicos obrantes en el expediente.

Así, la Inspectora Médica manifiesta que en el tercer ciclo (el 27 de marzo de 2007) se administró a la paciente una dosis inferior a las anteriores por la toxicidad que presentaba a la quimiorradioterapia, y que la esofagitis que tuvo es más atribuible a la radioterapia, sin que se hayan determinado en este caso secuelas por Cisplatino en el apartado de toxicidad residual.

Frente a tales consideraciones, la paciente no ha formulado alegaciones, por lo que se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que reconoce que no ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la inexistencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 273-2011

<b>Asunto</b>	Revisión de oficio a instancia de x, en representación de --, en relación con expediente sancionador por infracción en materia de prevención de riesgos laborales.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo (2011)
<b>Fecha</b>	19/12/2011

### Extracto doctrina

El Consejo Jurídico ha venido señalando (por todos, Dictamen 25/2008) que la hipotética falta de notificación en vía administrativa del acto impugnado no lesiona el contenido esencial de un derecho susceptible de amparo constitucional, más en concreto, del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución, salvo cuando se esté ante procedimientos sancionadores, como ya destacó en los Dictámenes 19 y 20 de 1999. Y es que desde su Sentencia de 8 de junio de 1981, el Alto Tribunal ha sostenido que las garantías consagradas en el artículo 24 de la Constitución resultan aplicables en los procesos judiciales y en los procedimientos administrativos de carácter sancionador, consecuencia de la identidad de naturaleza de los mismos.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 13 de diciembre de 2007, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social extiende acta de infracción nº 1302007000518948 contra la mercantil "--", por la infracción tipificada en el artículo 12.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social (LISOS), aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, proponiendo una sanción de 2.046 euros. El acta se notifica a la mercantil el 19 de diciembre de 2007, en Avenida --, 08027 (Barcelona).

**SEGUNDO.-** Comoquiera que la mercantil formula alegaciones frente al acta y quien actúa en su nombre no prueba la representación que dice ostentar, se le requiere para que efectúe tal acreditación, lo que se notifica a la empresa en la misma dirección de Barcelona el 10 de marzo de 2008, procediendo la mercantil a subsanar el defecto de representación.

**TERCERO.-** El 13 de junio se dicta propuesta de resolución sancionadora, que es notificada a la empresa el 27 de junio en la misma dirección de Barcelona.

**CUARTO.-** Con fecha 1 de agosto de 2008 se dicta Resolución de la Dirección General de Trabajo, por la que se confirma el acta de infracción y se impone una sanción de 2.046 euros. Esta resolución se intenta notificar el 12 de agosto a las 11 horas y el 13 de agosto a las 12.05,

mediante correo certificado con acuse de recibo en la dirección de Barcelona utilizada anteriormente. Ambos intentos resultan infructuosos, haciendo constar el empleado postal la indicación "ausente reparto".

Se procede a continuación a notificar mediante publicación edictal en el Boletín Oficial de la Región de Murcia de 29 de octubre de 2008 y exposición en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Barcelona del 24 de octubre al 24 de noviembre de 2008.

**QUINTO.-** El 18 de noviembre de 2009 la mercantil sancionada presenta solicitud de inicio del procedimiento de revisión de oficio de actos nulos previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), contra la resolución sancionadora, con fundamento en el artículo 62.1.a) de dicha Ley, por no haberse practicado en la debida forma la notificación de aquélla, ocasionándole indefensión. Hace constar en dicho escrito, como domicilio a efecto de notificaciones, el social de la empresa, en C/ --, 28043, Madrid.

**SEXTO.-** El 22 de diciembre la Dirección General de Trabajo acuerda inadmitir a trámite dicho escrito, que erróneamente califica como recurso extraordinario de revisión. Intentada la notificación de esta resolución el 11 de enero de 2010 en la dirección --, 41.001, de Sevilla, resulta imposible por ser desconocida la empresa en tal dirección postal. Finalmente, la resolución es notificada en el domicilio social de la empresa el 8 de febrero siguiente.

**SÉPTIMO.-** La mencionada resolución de inadmisión a trámite contiene pie de recurso de alzada, del que la interesada hace uso mediante escrito de 5 de marzo de 2010, en el que vuelve a plantear la acción de nulidad.

El 18 de abril de 2011 se dicta Orden estimatoria de dicho recurso de alzada, acordando retrotraer las actuaciones al momento en que debió iniciarse el procedimiento de revisión por acto nulo regulado por el artículo 102 LPAC.

**OCTAVO.-** El 18 de mayo, el Servicio de Normas Laborales y Sanciones de la Dirección General de Trabajo informa negativamente la solicitud de revisión de oficio, al considerar que en la notificación de la resolución sancionadora se actuó conforme establece el ordenamiento jurídico y se intentó por dos veces la notificación en una dirección que constaba a la Administración antes de acudir a la vía edictal.

**NOVENO.-** En idéntico sentido negativo se expresa el informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante, emitido el 24 de mayo, en el que se pone de manifiesto la intención de la empresa destinataria de la notificación de obstaculizar y no contribuir a la recepción de la misma.

**DÉCIMO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 14 de julio de 2011, también en sentido desestimatorio de la solicitud de revisión de oficio. Rechaza que el incumplimiento de lo preceptuado en los artículos 58.2 y 59.5 LPAC sea causa de nulidad, y no advierte indefensión alguna en la forma de notificar la resolución sancionadora, máxime porque en la dirección de Barcelona se habían recibido notificaciones anteriores correspondientes al mismo expediente, sin que la empresa formulara reparo alguno, con abundante cita de jurisprudencia.

En tal estado de tramitación, y una vez incorporado el texto de la Orden que habrá de resolver el procedimiento de revisión de oficio, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 29 de julio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

De conformidad con el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 102.1 LPAC, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre la revisión de oficio de un acto administrativo cuya declaración de nulidad se pretende.

#### **SEGUNDA.- Legitimación y procedimiento.**

El artículo 102.1 LPAC establece que las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (circunstancia que concurre en el presente supuesto, al ser la mercantil actora sujeto pasivo de la sanción impuesta, lo que le confiere legitimación para impugnarla), y previo Dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa, o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en su artículo 62.1.

## 1. Requisito temporal.

El acto impugnado es la Resolución de 1 de agosto de 2008, de la Dirección General de Trabajo que impone a la interesada una sanción de 2.046 euros.

De apreciarse motivo de nulidad, no existe límite temporal para la resolución del procedimiento, ya que la declaración de oficio de aquella puede efectuarse en cualquier momento (artículo 102.1 LPAC), siendo imprescriptible el ejercicio de la acción.

## 2. Procedimiento y órgano competente para la declaración de nulidad.

a) Respecto al procedimiento de revisión seguido, cabe afirmar que, en general, se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 102.2 LPAC, constando la solicitud y emisión del preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, habiéndose solicitado el presente Dictamen.

Se ha omitido, sin embargo, el preceptivo trámite de audiencia. Las normas del procedimiento administrativo común exigen dar audiencia a los interesados, como manifestación de los principios participativo y contradictorio que han de regir dicho procedimiento y que tiene su plasmación constitucional en el artículo 105, c) CE, según el cual la Ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado. El artículo 84 LPAC, por su parte, dispone que instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados.

En el procedimiento sometido a consulta no se otorga el referido trámite ni se motiva su omisión. No obstante, con fundamento en el artículo 84.4 LPAC, que permite prescindir del indicado trámite cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que las aducidas por el interesado y dada la conclusión que se alcanza en el presente Dictamen, se considera innecesario retrasar aún más la resolución de un procedimiento que dura ya casi dos años cuando debió haber sido resuelto en un máximo de tres meses.

b) El Consejero de Educación, Formación y Empleo es competente para resolver el procedimiento iniciado por la acción de nulidad ejercitada por la interesada, conforme a lo establecido en los artículos 16.2, letra g) y 33.1, letra b) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

### 3. Conformación del expediente.

De conformidad con el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, la consulta se acompañará, entre otros extremos, de un extracto de secretaría y de un índice inicial de los documentos que contiene, exigencias ambas omitidas en la presente consulta.

#### **TERCERA.- Las causas de nulidad invocadas.**

El artículo 102 LPAC, regula la revisión de oficio como institución jurídica a través de la cual se habilita a las Administraciones Públicas para declarar la nulidad de aquellos de sus actos que estén incurso en alguna de los tasados motivos de invalidez que establece el artículo 62.1 de la misma Ley.

La revisión, por su propio perfil institucional, no puede ser utilizada como una vía subsidiaria a la de los recursos administrativos ordinarios alegando los mismos vicios que hubieran podido ser enjuiciados en tales recursos, pues, como insiste la doctrina, sólo son relevantes los de especial gravedad recogidos en la ley, en este caso, en el artículo 62 LPAC.

El carácter extraordinario ("*cauce de utilización excepcional y de carácter limitado*", según el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.380/98, de 8 de octubre) que es propio de los procedimientos de revisión de oficio, impone una interpretación estricta de las normas reguladoras de esta vía impugnatoria y de las causas de nulidad que habilitan su uso, pues en definitiva se trata de abrir un nuevo debate fuera de los cauces ordinarios.

Atendido tan extraordinario carácter, este Dictamen se contrae de forma estricta a la determinación de si en el supuesto sometido a consulta concurren tales causas, sin efectuar una valoración de la actuación administrativa desarrollada, más allá de lo que sea estrictamente necesario para determinar si se dan las circunstancias legales habilitantes para declarar la nulidad del acto administrativo impugnado.

Para la mercantil, la resolución sancionadora lesiona su derecho a la tutela judicial efectiva, pues del modo en que se procedió a su notificación se colocó a la empresa en grave indefensión, al no poder conocer el contenido de aquélla e impedirle reaccionar frente a la misma. Considera concurrente, entonces, la causa de nulidad establecida por el artículo 62.1, letra a) LPAC, en cuya

virtud serán nulos los actos administrativos que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

**CUARTA.- Actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.**

Alega la empresa que la notificación de la resolución sancionadora se intentó realizar en una de las oficinas que poseía en Barcelona (Avda. --, 08027, Barcelona), a pesar de que el domicilio que consta en todas las actuaciones administrativas previas es el sito en --, 41.001, Sevilla.

Comoquiera que, al tiempo de intentarse la notificación por correo en la oficina de Barcelona, ésta había sido ya clausurada por la empresa (según se afirma por ella misma, ya que no aporta acreditación alguna de tal extremo), no pudo practicarse la notificación, siendo devuelto el envío postal a la Dirección General de Trabajo, que procedió a notificar por vía edictal, sin intentar previamente la notificación en alguna dirección alternativa, bien la de Sevilla que constaba en las actuaciones, en la que, siempre según la actora, se notificó sin incidencias el acta de infracción que daba inicio al procedimiento sancionador, bien en el domicilio social de la empresa en Madrid.

1. En primer lugar resulta necesario determinar si efectivamente existieron irregularidades en la notificación y, para el supuesto de que así fuese, si las mismas tienen entidad suficiente para declarar su nulidad.

Aunque yerra la mercantil al señalar que el acta de infracción fue notificada en la dirección de Sevilla, toda vez que consta al folio 163 del expediente que dicha acta fue notificada en Barcelona, es cierto que existen diversos documentos en el expediente sancionador que señalan como domicilio de la Empresa de Trabajo Temporal el de la capital andaluza. Así, cuando con carácter previo al acta de infracción la Inspección de Trabajo requiere a la entidad para que aporte diversa documentación, dirige el requerimiento a la dirección "C/--, 41.001, Sevilla" (folio 98 del expediente). Dicha dirección (aunque como "--") consta también en los folios 99, 100, 101, 102, 203 y 204, entre la documentación que la inspeccionada remite al organismo fiscalizador. En esos documentos, a los folios 203 y 204 del expediente, consta también otra dirección de la empresa: "C/--, 28.043, Madrid".

En este punto el Consejo detecta un proceder irregular en la actuación de la Administración, pues existiendo constancia en el expediente de diversos domicilios en los que poder practicar la

notificación, antes de acudir a la vía edictal debió la Dirección General de Trabajo intentar comunicar la resolución sancionadora a la empresa infractora en alguna de estas otras direcciones. Como ha venido destacando la doctrina del Consejo de Estado y la de este Órgano Consultivo, resulta necesario aplicar de manera rigurosa a la Administración los presupuestos que la legitiman para utilizar la notificación edictal, trayendo a colación, *mutatis mutandi*, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional con relación a la falta de diligencia de los órganos judiciales en la práctica de las comunicaciones procesales, que conduce a acudir improcedentemente al emplazamiento edictal, siendo como es un medio supletorio y excepcional, sin practicar las correspondientes averiguaciones del domicilio de los actores. En aplicación de dicha doctrina, se ha de desplegar una actividad previa que lleve a la convicción razonable de que los interesados no son localizables, a cuyo fin se han de extremar las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios al alcance del órgano notificador (STC 158/2007, de 2 de julio), máxime cuando se trata de la notificación de actos integrantes del procedimiento sancionador. En este sentido, recuerda el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 12 de mayo de 2011, cómo el Tribunal Constitucional viene señalando que existe un especial deber de diligencia de la Administración cuando pretende notificar sanciones, con relación a las cuales, en principio, antes de acudir a la vía edictal, debe intentar la notificación en el domicilio que aparezca en otros registros públicos (SSTC 32/2008, de 25 de febrero, FJ 2; y 128/2008, de 27 de octubre, FJ 2).

No parece que el órgano administrativo manifestara esta diligencia al intentar notificar la resolución sancionadora, pues aunque previamente hubiera podido practicar actos de comunicación sin incidencias en la dirección de Barcelona que aparecía en la propia acta de infracción, lo que permitía presumir que las ulteriores notificaciones en dicha dirección también serían factibles de actuar la destinataria con buena fe, lo cierto es que cuando la Dirección General no consigue efectuar la notificación personal, antes de acudir a la publicación de edictos debió intentar dirigir aquélla a las direcciones de Sevilla o Madrid que constaban en el expediente.

Y es que, aunque sea exigible de los ciudadanos un deber de buena fe y colaboración en la recepción de las notificaciones administrativas, recuerda el Tribunal Supremo, Sala 3ª, en sentencia de 6 de octubre de 2011, que dicha exigencia de buena fe también resulta exigible a la Administración, de modo que *“aun cuando los interesados no hayan actuado con toda la diligencia debida en la comunicación del domicilio (bien porque no designaron un domicilio a efectos de notificaciones, bien porque los intentos de notificación en el indicado han sido infructuosos), antes de acudir a la notificación edictal o mediante comparecencia, intente la notificación en el domicilio idóneo, bien porque éste consta en el mismo expediente ( SSTC 76/2006, de 13 de marzo, FJ 4; y 2/2008, de 14 de enero, FJ 3), bien porque su localización resulta extraordinariamente sencilla, normalmente acudiendo a oficinas o registros públicos (SSTC 135/2005, de 23 de mayo, FJ 4;*

163/2007, de 2 de julio, FJ 3; 223/2007, de 22 de octubre, FJ 3; 231/2007, de 5 de noviembre, FJ 3; y 150/2008, de 17 de noviembre, FJ 4), y especialmente cuando se trata de la notificación de sanciones administrativas ( SSTC 54/2003, de 24 de marzo, FFJJ 2 a 4; 145/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 157/2007, de 2 de julio, FJ 4; 226/2007, de 22 de octubre, FJ 4; 32/2008, de 25 de febrero, FJ 3; 128/2008, de 27 de octubre, FFJJ 2 y 3; y 158/2008, de 24 de noviembre, FJ 3)”.

Se advierte con facilidad que las peculiares características de la potestad sancionadora llevan a la doctrina constitucional a rodear de garantías su ejercicio y a extremar la diligencia exigible a los órganos administrativos en la comunicación de los actos que integran el procedimiento sancionador, para posibilitar la reacción de los ciudadanos frente a la manifestación por antonomasia de las facultades de intervención y gravamen propias del *imperium* de que aparece investida la Administración. Por ello, en la medida en que constaban en el expediente otras direcciones alternativas a aquella en la que la notificación había resultado infructuosa, la Dirección General de Trabajo debió intentar la notificación en ellas antes de la publicación de edictos, pues la averiguación de tales direcciones no suponía para el órgano sancionador un esfuerzo investigador desmedido o excesivo, que no le resultaría exigible conforme a la STC 76/2006, de 13 de marzo, entre otras.

Sintetizan esta doctrina las SSTs, 3ª, de 29 de septiembre y 6 de octubre de 2011 cuando señalan que no puede considerarse que la notificación practicada ha llegado a conocimiento del destinatario cuando *“no comunica a la Administración el cambio de domicilio, y ésta, tras intentar la notificación del acto o resolución en el domicilio asignado en principio por el interesado, acude directamente a la vía edictal o por comparecencia, pese a que resultaba extraordinariamente sencillo acceder, sin esfuerzo alguno, al nuevo domicilio, bien porque éste se hallaba en el propio expediente, bien porque cabía acceder al mismo mediante la simple consulta en las oficinas o registros públicos (o, incluso, en las propias bases de datos de la Administración actuante). En esta línea el Tribunal Constitucional ha afirmado que «cuando del examen de los autos o de la documentación aportada por las partes se deduzca la existencia de un domicilio o de cualquier otro dato que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos »* (entre muchas otras, STC 55/2003, de 24 de marzo, FJ 2; en el mismo sentido, SSSTC 291/2000, de 30 de noviembre, FJ 5; 43/2006, de 13 de febrero, FJ 2; 223/2007, de 22 de octubre, FJ 2; y 2/2008, de 14 de enero, FJ 2). De igual forma, el Tribunal Supremo ha incidido en la jurisprudencia más reciente en la idea de que *« el carácter residual de la notificación edictal al que ya hemos aludido requiere que, antes de acudir a ella, se agoten las otras modalidades que aseguran en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación, así como que no conste el domicilio del interesado o se ignore su paradero »* ( Sentencias de 12 de julio de 2010

(rec. cas. núm. 90/2007), FFDD Segundo y Tercero; y de 28 de octubre de 2010 (rec. cas. núm. 2270/2002), FD Sexto)". Adviértase, además, que esta doctrina se construye en el ámbito tributario, cuya normativa específica establece un expreso deber del contribuyente de comunicar a la Administración cualquier cambio del domicilio fiscal, de forma que tal modificación no producirá efectos frente a la Administración hasta que se haya cumplido con dicho deber de comunicación (art. 48.3, Ley General Tributaria). Parece que, con más razón, será predicable esta doctrina en un ámbito en el que no rige dicho deber. En relación con la materia sancionadora laboral, la aplica el Consejo de Estado, en Dictamen 509/2010.

## 2. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Alcanzada la conclusión de que la notificación por edictos fue indebida como consecuencia de no mostrar la Administración sancionadora la diligencia que le era exigible al no indagar la existencia de otras vías más eficaces de comunicación, procede ahora determinar si dicho comportamiento ha de conllevar la declaración de nulidad de la sanción impuesta. Considera la actora que la forma de notificarle la sanción la colocó en situación de indefensión, vulnerando así las garantías establecidas en el artículo 24 CE, afectando a su derecho a la tutela judicial efectiva.

El Consejo Jurídico ha venido señalando (por todos, Dictamen 25/2008) que la hipotética falta de notificación en vía administrativa del acto impugnado no lesiona el contenido esencial de un derecho susceptible de amparo constitucional, más en concreto, del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución, salvo cuando se esté ante procedimientos sancionadores, como ya destacó en los Dictámenes 19 y 20 de 1999. Y es que desde su Sentencia de 8 de junio de 1981, el Alto Tribunal ha sostenido que las garantías consagradas en el artículo 24 de la Constitución resultan aplicables en los procesos judiciales y en los procedimientos administrativos de carácter sancionador, consecuencia de la identidad de naturaleza de los mismos.

Señala el Consejo Consultivo de Andalucía, en Dictamen 103/2009, que "*por la operatividad constitucional del artículo 24 de la Constitución en los procedimientos administrativos sancionadores, la previsión del artículo 63.2 de la Ley 30/1992 (el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o produzca indefensión) resulta superada, de forma que en tales procedimientos la indefensión no origina anulabilidad del acto, sino nulidad de pleno derecho en virtud del artículo 62.1 a) de esa misma Ley*".

En consecuencia, en el ámbito sancionador, una disminución efectiva y real de garantías con limitación de los medios de alegación, prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses (definición de indefensión ofrecida por la STS de 30 de mayo de 2003), determina la nulidad del acto y no su mera anulabilidad. Y esto es lo que ocurre en el supuesto sometido a consulta, toda vez que se priva a la mercantil de conocer con exactitud la resolución sancionadora, su contenido y motivación, al efecto de permitir su impugnación. Y no es obstáculo a dicha conclusión la posibilidad de recurrir con posterioridad la propia resolución sancionadora -ésta, en tanto que irregularmente notificada, no habría devenido firme, al no computarse los plazos de recurso sino desde el momento de su notificación ajustada al ordenamiento-, pues, tratándose de sanciones, los derechos fundamentales del artículo 24 CE han de hacerse efectivos, precisamente, en el procedimiento sancionador, no después en otra fase o en otra instancia, como señala, entre otras, la STC 59/2004, de 19 de abril.

En suma, no ha existido una notificación en forma de la resolución sancionadora, lo que ha dejado a la mercantil interesada en situación de indefensión, lesionando su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Concorre, pues, la circunstancia prevista en el invocado artículo 62.1, letra a) LPAC.

Ahora bien, dicha nulidad únicamente es predicable de la notificación de la resolución sancionadora, toda vez que consta en el expediente que los restantes trámites sí fueron objeto de una comunicación adecuada a la mercantil interesada, la cual pudo, en consecuencia, actuar en defensa de sus derechos e intereses en el seno del procedimiento sancionador, de modo que la resolución que impone la sanción sería válida, sin contaminación alguna de la nulidad de su notificación, pero no sería ejecutiva, en el sentido del artículo 56 LPAC, al quedar supeditada su eficacia a su notificación (arts. 57.2 LPAC y 21 del Reglamento General sobre Procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo).

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la revisión de oficio, toda vez que el Consejo Jurídico sí aprecia la concurrencia de la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1, letra a) LPAC en la notificación de la resolución sancionadora impugnada, con el alcance señalado en la Consideración Cuarta, *in fine*, de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 274-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente escolar  
**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2011)  
**Fecha** 19/12/2011

**Extracto de doctrina**

El Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente que, según la jurisprudencia del TS, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial administrativa de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el suceso dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 2 de diciembre de 2010 x interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo, solicitando una indemnización de 215 euros, precio de una montura de gafas y de un cristal de su hijo x, que se rompieron ese mismo día en un cambio de clase correspondiente a tercero de la ESO, en el IES Juan Aljada, de Puente Tocinos (Murcia); según describe el alumno fue empujado por la espalda. El accidente escolar fue comunicado por la Directora del Instituto mediante un informe de 1 de diciembre anterior, en el que indica que al alumno le empujó un compañero al cual también otro había empujado; según este informe el accidente se produjo el 26 de noviembre de 2011.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designado instructor por resolución del Secretario General de 3 de enero de 2011, notificada el 10 de enero siguiente, fue solicitado informe del centro; emitido el 20 de enero de 2011, indica que el alumno después de tocar el timbre del segundo recreo, se encontraba en el pasillo junto a sus compañeros esperando la llegada del profesor; en ese momento un alumno le empujó, que a su vez había sido empujado por otro compañero, todo ello sin intencionalidad y sin que se aprecie falta de vigilancia de los alumnos, los cuales hacen solos los cambios de clase y esperan en el pasillo al profesor.

**TERCERO.-** Conferida audiencia al reclamante mediante comunicación de 6 de mayo de 2011, compareció el 26 de dicho mes y, además de retirar copia de la documentación que le interesó, alegó que debería existir una mínima vigilancia en los pasillos en los cambios de clase, ya

que, si el centro se hace cargo de los alumnos asume la responsabilidad de su correcta supervisión; aportó copia del recibo de seguro escolar. El 22 de agosto de 2010 se formuló propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación. Considera que no se aprecia la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad de la Administración autonómica.

Y en tal estado, cumplimentado el expediente con el reglamentario índice de documentos y con el extracto de secretaría, fue formulada la consulta, que tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 23 de septiembre de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter de este Dictamen**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

El procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha iniciado a instancia de parte interesada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

La acción se ha ejercitado dentro del año de producido el hecho causante del daño, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.5 LPAC.

Finalmente, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los esenciales trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, aunque no se ha definido con certeza la fecha del accidente, lo que no tiene consecuencias en cuanto al Dictamen que procede emitir en cuanto al fondo del asunto.

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

Según el artículo 139 LPAC, cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

El Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente que, según la jurisprudencia del TS, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial administrativa de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el suceso dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

En el expediente de la consulta, es cierto que el efecto dañoso existe y que se produce en el seno del servicio público entendido como “giro o tráfico administrativo”, al ser el instituto de titularidad pública y su gestión una competencia de la Administración regional, mas no existen, al menos probadas, otras circunstancias que permitan imputar a la Consejería tales efectos dañosos. De los hechos recogidos en el informe del centro puede calificarse el accidente como un suceso desafortunado, pero en ningún caso atribuible directa ni indirectamente al funcionamiento del servicio público ni a la actuación de algún profesor. Puede afirmarse que el grado de diligencia exigible al centro no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas, aunque el reclamante achaque al centro falta de vigilancia que, sin embargo, no se aprecia necesaria dada la edad de los alumnos. Lo anterior no permite apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.-Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, dada la ausencia de los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 275-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios  
**Consultante** Consejera de Sanidad y Política Social (2011)  
**Fecha** 19/12/2011

**Extracto de doctrina**

La atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 30 de enero de 2009, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración regional, como consecuencia de los daños que dice haber sufrido durante la asistencia sanitaria recibida del Servicio Murciano de Salud.

Relata la reclamante que el 30 de enero de 2008 fue intervenida de apendicitis aguda en el Hospital “Morales Meseguer” de Murcia. Tras la operación y conforme fue disminuyendo el efecto de la anestesia comenzó a sentir fuertes dolores en los hombros, que atribuye a los violentos movimientos a los que fue sometida durante la intervención quirúrgica en la mesa de operaciones o en el traslado de la camilla a dicha mesa. En el mismo Hospital se la remite a la unidad de Traumatología y posteriormente acude a rehabilitación, no encontrando mejoría, y siendo los dolores cada vez mayores, con limitación de la movilidad de los hombros. Afirma que necesita ayuda de terceras personas en el cuidado de su higiene personal, para vestirse o para realizar cualquier tarea diaria.

Tras ecografía, de la cual afirma que aún no le han informado, se le indica que sufre una rotura de tendón, por lo que debe seguir rehabilitación y ser intervenida quirúrgicamente. Antes de la operación de apendicitis nunca había sufrido dolor de hombros.

Expone que aún no está curada de sus lesiones, teniendo que continuar con la rehabilitación y ser sometida a una intervención, por lo que no puede realizar una valoración económica concreta, pero que en cualquier caso, será superior a 60.000 euros.

Propone prueba documental consistente en que se aporte al expediente copia de su historia clínica.

**SEGUNDO.-** El 1 de abril se requiere a la interesada para que subsane su solicitud, a lo que procede mediante escrito de 16 de abril siguiente; tras lo cual se admite a trámite la reclamación mediante resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, que encomienda su instrucción al Servicio Jurídico del Ente Público sanitario.

Por el órgano instructor se comunica a la interesada la información que prescribe el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y se da traslado de la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Dirección de los Servicios Jurídicos y a la compañía aseguradora, al tiempo que se solicita del Hospital "Morales Meseguer" la remisión de la historia clínica de la paciente e informe de los facultativos que le prestaron asistencia.

**TERCERO.-** Remitida por el Hospital la documentación solicitada, el informe del Jefe de Servicio de Cirugía General se expresa en los siguientes términos:

*"x, con 58 años en la actualidad, acudió a Urgencias de este Hospital HMM la noche del 30 de enero de 2008 aquejando un abdomen agudo de 48 horas de evolución y, tras ser diagnosticada de apendicitis aguda, previo consentimiento (incluso escrito) fue inmediatamente intervenida. Mediante una pequeña laparotomía en la fosa iliaca derecha, bajo anestesia general, se comprobó la existencia de una grave infección supurada del apéndice; se practicó apendicectomía y limpieza, bajo protección antibiótica. El postoperatorio transcurrió sin incidencias reseñables, siendo alta hospitalaria, con recomendaciones terapéuticas, el 3 de febrero de 2008.*

*En las anotaciones de la Unidad de Reanimación (RHB-HMM) no figura ninguna alteración en relación con la movilidad o sensaciones dolorosas del paciente. En las anotaciones de evolución clínica de los días 31-1-08, 1-2-08 y 2-2-08 tampoco se reseñan anomalías en relación con el sistema músculo esquelético; el día 2 se ofreció el alta, pero la paciente no la quiso. En las anotaciones de enfermería no hay datos que permitan apreciar alteraciones en la movilidad o dolor en las extremidades. Fue el día 3-2-08, el del alta, que se solicitó una consulta programada en el servicio de Rehabilitación por sugerir la paciente ciertas molestias y limitaciones en el hombro derecho.*

*Posteriormente la paciente siguió visitas en RHB-HMM, constando que el 5-3-08 se encontraba bien y fue alta en dicho servicio.*

*Bien, en 30-1-09 pone Reclamación de 60.000 € por "fuertes dolores de hombro" tras "salir*

de la sala de operaciones", debidos a "movimientos violentos en la mesa de operaciones o en la camilla de traslado". No obstante, repetimos que: en las anotaciones de la Unidad de Reanimación no figura ninguna alteración en relación con la movilidad o sensaciones dolorosas del paciente. En las anotaciones de evolución clínica de los días 31-1-08, 1-2-08 y 2-2-08 tampoco se reflejan anomalías en relación con el sistema músculo esquelético; el día 2 se ofreció el alta, pero la paciente no la quiso. En las anotaciones de enfermería no hay datos que permitan apreciar alteraciones en la movilidad o dolor en las extremidades.

La apendicectomía abierta es habitualmente, como en este caso, una intervención corta y que no requiere posturas extremas ni forzadas. Diferente es el caso de las posiciones en laparoscopia o largas intervenciones donde pueden producirse dolor sobre el aparato locomotor, más bien debidas a lesiones o disfunciones transitorias de troncos nerviosos. No conocemos casos como el presente tras apendicectomía, ni siquiera tras cualquier otro tipo de intervención abdominal.

Las características y la etiología o posibles causas del dolor de hombro derecho que padece la paciente, si es el caso, es decir, el tipo de síndrome de hombro doloroso (SHD) u omalgia, han de ser los expertos en patología del hombro quienes emitan el correspondiente dictamen. El SHD es muy frecuente, tiene muchas causas y cabe la posibilidad de que la paciente sufra un SHD -o no- y que lo padezca independientemente de la impecable intervención de apendicectomía que le salvó la vida en su momento".

También se remite el informe de Rehabilitación, que es del siguiente tenor:

*"Paciente valorada en consulta de rehabilitación como primera visita el 21-2-08:*

- Motivo de consulta; dolor en hombro derecho.*
- Antecedentes personales; hipotiroidismo, apendicectomía.*
- Enfermedad actual; dolor de carácter mecánico, nocturno.*
- Exploración física; No amiotrofias, balance articular activo de hombro derecho limitado a 30°, balance articular pasivo libre, dolor a la solicitud de manguito rotador.*
- Juicio clínico; síndrome subacromial de hombro derecho.*
- Se solicita radiografía y ecografía.*
- Se explican normas domiciliarias.*

*Radiografía: Acromión de morfología convexa sin compromiso significativo del espacio subacromial.*

*Ecografía: Pequeña rotura parcial del supraespinoso derecho con signos de bursitis subacromial. Calcificaciones en el supraespinoso izquierdo.*

*Tras valorar el resultado de las citadas pruebas complementarias el 5-3-08 se incluye en tratamiento fisioterápico ambulatorio con posterior seguimiento evolutivo en sucesivas consultas.*

*Ultima valoración el 17-7-09:*

*-Exploración física; rango articular de hombro derecho funcional (mano-nuca, cintura), dolor leve (+/+ + +) a partir de 90° de abducción y solicitud resistida de supraespinoso y subescapular.*

*-De mutuo acuerdo con la paciente, es dada de alta de tratamiento fisioterápico ambulatorio con las siguientes recomendaciones:*

- Mantenimiento de normas y ejercicios aprendidos en rehabilitación a nivel domiciliario.*
- Tras ejercicio, hielo 10 minutos y Voltarén emulgel.*
- Revisión en 3 meses para realizar control evolutivo”.*

**CUARTO.-** Recabado el preceptivo informe del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica), se emite el 24 de marzo de 2011, con el siguiente juicio crítico:

*“Paciente que ingresó en el hospital para tratamiento de apendicitis aguda, realizándose cirugía sin complicaciones.*

*Los registros de reanimación, las anotaciones clínicas evolutivas y los controles de enfermería no avalan quejas de la paciente en relación con dolor en hombros (se movilizan articulaciones y se realizan cambios posturales).*

*Los únicos datos de posible patología en hombro constan el día 2 de febrero en el momento del alta cuando se dice "refiere dolor y limitación de la movilidad del hombro derecho", solicitándole consulta a rehabilitación. No consta exploración realizada en ese momento.*

*La exploración realizada en la consulta de rehabilitación (primera visita el día 21 de febrero de 2008) encuentra limitación en movilidad activa. Los datos que constan en la historia clínica describen consultas y rehabilitación desde marzo o abril de 2008 hasta julio de 2009 (ya con movilidad completa). La consulta posterior no refiere patología.*

*El hombro doloroso a que se refiere la paciente podría haberse desarrollado antes, inmediata o posteriormente al acto quirúrgico, sin embargo la relación directa clara con el*

*procedimiento no es tal dada la fisiopatología del problema. Puede hacer su aparición con algia sorda unos días y agudizarse, puede surgir sin demasiada sintomatología previa y sin desencadenantes y puede mantenerse largo tiempo causando molestias continuas más o menos soportables, entre otras opciones descritas.*

*Consta que antes de la cirugía no existía problema de movilidad en la zona, o no se refiere, y como tal se recoge en el registro de valoración inicial. No conocemos si en el postoperatorio temprano había limitación articular, lo cierto es que 20 días después, en la consulta de rehabilitación se exploró limitación funcional. Es clásico, y según refieren en la reclamación ocurrió, que durante unos días se sienten fuertes dolores en la zona en la afectación aguda. No consta este hecho, según nos comunican, en los registros de atención primaria de la consulta de su centro de salud. Si se consultó en otro centro previo a la visita a rehabilitación, es un dato que no se aportó con la reclamación.*

*No se puede avalar la circunstancia alegada sobre la manipulación violenta de la paciente en el tiempo perioperatorio, no se aprecia la circunstancia que se plantea en la reclamación sobre la existencia de fuertes dolores en los hombros (dando a entender manipulación violenta con repercusión bilateral -el hallazgo de calcificaciones en el hombro izquierdo podría perfectamente hacer surgir una patología similar en el hombro contralateral, sin ningún tipo de condicionante externo-. El hombro doloroso fue tratado con rehabilitación evolucionando lenta y positivamente hasta recuperación, no se planteó la posibilidad de cirugía".*

La conclusión que alcanza el informe es que "no se aprecian razones para indemnización".

**QUINTO.-** Por la aseguradora del Servicio Murciano de Salud se aporta informe médico colegiado elaborado por tres especialistas en Traumatología y Cirugía, que concluye como sigue:

*"1. x de 58 años, fue intervenida de una apendicitis aguda el día 30 de enero de 2008 a las 23,45 horas (folio 90). Según folio 11, en esa misma fecha es vista en consulta de Aparato Locomotor (Traumatología o Rehabilitación), observando una imagen radiológica y fue vista en consulta de Aparato Locomotor (Traumatología o Rehabilitación), observando una imagen radiológica, y fue diagnosticada de síndrome subacromial y poniendo tratamiento.*

*2.- Según los documentos existían los antecedentes del cuadro doloroso.*

*3.- Independientemente de cuando sea el diagnóstico, el cuadro clínico corresponde a un hombro doloroso (síndrome subacromial) de carácter degenerativo, según ecografía realizada el*

día 7 de abril de 2008 (folios 2, 70). Se prescribió rehabilitación, que realizó durante meses y fue dada de alta la misma el día 17 de julio de 2009, con la exploración descrita.

4.- Según la documentación analizada no hay constancia de movilización brusca en momento alguno de la asistencia prestada, que pudiese desencadenar el cuadro doloroso.

5.- El tratamiento realizado por el síndrome subacromial ha sido según la *lex artis ad hoc*".

**SEXTO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante, comparece mediante representante y obtiene vista del expediente, sin que conste que presentara alegación o justificación adicional alguna con ocasión del indicado trámite.

**SÉPTIMO.-** El 8 de septiembre de 2011, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre la manipulación perioperatoria de la paciente y el daño que dice haber sufrido.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 26 de septiembre de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. La legitimación activa corresponde a la paciente, en tanto que es quien sufre en su persona los daños que imputa a la asistencia sanitaria recibida, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 31 de la misma Ley y con el 4.1 (RRP).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través del Servicio Murciano de Salud, en tanto que titular del servicio sanitario público a cuyo anormal funcionamiento se atribuye el daño padecido.

2. La reclamación de 30 de enero de 2009 se ha presentado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, toda vez que se refiere a unos daños que, según la interesada, se manifiestan con posterioridad a la intervención quirúrgica a que se le sometió el 30 de enero de 2008 y cuya estabilización no se produce hasta meses después, tras tratamiento rehabilitador.

3. Por último, analizada la tramitación del procedimiento, se advierte que se ha seguido, en líneas generales, lo establecido por el RRP para este tipo de reclamaciones, salvo el tiempo máximo para resolver que ha rebasado ampliamente el previsto en el artículo 13.3 del citado Reglamento; en cualquier caso, se han recabado los informes preceptivos y cumplimentado las garantías de audiencia a los interesados.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración general de la responsabilidad de la Administración que se desprende del artículo 106.2 CE: "los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce "el derecho a la protección de la salud", desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Procede determinar si en el supuesto sometido a consulta se dan todos y cada uno de los elementos indicados, toda vez que la ausencia de cualquiera de ellos impide el reconocimiento del derecho a ser indemnizado.

#### **CUARTA.- El daño.**

Para la reclamante, la intervención quirúrgica urgente a la que se le sometió le ha producido una rotura del tendón supraespinoso del hombro derecho y calcificaciones en el izquierdo, lo que conlleva una importante limitación funcional que le impide realizar por sí misma las actividades propias de la vida diaria.

Sin embargo, la evolución clínica de la paciente impide considerar tales daños como permanentes, pues en julio de 2009 el rango articular del hombro derecho es funcional y el dolor sólo aparece a partir de los 90 grados de abducción. En enero de 2010 ya no refiere dolor, según informa la Inspección Médica. Así pues y ante la omisión de un informe valorativo de secuelas que permitiera llegar a otra conclusión, el daño padecido por la interesada sólo cabría calificarlo como temporal o provisional y debería ser valorado en términos de días de incapacidad.

#### **QUINTA.- El nexo causal y la antijuridicidad.**

Para la interesada los daños alegados derivarían de una incorrecta manipulación de su persona (“*fuertes y violentos movimientos*”) durante la intervención de apendicectomía urgente a la que fue sometida, bien en la mesa de operaciones, bien en el traslado de la camilla a aquélla.

La paciente propone como único medio de prueba de sus afirmaciones la historia clínica y ésta no corrobora su versión de los hechos, dado que no recoge incidencia alguna durante la intervención, ni menos aún relativa a la movilización de la paciente desde la camilla a la mesa de operaciones ni una vez en ésta. Tampoco constan incidencias en el postoperatorio inmediato que pudieran conectar causalmente la patología del hombro con las maniobras realizadas para la intervención abdominal.

De hecho, al folio 40 del expediente (11 de la historia clínica), consta un documento según el cual la paciente fue vista por Rehabilitación el 30 de enero de 2008, presentando ya a dicha fecha un síndrome subacromial derecho, con un acromion de morfología convexa según muestra estudio radiológico, prescribiéndole medidas terapéuticas y analgésicos para ese hombro. Para los peritos de la aseguradora, este documento relativo a una asistencia en la misma fecha en que la paciente es operada de urgencia (a las 23:45 horas) demuestra que, cuando aquélla ingresa por un problema abdominal agudo, ya había sido vista por patología del aparato locomotor, luego el proceso del hombro no surge en ningún tipo de movilizaciones perioperatorias, porque ya existía con anterioridad.

No obstante, la fecha consignada en este documento no es coherente con el resto del expediente y de la historia clínica. En efecto, el documento está firmado por la misma facultativa especialista en rehabilitación que firma el informe emitido el 29 de septiembre de 2009 a requerimiento del órgano instructor y que establece como fecha de la primera visita de la paciente en rehabilitación la de 21 de febrero de 2008, 21 días después de la apendicectomía. En las hojas de evolución clínica (folios 36 y siguientes del expediente) se corrobora esta circunstancia, señalando como primera consulta en rehabilitación el 21 de febrero de 2008, momento en que se solicita estudio radiológico y ecográfico. Las radiografías que muestran un acromion de forma convexa (como se indica en el documento aparentemente fechado en 30 de enero de 2008) se realizan el 25 de febrero y son valoradas por Rehabilitación el 5 de marzo de 2008, constando en dicha evolución una consulta el 30 de enero de 2009.

Al margen de este documento, como destaca la Inspección Médica, “*los registros de reanimación, las anotaciones clínicas evolutivas y los controles de enfermería no avalan quejas de la paciente en relación con dolor en hombros*”, hasta el momento del alta el 2 de febrero, es decir dos días después de la operación. De hecho, en la hoja de evolución clínica obrante al folio 93 del

expediente, correspondiente a ese día, se reseña que *“la paciente no quiere irse de alta dice encontrarse muy débil”*, sin que se aluda a dolor y limitación en el hombro que, sin embargo sí se hace constar en el informe de alta de Cirugía, según el cual durante el postoperatorio inmediato refiere dolor y limitación de la movilidad del hombro derecho, por lo que se hace una interconsulta a Rehabilitación, a raíz de la cual se realizan las pruebas que permiten descubrir la patología tendinosa de la paciente.

Esta patología es calificada por los peritos de la aseguradora como alteraciones degenerativas de ambos hombros, que son compatibles con el proceso de envejecimiento de los individuos y que no cabe considerar producido por ningún movimiento brusco en su manipulación perioperatoria, como intuye la interesada. Arguyen dichos peritos que la paciente estaba anestesiada bajo anestesia general y que su traslado a la mesa de operaciones se realiza con la técnica denominada *“en bandeja”*, que no produce ningún daño, y no *“cogida de las cuatro extremidades”*.

En el mismo sentido, la Inspección Médica considera que *“no se puede avalar la circunstancia alegada sobre la manipulación violenta de la paciente en el tiempo perioperatorio”*, y que *“el hallazgo de calcificaciones en el hombro izquierdo podría perfectamente hacer surgir una patología similar en el hombro contralateral, sin ningún tipo de condicionante externo”*, como las maniobras apuntadas por la reclamante, de las que no existe constancia en la historia clínica.

Corolario de lo expuesto es que no puede considerarse acreditado que la patología del aparato locomotor que aqueja a la interesada tuviera su origen en cualesquiera maniobras violentas o bruscas realizadas durante la intervención de apendicectomía urgente a que fue sometida el 30 de enero de 2008, siendo la causa más probable de las afecciones músculo-tendinosas que presenta en sus hombros la degeneración de tales estructuras propias de la edad. Ello determina que no pueda establecerse un vínculo causal entre la actuación médica y los daños alegados, cuya antijuridicidad tampoco cabría estimar probada, por lo que procede desestimar la reclamación formulada.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciar la concurrencia de los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 276-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad  
**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)  
**Fecha** 21/12/2011

**Extracto de doctrina**

El deber de vigilancia no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 19 de noviembre de 2008 tiene entrada en el Registro de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, reclamación formulada por x, en solicitud de indemnización por los daños sufridos como consecuencia del accidente de circulación acaecido el 1 de julio de 2008, cuando circulaba con el vehículo de su propiedad, marca Citroën, modelo Xsara, matrícula --, por la carretera F-36 (Torre- Pacheco-Cartagena), dirección Cartagena. Según la reclamante sufrió una salida de la vía como consecuencia de la existencia de una mancha de aceite en la calzada, colisionando contra un poste de sujeción de señal vertical de tráfico, resultando con daños en su vehículo.

La indemnización solicitada coincide con el importe de la reparación del vehículo que asciende a 649,15 euros, aportando la siguiente documentación:

- Fotocopia no compulsada del permiso de circulación del vehículo.
- Fotocopia no compulsada del documento nacional de identidad de la reclamante.
- Informe de peritación y valoración elaborado por la aseguradora del vehículo.
- Informe DM-243/2008, de la Guardia Civil de Tráfico de Cartagena, en el que, en el apartado destinado a “comentarios”, se hace constar lo siguiente: *“salida de vía por el margen derecho y choque con poste sujeción señal vertical de tráfico del turismo marca Citroën modelo Xsara, matrícula --, resultando daños materiales en el vehículo implicado, --, asegurado con --, con nº de póliza x, en vigor. Causa probable ‘mal estado o condición de la vía’, en la cual se hace visible una gran mancha de aceite”*. Al informe se unen fotografías del lugar del accidente.

Propone como prueba la documental que se acompaña a la reclamación y designa, a efectos de notificaciones, el domicilio de la letrada del Ilte. Colegio de Abogados de Cartagena, x.

**SEGUNDO.-** La instructora del procedimiento requiere a la letrada de la interesada para que subsane su solicitud, mediante la aportación de diversa documentación y entre ella la que acredite la representación con que dicha letrada actúa en el procedimiento en nombre de la reclamante.

En fecha 11 de febrero de 2009, la letrada presenta la documentación requerida.

**TERCERO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras y al Parque de Maquinaria dependiente de la misma, la primera, tras afirmar la titularidad regional de la vía en que acaece el accidente, manifiesta lo siguiente:

*“A) Se tuvo conocimiento del vertido de gasoil sobre la calzada por aviso de la Guardia Civil.*

*B) El vertido sobre la calzada era de gasoil, no de aceite como se menciona en la reclamación, desconociendo los datos del vehículo causante de dicho vertido.*

*C) No se ha tenido constancia de sucesos similares en este tramo de carretera por las mismas circunstancias.*

*D) No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*

*E) No se puede determinar la imputabilidad de la responsabilidad a esta Administración o a otras administraciones, contratistas o agentes.*

*F) Con motivo del aviso de la Guardia Civil, se personó en el lugar del vertido de gasoil personal de la Brigada de Conservación de Cartagena para limpiar el gasoil sobre la carretera.*

*G) En este tramo de carretera no existe señalización que pueda relacionarse con el evento lesivo.*

*H) No se pueden valorar los daños causados.*

*I) No existen aspectos técnicos para determinar la producción del daño.*

*J) El gasoil vertido sobre firmes con mezcla bituminosa en caliente produce el mismo efecto que el aceite, convirtiendo el pavimento en una superficie deslizante”.*

El Parque de Maquinaria, por su parte, contesta que el valor venal del vehículo es de aproximadamente 2.650 euros en la fecha del accidente, y que el valor de los daños reclamados que, según informe pericial de la compañía aseguradora, asciende a 649,15 euros, se considera que es adecuado.

**CUARTO.-** Conferido trámite de audiencia a la interesada, su letrada presenta alegaciones reiterando sus pretensiones iniciales y hacer constar la existencia de datos suficientes en el expediente que corroboran que los daños causados se deben a la existencia de una mancha de gasoil o de aceite (considera irrelevante que fuese de una u otra sustancia) en la vía por la que circulaba.

**QUINTO.-** Seguidamente la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación interpuesta, al considerar que no concurren los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial, en particular, el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño padecido.

Tras incorporar al expediente un índice de documentos y el preceptivo extracto de secretaría, V. E. lo remitió a este Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante oficio que tuvo entrada el pasado 8 de marzo de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

La reclamación ha sido interpuesta por quien goza de legitimación activa para ello, en tanto que la reclamante sufre un perjuicio patrimonial (desperfectos en su vehículo) como consecuencia del percance, lo que le confiere la condición de interesada (artículos 31.1 y 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LPAC, y artículo 4.1 RRP), viniendo pues legitimada para reclamar la indemnización de aquellos daños.

En cuanto a la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través de la Consejería consultante, en virtud de su condición de titular de la vía a cuyas defectuosas condiciones de conservación se imputa el daño.

La reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP.

En lo que se refiere al procedimiento se puede afirmar que, en líneas generales, se ha respetado lo que se señala tanto en la LPAC como en el RRP para este tipo de expedientes. No obstante, en lo que respecta al requerimiento efectuado por la instructora a la letrada que dice actuar en nombre y representación de la reclamante para que acredite tal extremo, este Órgano Consultivo considera que tal extremo no resulta exigible. En efecto, según establece el artículo 32 LPAC los interesados podrán actuar por medio de representante, exigiendo este precepto para los supuestos en los que se pretenda formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos, que dicha representación quede acreditada por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Sin embargo, para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá la representación. En el concreto supuesto que nos ocupa, la reclamante en su escrito de iniciación designa el domicilio de una letrada a efectos de notificaciones y, posteriormente, por esta última se presenta en nombre de aquélla un escrito cumplimentando un requerimiento de la instructora del procedimiento, actuación que se ha de considerar válida puesto que el citado precepto exige la acreditación para incoar cualquier tipo de procedimiento, pero, una vez iniciado, jugará la presunción a favor de la representación respecto de cualquier acto del procedimiento, incluidos los actos de instrucción entre los que se encuentra el de completar información o formular alegaciones. Sólo en el supuesto de que el representante hubiese pretendido entablar recursos, desistir de acciones o renunciar a derechos, habría resultado necesaria la acreditación de la representación.

**TERCERA.- Los elementos generadores de responsabilidad patrimonial. El nexo causal.**

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En similares términos se expresa el artículo 139 LPAC, configurando una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada.

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, Sentencia de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que de lo contrario el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

En suma, de acuerdo con lo establecido por los artículos 139 y 141 LPAC, son requisitos para que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, los siguientes:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

En el presente caso cabe tener por cierto tanto el accidente como que éste produjo determinados perjuicios a la interesada de índole material.

No resulta tan manifiesto, sin embargo, el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño padecido, pues cuando se trata de accidentes de circulación cuya

generación se pretende imputar al funcionamiento del servicio público viario, la relación de causalidad surgirá si concurre alguna de estas dos situaciones:

a) Una inactividad por omisión de la Administración titular de la explotación del servicio en el cumplimiento de los deberes de conservación y mantenimiento de los elementos de las carreteras a fin de mantenerlas útiles y libres de obstáculos en garantía de la seguridad del tráfico, tal como prescriben los artículos 15 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras y 26 de la Ley 2/2008, de 21 de abril, de Carreteras de la Región de Murcia.

b) O bien una ineficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad alteradas mediante la eliminación de la fuente de riesgo o, en su caso, mediante la instalación y conservación en la carretera de las adecuadas señales viales circunstanciales de advertencia del peligro (artículo 57, Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en adelante TALT).

Por tanto, para poder apreciar la responsabilidad de la Administración en estos casos, el examen de la relación de causalidad entre el daño y la inactividad de aquélla en la prevención de situaciones de riesgo primariamente ha de dirigirse a dilucidar si tal riesgo se da en el ámbito de responsabilidad o competencia de la Administración, es decir si la norma la compele a actuar para evitar o minimizar el riesgo en la utilización de las carreteras; pero también, yendo más allá del contenido de las obligaciones que explícita o implícitamente imponen a la Administración competente las normas reguladoras del servicio, habrá de efectuarse una valoración del rendimiento exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución a la actividad administrativa, tal como señala el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala Tercera, de 7 de octubre de 1997. A esta doctrina, aunque sin citarla expresamente, alude la propuesta de resolución al indicar que el deber de vigilancia no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, entre lo que se encuentra una vigilancia tan intensa que, sin mediar lapso de tiempo no instantáneo o inmediato, cuide de que el tráfico de la calzada sea libre y expedito.

Para efectuar tales determinaciones será preciso atender a la prueba practicada durante la instrucción del procedimiento. Al efecto, procede considerar acreditada la existencia de la mancha de una sustancia deslizante (es irrelevante, como manifiesta la reclamante que lo fuese de aceite o de gasoil) en el firme de la carretera, pues así lo hacen constar los agentes de tráfico en su informe y lo admite la Dirección General de Carreteras en el suyo, aunque con la matización de su naturaleza, afirmando que no era de aceite sino de gasoil, aunque en ese mismo documento señala que *“el gasoil vertido sobre firmes con mezcla bituminosa en caliente produce el mismo efecto que*

*el aceite, convirtiendo el pavimento en una superficie deslizante*". También indica que una vez que se tuvo conocimiento por parte de la Guardia Civil de la existencia del vertido se procedió a su limpieza.

En el supuesto sometido a consulta, por tanto, no ofrece duda que fue la existencia sobre la calzada de una sustancia deslizante la que actuó como causa inmediata del siniestro.

Es partiendo de esta circunstancia que la parte actora atribuye responsabilidad y, consecuentemente, obligación indemnizatoria, a la Comunidad Autónoma, al considerar que los daños padecidos son consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, existiendo una relación inmediata de causa a efecto, puesto que la causa de aquéllos no es otra que la existencia de elementos anormales en la calzada, que generan un riesgo para los usuarios y que se habría actualizado respecto de la interesada.

Sin embargo, la Administración mantiene que, no habiendo acreditado la interesada que entre el momento del vertido y el del accidente hubiese transcurrido un tiempo prudencial suficiente en el que se pudiera detectar la existencia de la mancha por los servicios públicos, no cabe establecer una posible responsabilidad del servicio público regional de carreteras.

No coincide el Consejo Jurídico con tal apreciación, pues olvida el órgano instructor que la concurrencia de fuerza mayor o intervención de la propia víctima o de un tercero en la producción del daño, de tal forma que el nexo causal se rompa, son circunstancias que han de ser probadas por la Administración. Al respecto conviene traer a colación la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 3 de diciembre de 2002, dictada en unificación de doctrina, en la que Alto Tribunal señala que *"corresponde a la Administración titular del servicio la prueba sobre la incidencia, como causa eficiente, de la acción de terceros, y salvo en el supuesto de hecho notorio le corresponde también a la Administración acreditar aquellas circunstancias de hecho que definen el standard de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios del servicio derivadas de la acción de terceros y para reparar los efectos dañosos producidos por los mismos, sin que conste siquiera que la función de mantenimiento de la carretera se haya realizado, en la zona en que se produjo el accidente, en la forma habitual y correcta, prueba cuya carga no puede trasladarse al recurrente, siendo así que en el presente caso ha de aplicarse el principio de facilidad probatoria y, en definitiva, a la Administración le correspondía acreditar que, con los medios que disponía resultaba imposible evitar hechos como el producido"*.

En supuestos similares a los que nos ocupa el Consejo de Estado ha entendido que dicha prueba se había desplegado cuando quedaba acreditado en el expediente que los servicios de mantenimiento de la carretera habían llevado a cabo su labor de vigilancia en un tiempo próximo al que ocurrió el accidente -una hora antes- (entre otros, Dictámenes 978/2007 y 991/2008. Sin embargo, dicho Órgano Consultivo señala que cuando no se haya acreditado la realización de recorridos de vigilancia (Dictámenes 3087/2004 y 968/2006, entre otros), ha de entenderse que la Administración ha incumplido con su obligación de vigilancia de la vía pública.

En este mismo sentido también se ha manifestado este Órgano Consultivo al afirmar en su Dictamen 70/2005, que: *“... la actividad probatoria desplegada por la Administración regional no consigue acreditar que el derramamiento de la sustancia deslizante se produzca de forma inmediatamente anterior al percance sufrido por el reclamante, pues su único apoyo lo constituye el informe de la Guardia Civil que concluye en la probable intervención del tercero, pero sin efectuar consideración cronológica alguna acerca del momento en que pudo producirse el evento. Es cierto que esa inmediatez de la aparición del obstáculo es posible acreditarla, por la vía de las presunciones, en supuestos tales como la caída de objetos o líquidos de vehículos a la vía pública (paradigmáticamente, manchas de aceite que, por su naturaleza, deben ser recientes para poder provocar accidentes) o la invasión de la calzada por animales (ante la práctica imposibilidad de vallar las vías públicas). Estos son precisamente los supuestos en que tanto el Consejo de Estado como la jurisprudencia vienen reconociendo la ausencia de nexo causal entre el servicio público y el daño, como casos excepcionales ante la regla general de responsabilidad.*

*Ahora bien, no puede afirmarse lo mismo en el que nos ocupa. Y ello porque no ofrece la Administración datos que permitan constatar siquiera una actuación del servicio de conservación y mantenimiento ni, menos aún, que dicho funcionamiento fuera adecuado al estándar de rendimiento exigible, pues el informe de la Dirección General de Carreteras omite cualquier información acerca de cuándo se efectuó la última inspección sobre la vía en que se produjo el accidente o, al menos, la periodicidad con la que se efectuaban recorridos de vigilancia en la carretera. La misma sentencia de 3 de diciembre de 2002 dirá que ‘el conocimiento sobre las referidas circunstancias organizativas y funcionamiento del servicio de vigilancia y de mantenimiento hubieran permitido llegar a una conclusión certera sobre si excedía o no de lo razonablemente exigible el que se hubiera producido una previa limpieza de la calzada en el tramo en el que ocurrió el siniestro’, considerando inaplicable, ante la ausencia de actividad probatoria de la Administración de tales extremos, la presunción de actuación eficaz de ésta, cuando se desconoce el momento del vertido del aceite y si se produjo en momento inmediatamente anterior al accidente, extremo probatorio este último cuya carga, ante su dificultad, no puede corresponder al reclamante.*

*Tampoco puede romper el nexo causal la actuación diligente de la Administración una vez conocido el percance, como apunta la Dirección General de Carreteras, pues la omisión de su deber de conservación afecta, en el presente supuesto, no a la función de restauración de las condiciones de seguridad del tráfico, sino a las de vigilancia y prevención de las situaciones de riesgo, respecto de cuya eficacia y rendimiento nada se ha probado en el expediente”.*

Razonamientos los transcritos que resultan de plena aplicación al caso que nos ocupa, lo que lleva al Consejo, tal como lo hizo en el supuesto de referencia, a considerar que, no existiendo acontecimiento generador del daño que pueda ser calificado de fuerza mayor o de intervención de tercero o de la propia víctima que permita a la Administración exonerarse de responsabilidad, se ha de estimar la reclamación presentada y resarcir a la interesada el importe solicitado.

Ello no obsta a que por parte de la Administración regional se pudiera completar la instrucción, dando posteriormente audiencia al interesado, elevando nueva propuesta de resolución que se someta a Dictamen de este Consejo Jurídico.

#### **CUARTA.- Cuantía de la indemnización.**

Como documento acreditativo de los daños sufridos por el vehículo, la interesada aporta un presupuesto de reparación que ha sido debidamente validado por el informe técnico del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, por lo que se considerada adecuada la indemnización solicitada de 649,15 euros, que deberá ser abonada a la reclamante, con la correspondiente actualización impuesta por el artículo 141 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria sometida al Consejo Jurídico, al considerar éste que concurren en el supuesto los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo expuesto en la Consideración Tercera.

**SEGUNDA.**- La cuantía de la indemnización habrá de ser la indicada en el Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 277-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente escolar  
**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2011)  
**Fecha** 21/12/2011

**Extracto de doctrina**

Tanto este Consejo Jurídico (entre otros el ya citado 75/2009), como el Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 2411/2000 y 1164/2001), vienen sosteniendo el principio general en virtud del cual el desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público ningún perjuicio patrimonial.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 15 de febrero de 2011, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por los daños sufridos en el Centro de Educación Infantil y Primaria (CEIP) “Joaquín Carrión Valverde” de San Javier.

En la citada reclamación se expresa lo siguiente: *“El día 27 de Enero de 2011 estando en clase de Educación Física en el centro Joaquín Carrión Valverde de San Javier recibió un balonazo en la cara rompiéndole las gafas”*.

Finalmente, solicita la cantidad de 230 euros, acompañando la factura de una Óptica.

**SEGUNDO.-** Consta la comunicación de accidente escolar de 11 de febrero de 2011, en la que se hace constar:

*“Estando dando la clase de Educación Física, el profesor recibió un balonazo en la cara, rompiéndole las gafas”*.

**TERCERO.-** Con fecha de 24 de febrero de 2011, el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo dicta Resolución admitiendo a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y designando instructora del procedimiento, siendo notificada dicha Resolución el 18 de marzo siguiente.

**CUARTO.-** El mismo día, el órgano instructor solicitó informe al Director del Centro Escolar sobre todas las circunstancias que concurrieron en la producción de los hechos, siendo evacuado el 18 de marzo de 2011 en el siguiente sentido:

*“El pasado día 21 de enero de 2011 (debe haber un error, pues se produjo el día 27, según la comunicación de accidente escolar y la reclamación presentada) durante la clase de Educación Física en las pistas del Colegio, el profesor x, finalizada la clase con sus alumnos de 5º de primaria Grupo C, recogió los balones con los que había estado trabajando con sus alumnos y los llevaba en las manos. En ese momento, un alumno de otra clase que estaba realizando Educación Física con la profesora x dio una patada al balón con el que estaban jugando impactando directamente en las gafas del profesor x las cuales cayeron al suelo y se rompieron. El accidente fue presenciado por la profesora x que se encontraba con sus alumnos en otra de las pistas impartiendo Educación Física. La persona que le propinó el balonazo era un alumno del centro de 1º de primaria Grupo A y ocurrió durante el desarrollo de la actividad de Educación Física que se estaba realizando en otra parte de las pistas del Colegio, siendo el accidente totalmente fortuito”.*

**QUINTO.-** Otorgado un trámite de audiencia al interesado para la presentación de alegaciones mediante escrito de 28 de marzo de 2011, e intentada la notificación sin ser posible por estar ausente su destinatario, fue finalmente entregado en mano en las dependencias del órgano instructor según la diligencia de 13 de junio de 2011, sin que conste que se hayan presentado alegaciones.

**SEXTO.-** La propuesta de resolución, de 16 de septiembre de 2011, estima la reclamación presentada, al considerar que el desempeño o ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público ningún perjuicio patrimonial, sin que tenga el deber jurídico de soportar un daño que no ha causado, pues no media culpa o negligencia de su parte. Se apoya para ello en la doctrina de los Órganos Consultivos, citando a este respecto el Dictamen 247/2002 de este Consejo Jurídico.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se ha recabado con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. La reclamación se ha interpuesto en plazo y por quien goza de legitimación activa para ello, remitiéndonos en este punto a la doctrina del Consejo Jurídico (por todos, Dictámenes 75/1999 y 145/2006), acogiendo la del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sostienen que no es admisible excluir del concepto de “particulares”, a que se refiere el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), a los funcionarios que reclamen indemnización a título de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación, Formación y Empleo competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación, en el que se integra el CEIP “Joaquín Carrión Valverde” de San Javier, donde ocurrió el incidente.

2. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten considerar que se ha cumplido con lo establecido en la LPAC.

### **TERCERA.- Los daños al profesorado en el ejercicio de la actividad docente.**

Reconocida la legitimación activa de los profesores para reclamar al amparo de lo previsto en el artículo 139 y ss. LPAC, al margen de la relación funcional o laboral, la doctrina del Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 175/2009) ha alcanzado las siguientes conclusiones sobre la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial para el resarcimiento de los daños ocasionados al profesorado, que conviene recordar para su aplicación al caso concreto:

1. La responsabilidad patrimonial es una vía de resarcimiento para los empleados públicos, cuando no existe un procedimiento específico de compensación, o incluso, existiendo, su aplicación no repare los daños causados, siempre, claro está, que concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial (Dictámenes 75 y 76 de año 1999): relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público docente y el daño alegado (artículo 139.1 LPAC) y la antijuridicidad del daño sufrido, es decir, que se trate de daños que el lesionado no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley (artículo 141,1 LPAC).

2. Para que pueda imputarse el daño al funcionamiento del servicio público en los accidentes ocurridos en centros escolares, ha de ser atribuible como propio e inherente a alguno de los factores que lo componen: función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia, y no a otros factores concurrentes ajenos al servicio. De lo contrario, cabe recordar la consideración tantas veces reiterada en nuestros Dictámenes, como destaca la Memoria de este Consejo correspondiente al año 2008 (folio 47), que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente, por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

3. En el caso de los daños sufridos por los docentes por la acción de los alumnos, éstos no pueden ser considerados como terceros ajenos al servicio público, pues se integran en la organización administrativa mientras el servicio esté en funcionamiento, ejercitándose sobre ellos unas facultades de vigilancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1903 del Código Civil:

*“Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias”.*

4. La compensación a los empleados públicos descansa en el principio de indemnidad, en virtud del cual el desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público algún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su propio patrimonio, un daño generado en el seno de la relación específica funcionarial, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte (por todos nuestro Dictamen núm. 143/2003). Dicha doctrina refleja el principio general de la indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona o en sus bienes por el desempeño de funciones o tareas reconocidos en la legislación sobre función pública.

En consecuencia, la aplicación de la vía resarcitoria del instituto de la responsabilidad patrimonial ha sido dictaminada favorablemente por el Consejo Jurídico (presupuesto el principio de indemnidad de los empleados públicos y que se trata de daños que no tienen el deber jurídico de soportar), por entender acreditado el nexo causal (“como consecuencia del funcionamiento del servicio público”), al resultar atribuible como inherente a alguno de los factores que la componen, como la actividad docente o la vigilancia o custodia de los alumnos, en aquellos casos en que los daños al profesorado se producen durante el ejercicio de sus actividades docentes, derivadas de acciones de alumnos, que se encuentran bajo la vigilancia del centro escolar, siempre y cuando no medie culpa o negligencia del profesor (Dictámenes 188 y 247 del año 2002 y 86 del año 2004), este último sobre un supuesto similar al suscitado en el presente caso.

**CUARTA. Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el presente caso.**

Ha quedado acreditado en el expediente un daño o perjuicio patrimonial efectivo, individualizado en el reclamante y valorado en 230 euros, que ha derivado del funcionamiento del servicio público docente, y que se produjo en el transcurso de las actividades escolares propias del mismo.

Para tal reconocimiento de responsabilidad es indiferente que el funcionamiento del servicio público docente haya sido normal o anormal, de acuerdo con el enunciado del artículo 139.1 LPAC, sino que basta que exista relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público docente.

La antijuridicidad del daño viene determinada por la inexistencia del deber jurídico de soportarlo por parte del reclamante, quien en el desempeño de su labor profesional no puede venir obligado a realizar sacrificios patrimoniales. En efecto, tanto este Consejo Jurídico (entre otros el ya citado 75/2009), como el Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 2411/2000 y 1164/2001), vienen sosteniendo el principio general en virtud del cual el desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público ningún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su propio patrimonio, un daño generado en el seno de la relación específica funcionarial, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte con virtualidad suficiente para romper el nexo causal correspondiente.

Del examen del expediente resulta que el reclamante sufrió un daño, consistente en la rotura de sus gafas por la acción de un alumno de otra clase del centro escolar.

Cabe concluir, pues, que la Administración debe reparar el daño sufrido por el reclamante en el ejercicio de su función docente, al igual que este Consejo Jurídico lo estimó en los Dictámenes 247/2002, 86/2004 y 257/2010, respecto a supuestos similares al presente, siempre y cuando el interesado no haya sido indemnizado previamente en la cuantía reclamada por una vía específica de resarcimiento.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución sometida a consulta.

No obstante, V.E. resolverá.



---

**DICTAMEN 278-2011**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico en Guía, Información y Asistencias Turísticas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2011)

**Fecha** 21/12/2011

**Extracto doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 5/2011.



---

**DICTAMEN 279-2011**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en instalaciones de telecomunicaciones en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2011)

**Fecha** 21/12/2011

**Extracto doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 5/2011.



---

**DICTAMEN 280-2011**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico en agencias de viajes y gestión de eventos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo (2011)

**Fecha** 21/12/2011

**Extracto doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 5/2011.



**DICTAMEN 281-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x. y otro, como consecuencia de los daños sufridos en un accidente de tráfico.  
**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)  
**Fecha** 26/12/2011

**Extracto de doctrina**

Ha de tenerse también en cuenta que el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, establece en el artículo 19.1 que “todo conductor está obligado a respetar los límites de velocidad establecidos y a tener en cuenta, además, sus propias condiciones físicas y psíquicas, las características y el estado de la vía, del vehículo y de su carga, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación y, en general, cuantas circunstancias concurren en cada momento, a fin de adecuar la velocidad de su vehículo a las mismas, de manera que siempre pueda detenerlo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse”, de donde resulta que una cosa es cuál sea la velocidad máxima objetivamente permitida en la vía, sin atención a las características del conductor y, otra distinta, la recomendada en concretos lugares de la misma.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de septiembre de 2007, x, y, en nombre propio y en el de su hijo menor de edad x, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial en solicitud de indemnización por la muerte de su hijo, acaecida en accidente de tráfico en el punto la carretera local E-22 (Canteras N-332). Según relatan los reclamantes, el día 28 de agosto de 2007, cuando su hijo x circulaba, sobre las 22:35 horas, en dirección a Canteras por el punto kilométrico 14 de la referida vía, perdió el control de su automóvil con salida de la vía por el margen derecho y posterior despeñamiento por una rambla allí existente, con el resultado de muerte tanto de x como del ocupante del asiento posterior izquierdo. Junto a ellos viajaban otros dos ocupantes que resultaron heridos.

Para los reclamantes, con base en el atestado núm. 439/2006, instruido por la Guardia Civil de Tráfico, la muerte de su hijo se debió a una deficiencia en la señalización vertical que aconsejaba una velocidad de 40 Km./hora por tratarse de una zona con curvas, cuando dicha velocidad debía establecerse con carácter obligatorio; así como a una ausencia de tramo de bionda metálica de protección.

Se solicita una indemnización de 107.491,25 euros desglosados en las siguientes cuantías:

- 90.954,14 euros para los padres por la muerte de su hijo, con base en el sistema de valoración del daño personal establecido por la legislación de seguros.

- 16.537,11 euros para el hermano menor de edad, al amparo del mismo sistema de valoración del daño.

Acompañan a la reclamación la siguiente documentación:

- Informe técnico y fotográfico complementario del Atestado núm. 439/2006, instruido por la Guardia Civil de Tráfico, Destacamento de Cartagena.

- Reportaje fotográfico sobre el lugar de los hechos.

- Informe de autopsia que revela los importantes daños corporales sufridos por la víctima y que le causaron la muerte por *“traumatismo craneoencefálico”*.

- Auto de sobreseimiento de las diligencias penales instruidas como consecuencia del accidente descrito.

- Libro de familia acreditativo del parentesco existente entre los reclamantes y el fallecido.

Proponen los siguientes medios de prueba:

- Documental consistente en el Atestado instruido por la Guardia Civil de Tráfico y las Diligencias Previa núm. 2111/2006, del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Cartagena.
- Testifical de x, usuario, en el momento del accidente, del asiento anterior derecho del vehículo siniestrado.

**SEGUNDO.-** El día 3 de octubre de 2007 se requiere a los interesados para que subsanen y mejoren su reclamación, intimándoles a aportar diversa documentación, lo que llevarán a efecto dentro del plazo concedido.

**TERCERO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, se remite el del Jefe de Sección de Conservación de dicho Centro Directivo, del siguiente tenor:

*“1. La carretera a la que se refiere el reclamante es competencia de esta Dirección General.*

A) *Es real y cierto el evento lesivo.*

B) *Según consta en el Informe Técnico de la Guardia Civil, parece una actuación inadecuada del perjudicado según se expone en los puntos 8.2.1. Infracciones a la norma de circulación, 9. Apreciación de la forma que pudo ocurrir el accidente y en lo expuesto en la Causa principal o eficiente. En todos los casos figura como causa del accidente la velocidad inadecuada para el trazado de la carretera.*

C) *No hay constancia en esta Dirección General de Transportes y Carreteras de otros accidentes en el mismo lugar.*

D) *No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*

E) *No se puede imputar a la Administración o a otras Administraciones la responsabilidad del evento lesivo.*

F) *Se ha colocado un tramo de barrera de seguridad en la obra de fábrica existente en ese tramo, con su correspondiente abatimiento a tierra.*

G) *En el día del siniestro existía una señal (de) velocidad aconsejable a 40 km/h en el mismo sentido de circulación que llevaba el vehículo siniestrado y en la entrada a la curva donde se supone perdió el control del vehículo.*

H) *No se pueden valorar los daños alegados.*

I) *No existen aspectos técnicos que determinen la producción del daño.*

J) *Con relación al planteamiento de la Reclamación Patrimonial efectuada son de destacar las siguientes cuestiones:*

1. *El informe técnico lleva fecha de 15 de enero de 2007, produciéndose el daño el 28 de agosto de 2006 y siendo éste complementario de aquél, por lo que se debería solicitar el Atestado original levantado el día del siniestro, dado lo que en el informe se expone.*

2. *En el informe queda claro que la causa principal del accidente es circular a una velocidad inadecuada para el trazado de la carretera.*

3. En el punto 8.1.2. se afirma que la velocidad debería estar limitada a 40 km/h para todo el tramo de curvas peligrosas. Esta afirmación la realiza el instructor del informe sin aportar ningún estudio que lo avale o informe de técnico competente, ya que el radio de la curva es de 110,00 metros y por lo tanto según la Norma 8.1.I.C. señalización Vertical no es necesario limitar la velocidad a 40 km/h, puesto que se puede circular a una velocidad superior. Dada la importancia de tal afirmación en esta Reclamación Patrimonial se debería solicitar a dicho Instructor los datos, informes consultados o las competencias técnicas del mismo con objeto de contrastar las conclusiones.

4. En cuanto al punto por donde se salió el vehículo de la calzada, no se corresponden las fotos con la realidad, y queda constancia de ello en el informe técnico ya que en el punto 5.2.5. se afirma que se salió de la calzada a 36,50 metros después del inicio del tramo recto, por lo que no pudo salirse por encima de la obra de fábrica, ya que desde ese punto al vértice más próximo de la obra de fábrica aún hay una distancia de 22 metros, y teniendo en cuenta que este vértice está fuera del dominio público de la carretera.

Además, en las fotos se observa la contradicción de marcar en algunas el punto correcto por donde se salió el vehículo "sin barrera de seguridad" y en otras, indicar que el vehículo se salió de la calzada por el tramo que coincide con la barrera, cuando esta no es la realidad, por lo que no se debe tener en cuenta el montaje fotográfico que se adjunta con la reclamación.

Por otra parte, existen fotos en este Servicio de Conservación tomadas en la mañana siguiente al accidente, donde se ven claramente las marcas de tiza realizadas por los agentes de Atestados así como el rastro seguido por el vehículo en su trayectoria al salirse de la carretera y en las mismas se puede comprobar:

- Que no se salió por la obra de fábrica

- Que no es necesario colocar barrera de seguridad por el punto dónde se salió el vehículo por no existir desniveles con respecto al terreno natural y que actualmente no hay barrera en ese punto ni ha sido solicitada por la Guardia Civil de Tráfico su colocación por posible deficiencia de señalización.

En el rastro de vehículo se observa que no cayó a la rambla por una altura de siete metros como se expone en la reclamación, sino por el lateral de la obra de fábrica.

*Por estas circunstancias se debería solicitar el informe original del Atestado, ya que además de estas contradicciones la altura que tiene la obra de fábrica es de 2,15 metros y 3,65 metros al fondo de la rambla y no los siete metros que se menciona en el informe, lo cual parece muy desproporcionado.*

*5. En cuanto a lo expuesto tanto en la reclamación como en el informe, en el punto 5.2.5. en lo referente a un arañazo en el arcén causado posiblemente por una de las llantas, hay que destacar que dicho arañazo tampoco coincide con el punto por donde marcaron los Agentes de Atestados que se salió el vehículo de la calzada, por lo que es posible que dicho arañazo existiera con anterioridad al accidente y en cualquier caso si esto fuera así, se puede confirmar que el punto por donde se salió el vehículo no se corresponde con la situación de la obra de fábrica, como se puede observar en las fotografías.*

*6. Por otra parte, si las supuestas deficiencias de señalización supusieran un peligro para el tráfico vial, es de suponer que la Guardia Civil de Tráfico lo hubiera comunicado a esta Dirección General de Transportes y Carreteras a la vista del informe del Instructor y no consta en este Servicio ningún escrito de la Guardia Civil, como suele ser habitual, para que se subsane cualquier anomalía que pudiera existir, ni después del siniestro ni con anterioridad al mismo.*

*7. Asimismo, la barrera colocada sobre la obra de fábrica no se colocó expresamente por el accidente, sino porque se había detectado que el tablero de la obra de fábrica era utilizado por los usuarios de la carretera como aparcamiento.*

*8. Si en el plano croquis del informe aportado de la Guardia Civil se unen los puntos 2 ó 3 y 4 que describen la trayectoria del vehículo, se puede comprobar que es imposible que en su recorrido circule por encima de la obra de fábrica, como se pretende demostrar con las fotografías aportadas, y por lo tanto que no pudo "caer" a la rambla por ese punto.*

*9. En el informe aportado se puede comprobar la posición final del vehículo, muy alejado de la carretera, por lo que se confirmaría que la causa principal del accidente fue la velocidad inadecuada para el trazado de la carretera".*

**CUARTO.-** El instructor solicita a la Agrupación de tráfico de la Guardia Civil, Subsector de Murcia, Destacamento de Cartagena, copia de las Diligencias 439/06, instruidas como consecuencia del accidente objeto de la reclamación. Contesta el Instituto Armado "con fecha 7 de septiembre de 2006, se remitió al Juzgado de Instrucción núm. 1 de Cartagena las diligencias núm. 439/06 originales y copia de las mismas a la Fiscalía y con fecha 17 de enero de 2007 se remitió al

*citado Juzgado Informe Técnico original complementario a dichas diligencias, por lo que es a través de ese Juzgado donde se ha de solicitar copia de las mencionadas diligencias, si bien se hace constar que lo expuesto en el Informe Técnico complementario es una ampliación detallada y precisa de las primeras diligencias, por lo que la fotocopia que Vd. aporta del Informe Técnico original es suficiente para las gestiones oportunas”.*

En dicho Informe técnico se hace constar como causa eficiente del accidente una infracción cometida por el conductor del turismo, al abordar una curva fuerte señalizada a la derecha, circulando a una velocidad inadecuada para dicho trazado. Se añade que *“existe una posible deficiencia en la señalización vertical de la vía, así como una ausencia de tramo de bionda metálica de protección, si bien no influye en el desarrollo del accidente, pudiendo posiblemente tener otro tipo de consecuencias”.*

**QUINTO.-** Conferido trámite de audiencia a los reclamantes, éstos comparecen formulando, en síntesis, las siguientes alegaciones:

1. La existencia de biondas en el lugar del siniestro hubiese impedido del despeñamiento del vehículo que conducía su hijo.

2. No existe prueba objetiva de que el conductor circulase a una velocidad superior a la permitida.

3. No hay indicio alguno de que el vehículo invadiese el carril izquierdo según el sentido de su marcha, lo que evidencia que la pérdida de control no pudo ser el exceso de velocidad; es más, la existencia de un rastro de arañazo producido por las llantas del automóvil parece apuntar a un reventón del neumático.

4. Las fotografías aportadas con el escrito inicial no son un montaje, como parece apuntar la Dirección General de Carreteras en su informe. Lo único que dichas fotos evidencian sin duda alguna es que en el lugar por el que se salió el vehículo del hijo de los reclamante no existía bionda, que sí fue instalada con posterioridad al accidente, resultando falta de fundamento la afirmación que se vierte en el citado informe de que dicha instalación lo fue con el fin de evitar que aparcaran vehículos en el tablero de la obra de fábrica. El lugar del siniestro está ubicado en un descampado en el que nadie puede tener interés en aparcar su automóvil.

**SEXTO.-** El 9 de septiembre de 2010 el instructor se dirige de nuevo a la Dirección General de Carreteras, solicitando aclaración sobre las siguientes circunstancias:

- a) Aclaración sobre las fotos enviadas por dicho Centro Directivo, así como fecha en que fueron tomadas.
- b) Obligación de colocar una bionda en el lugar del siniestro.
- c) Constancia de la existencia de accidentes en el mismo lugar.
- d) Distancia desde la carretera hasta la obra de fábrica.
- e) Cualquier otra cuestión que se estime de interés.

El requerimiento es cumplimentado con el envío de informe emitido por el Jefe de Sección de Conservación de la citada Dirección General, en el que se señala lo siguiente:

*“A) Las fotos enviadas del lugar del siniestro se realizaron el día 29/08/2006 (al día siguiente del accidente) por el Jefe de Equipo x, y constatan el punto exacto por donde el vehículo se salió de la calzada reflejado en la huella que quedó en el arcén, así como el rastro dejado por el mismo a través de los terrenos colindantes a la carretera.*

*B) En el lugar donde ocurrió el accidente y por donde se salió el vehículo de la carretera, no hay obligación de colocar barrera de seguridad, dado que no existe desnivel entre la carretera y los terrenos colindantes a la misma, como se puede observar en las fotografías adjuntas.*

*En las alegaciones presentadas se indica que el lugar por donde se salió el vehículo de la calzada tiene un desnivel de 7,00 metros y esto no es correcto, dado que el vehículo no se salió por el punto que se menciona en las alegaciones, como se puede comprobar no solamente en las fotografías aportadas sino también en el atestado de la Guardia Civil de Tráfico. Es decir, el vehículo no cae a la rambla por la obra de fábrica, sino que hizo un recorrido por el terreno colindante a la carretera y separándose de la misma hasta caer en la rambla por un margen e impactar con el frontal de la margen contraria, a una distancia superior a los 30 m del borde de la explanación, es decir, fuera de la zona de afección de la carretera. En las fotografías que se aportan se puede observar el lugar del impacto del vehículo era la rambla.*

*Por otra parte, la altura del marco bajo la rasante de la carretera es de 3,00 metros y no los 7,00 metros como se indica en las alegaciones.*

C) *No existe constancia de otros accidentes similares en el mismo lugar.*

D) *La distancia del borde de la obra de fábrica al borde la calzada es variable, desde los 2,10 metros hasta los 6,10 metros. En la margen contraria, la distancia al borde de la calzada es de 0,91 metros.*

*En las alegaciones presentadas se indica que no existía barrera de seguridad antes del siniestro, lo cual no es cierto, dado que en el tramo en que la distancia al borde de la obra de fábrica está a 2,10 metros ya existía barrera, al igual que en la margen contraria donde esta distancia es de 0,91 metros. Es de destacar que en el tramo donde el borde de la obra de fábrica está a 6,10 metros está fuera del dominio público de la carretera y aunque no guarde relación con el siniestro puesto que el vehículo no se salió de la calzada por este punto, no existe obligación de colocar barrera de seguridad. Además, la barrera se colocó porque se había observado que en la explanada que queda colindante a la carretera, con la mencionada anchura de 6,10 metros, aparcaban vehículos sobre la obra de fábrica. Aún se puede observar el cambio de alineación entre la barrera existente y la ampliación de la misma que se colocó con posterioridad.*

*Por último, en el informe técnico de la Guardia Civil se indica que "la ausencia de bionda metálica de protección no influye en el desarrollo del accidente". Lo cual es cierto, puesto que la barrera colocada no hubiera impedido que el vehículo se saliera de la calzada, dado que por donde se salió el mismo de la carretera no se ha colocado barrera, como se puede observar en las fotografías adjuntas, ni es necesario ni obligatorio colocarla".*

**SÉPTIMO.-** Conferido nuevo trámite de audiencia a los reclamantes, éstos comparecen y formulan alegaciones en las que vienen a reproducir las argumentaciones contenidas en su primera comparecencia.

Seguidamente se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y el fallecimiento de x.

**OCTAVO.-** Una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 15 de febrero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

### **SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.**

1. La reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP, dado que entre la fecha del accidente -el 28 de agosto de 2006- y la presentación de la reclamación -el 26 de septiembre siguiente-, aún no había transcurrido un mes.

2. Los reclamantes, al ser padres y hermano menor del fallecido, ostentan la condición de interesados para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC), en relación con el 31 de la misma Ley y con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través de la Consejería consultante, en virtud de su condición de titular de la vía a cuya defectuosa señalización e inexistencia de medidas de sistemas de contención (biondas) se imputa el daño.

3. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, lo establecido en su normativa reguladora, aunque se observa que no se ha practicado la prueba testifical solicitada por los reclamantes, si bien dicha omisión no ha causado indefensión alguna al constar la declaración del testigo que se propone en el Atestado de la Guardia Civil (folio 19), por lo que no resulta necesario que se retrotraiga el procedimiento a fin de realizar aquel trámite expresamente; la omisión tampoco ha sido denunciada por los reclamantes.

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.

3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.

4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

5) Ausencia de fuerza mayor.

El atestado policial y el informe de autopsia obrantes en el expediente son suficientes para considerar acreditados tanto el evento dañoso, es decir, la producción del accidente de tráfico, como las circunstancias en que éste tuvo lugar y el luctuoso resultado del mismo.

Queda por establecer la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño producido, y el carácter antijurídico de éste.

A lo largo del procedimiento se expone por los reclamantes que el resultado tan grave generado como consecuencia del accidente por el que se reclama se debió a la ausencia de una adecuada señalización en el tramo de curvas, así como a la falta de la valla de protección en el punto por el que el vehículo se salió de la calzada.

Respecto a la primera circunstancia, el expediente muestra que la señalización era correcta. En efecto, en los informes del Servicio de conservación de la Dirección General de Carreteras, no rebatidos por los interesados mediante la aportación de informe técnico alguno, se indica que no existen factores geométricos del trazado (radio de 110 metros) que hagan necesario limitar la velocidad a 40 km./h. A este respecto se ha de tener en cuenta la Norma 8.1-IC de Señalización Vertical, Instrucción de Carreteras, aprobada por Orden del Ministerio de Fomento de 28 de

diciembre 1999, que en su apartado 6.1. establece que *“la seguridad de la circulación en curvas requiere no sobrepasar cierta velocidad. Si, para ello, el conductor precisase reducir demasiado la velocidad de aproximación, deberá valorar la situación con suficiente antelación, para no tener que frenar bruscamente y perder el control de su vehículo. La utilización de un balizamiento, de señales de advertencia de peligro, de señales de indicación de la velocidad máxima aconsejada, o de una combinación de todos estos elementos debe ayudar al conductor a tomar sus propias decisiones. Sólo se recurrirá a señales de limitación de velocidad donde no se disponga de la visibilidad necesaria para poder reducirla con el fin de hacer frente a otras circunstancias (paso a nivel, intersección sin prioridad, etc.) en las que pudiera haber vehículos detenidos”*, añadiendo en el apartado 6.4 que las limitaciones de velocidad en los tramos curvos *“se deben efectuar por medio de señales de velocidad aconsejada, S-7, excepto en curvas que por su peligrosidad o características especiales requieran la utilización de señales de velocidad máxima permitida, R-301”*.

Resulta, pues, que atendiendo a las características geométricas de la curva en cuestión la señalización adecuada, según la Norma citada, es la utilizada, es decir, la de velocidad máxima aconsejada, careciendo de fundamentación técnica la afirmación contenida en el Atestado sobre la conveniencia de sustituirla por una de limitación de velocidad máxima.

Por otro lado ha de tenerse también en cuenta que el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, establece en el artículo 19.1 que *“todo conductor está obligado a respetar los límites de velocidad establecidos y a tener en cuenta, además, sus propias condiciones físicas y psíquicas, las características y el estado de la vía, del vehículo y de su carga, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación y, en general, cuantas circunstancias concurren en cada momento, a fin de adecuar la velocidad de su vehículo a las mismas, de manera que siempre pueda detenerlo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse”*, de donde resulta que una cosa es cuál sea la velocidad máxima objetivamente permitida en la vía, sin atención a las características del conductor y, otra distinta, la recomendada en concretos lugares de la misma, como es el caso de la curva en la que ocurrió el accidente, que obligaba al conductor a atemperar la velocidad a su propia velocidad recomendada, que será, en todo caso, la que sea adecuada a su dominio del vehículo. Sin embargo, según se afirma en el Atestado de la Guardia Civil, y así se desprende del testimonio de uno de los ocupantes (folio 19 del expediente), el x condujo a una velocidad excesiva, incumpliendo las normas impuestas por la Ley de Tráfico, con el resultado de pérdida del control del automóvil y posterior salida de la calzada.

El segundo motivo al que se imputa no ya el accidente mismo sino sus consecuencias tan gravosas es la ausencia de valla de protección. En este punto es aplicable la Orden Circular 321/1995, de 12 de diciembre, sobre "Recomendaciones sobre sistemas de contención de Vehículos" (actualmente sustituida por la Orden Circular 28/2009, comprensiva de las recomendaciones sobre criterios de aplicación de barreras de seguridad metálicas). Del tenor de estas normas se infiere que cuando una valla o barrera de seguridad metálica paralela a la carretera tenga por objeto evitar que un vehículo alcance un desnivel (supuesto que nos ocupa), se recomienda iniciar la barrera antes de la sección en que empieza dicho desnivel, según unas distancias mínimas cuyo cálculo ha de realizarse teniendo en cuenta una serie de parámetros que en las mismas se describen. En el presente caso los únicos informes técnicos que obran en el expediente son los emitidos por la Dirección General de Carreteras, en los que se afirma que la obligación en la colocación de sistemas de contención lateral no alcanza al punto por el que el vehículo se salió de la calzada, y aunque se admite haber ampliado el vallado con posterioridad al accidente (si bien se justifica por circunstancias ajenas al mismo -intención de evitar aparcamientos de vehículos en la obra de fábrica-), dicha ampliación no alcanzó en ningún momento el lugar por el que se salió el automóvil, por no resultar obligado. Estas afirmaciones realizadas por quien tiene los conocimientos técnicos para ello no pueden ser enervadas por las meras manifestaciones de los reclamantes carentes de cualquier respaldo técnico; ni siquiera la recomendación efectuada por la Guardia Civil puede interpretarse más allá de lo que es: una sugerencia, porque tampoco ellos utilizan criterios técnicos para su formulación.

Por otro lado, cabe señalar que el atestado de la Guardia Civil concluye afirmando como causa principal o eficiente del accidente una infracción de la normativa de tráfico, cometida por el conductor del turismo siniestrado *"al realizar trazado de curva fuerte señalizada a la derecha, circulando a velocidad inadecuada para dicho trazado"*. Y aunque se añade una posible deficiencia en la señalización y en la longitud de la bionda, se afirma taxativamente que la misma *"no influye en el desarrollo del accidente, pudiendo posiblemente tener otro tipo de consecuencias"*.

Finalmente, ha quedado constatada en el expediente la no conflictividad del tramo en el que ocurrió el siniestro, al no constar que en el mismo se hayan producido otros accidentes similares (informe de la Dirección General de Carreteras obrante al folio 152).

En definitiva, la salida del vehículo de la calzada no tuvo como causa el funcionamiento del servicio público de carreteras de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, ni siquiera parcialmente, sino la conducción negligente del fallecido y, en consecuencia, falta el requisito imprescindible del nexo de causalidad para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos que determinan su existencia.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 282-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo  
**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)  
**Fecha** 26/12/2011

**Extracto de doctrina**

En la línea de lo expresado en los citados Dictámenes, hay que insistir ahora en que la realización del atestado resulta esencial no ya sólo para que pueda acreditarse que el reclamante circulaba por el lugar en cuestión el día y hora que manifiesta (sin mayor apoyatura que su testimonio), sino que la presencia policial poco tiempo después del accidente permite un examen de las circunstancias concurrentes en él que resulta trascendental para el enjuiciamiento de pretensiones como la presente.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El día 4 de abril de 2008 x presentó en la Oficina de Correos de Ontur (Albacete) un escrito por el que formulaba reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños habidos en el vehículo BMW – 320i, matrícula --, así como por las secuelas físicas (dolor de espalda, pierna y nariz) y psíquicas que padece, a consecuencia del accidente que tuvo lugar el 31 de enero de 2008 en la carretera de Jumilla-Ontur, entre los kilómetros 16 y 17. Según relata el interesado, el percance ocurrió cuando circulaba por la citada vía, la cual carece de arcones y tiene un gran desnivel en relación con los campos que la circundan, y de modo imprevisto se vio sorprendido por gravilla en el firme lo que considera la causa fundamental del accidente. Alega que el vehículo ha sido declarado siniestro total y adjunta fotografías del que afirma fue el lugar del accidente.

**SEGUNDO.-** El órgano instructor del procedimiento requiere al interesado para que mejore su solicitud, mediante la aportación de diversa documentación, al tiempo que le traslada la información a la que hace referencia el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

El requerimiento es cumplimentado por el reclamante con la aportación de la siguiente documentación:

- a) Baja del vehículo en la Dirección General de Tráfico.

- b) Copia de la póliza de seguro.
- c) Documentación del automóvil siniestrado en la que aparece como propietaria x.
- f) Copia del documento nacional de identidad de esta última.

Solicita se dicte resolución declarando la responsabilidad patrimonial de la Administración por los hechos denunciados, y se reconozca su derecho a percibir una indemnización de 9.000 euros, 6.000 euros por el valor venal del vehículo y 3.000 euros por daños personales.

**TERCERO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, este órgano directivo remite, con fecha 29 de junio de 2009, informe del Jefe de Equipo del Sector Norte, Sección II, de la citada Dirección, del siguiente tenor:

*“...la carretera MU-403 en el PK 16,9 tiene un ancho de 7 m. y un firme bastante aceptable, la obra de fábrica por donde cayó el vehículo tiene un ancho a la cara interior de las impostas de 10,30 m. señalizada con unos troncos de cono de hormigón en masa pintados de blanco. Se hace mención de una curva que está a 150 m. de donde cayó el vehículo, que tiene una visibilidad más que suficiente para ver el otro lado de la mencionada curva.*

*Respecto a la gravilla suelta no consta que haya habido en este tramo gravilla nunca”.*

Se acompaña reportaje fotográfico del lugar de los hechos.

Junto con este informe se acompaña otro del Jefe de Sección II de Conservación en el siguiente sentido:

*“A. No tenemos constancia de la realidad y certeza del citado accidente, salvo la existencia de restos de un vehículo en los aledaños de la carretera y tramo.*

*B. Teniendo en cuenta la configuración de la carretera en este tramo y la amplitud y radio de la curva referida por el reclamante, se deduce que la velocidad a que circulaba no era la adecuada, sobrepasando con creces la genérica de la vía.*

*C. No se tiene constancia de siniestros en esa carretera y tramo en cinco años.*

*D. No se deduce ninguna relación causal entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*

*E. Estimo que no se deduce imputabilidad atribuible a esta Administración.*

*F. La carretera se encontraba en buen estado en la fecha del siniestro sin restos de gravilla en su pavimento.*

*G. La carretera y tramo citados se encuentran correctamente señalizados.*

*H. Como dato aclaratorio le envío informe del Jefe de Equipo de Conservación del Sector en el que refiere y aporta fotos sobre la configuración de la carretera en el tramo, con mención expresa a la inexistencia de gravilla en la calzada”.*

**CUARTO.-** Mediante escrito de fecha 28 de septiembre de 2009, la instructora solicita del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, informe sobre los siguientes extremos:

1. Valor venal del vehículo en la fecha del accidente.
2. Valoración de los daños del vehículo atendiendo al modo de producirse el siniestro.
3. Ajuste con la realidad de los daños reclamados en relación a la reparación del vehículo que figura en la factura presentada por el reclamante.
4. Cualquier otra cuestión que se estime de interés.

El requerimiento es atendido mediante el siguiente informe:

1. El valor venal del vehículo, atendiendo a la antigüedad del mismo en la fecha del accidente, era de 2.709 euros.
2. Según se desprende de las fotos aportadas por el reclamante el vehículo ha quedado con importantes daños, lo que no aconseja su reparación, al ser el coste de ésta superior al valor venal de aquél.

**QUINTO.-** Conferido trámite de audiencia al reclamante, éste no hace uso del mismo al no comparecer ni formular alegación alguna.

Seguidamente el órgano instructor dicta propuesta de resolución en sentido desestimatorio al considerar que no concurren los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial, en particular, el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño padecido.

**SEXTO.-** Tras incorporar al expediente un extracto de secretaría y un índice de documentos, el Secretario General de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, por delegación de su titular, remitió el expediente en solicitud de Dictamen, que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 21 de febrero de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

La solicitud de dictamen se ha formulado en cumplimiento de lo establecido en el número 9 del artículo 12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ). De acuerdo con ello se emite con carácter preceptivo.

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.**

En los procedimientos por responsabilidad patrimonial la legitimación activa recae en el perjudicado, que, en el caso de daños materiales, lo será el titular del bien y en el supuesto de daños personales, lo será el que haya sufrido la lesión. En el expediente que nos ocupa el reclamante no se encuentra legitimado para reclamar por el valor venal de vehículo, puesto que éste, tal como se desprende de la documentación incorporada al expediente, figura a nombre de persona distinta, sin que la copia del DNI de la propietaria pueda entenderse como medio válido para entender que el x actúe en nombre y representación de aquélla, lo que exige, antes de dictar resolución, requerir, según lo dispuesto en el artículo 32.4 LPAC, a x para que subsane la falta de acreditación de la representación con la que ha actuado, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los medios previstos en el apartado 3 del citado precepto.

En cuanto a la legitimación pasiva, al ser la carretera donde se produce el accidente de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento, dicha

legitimación corresponde a la Administración regional, y el órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

El resto del procedimiento seguido por la Administración instructora respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

Por otro lado, la causación de la lesión resarcible puede provenir tanto de una acción como de una omisión de los servicios públicos. En el supuesto que nos ocupa el reclamante sitúa la causa generadora de los daños en una omisión, por cuanto considera que el mantenimiento de la vía pública en la que ocurrió el accidente no era la adecuada, permitiendo la presencia de grava y un estado general de la misma defectuoso. Pues bien, sólo si se consigue establecer una relación de causa a efecto entre la mencionada omisión y el daño alegado podría ser estimada la reclamación, pues el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva

sólo exige de prueba de existencia de culpa, pero no del imprescindible nexo de causalidad entre la conducta de los servicios públicos y el daño.

En relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial, la doctrina del Consejo de Estado pone de manifiesto que *“la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante, de acuerdo con los viejos aforismos “necessitas probandi incumbit ei qui agit” y “onus probandi incumbit actori”* y con el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (entre otros muchos se pueden citar los dictámenes números 968/2002, 62/2003 y 2396/2003).

También este Consejo Jurídico ha venido destacando que la carga probatoria incumbe a los reclamantes respecto a la acreditación de estas circunstancias (entre otros, Dictámenes números 107/2003, 28/2004 y 85/2004).

El reclamante señala como causa principal del accidente sufrido la presencia de gravilla en la calzada, sin embargo no ha desplegado prueba alguna encaminada a acreditar tal extremo, tal como podría ser el atestado de la Guardia Civil de Tráfico. Este Consejo Jurídico ha tenido ocasión de pronunciarse sobre asuntos sustancialmente iguales al presente, en los que no existió atestado policial del accidente que acreditase la existencia del bache o de la gravilla que se alegaba por el interesado (Dictámenes 212/2002 y 137/2003) o, constando el bache o la gravilla en cuestión (comprobado *a posteriori*), no existían elementos de juicio suficientes para considerar acreditada la relación de causalidad entre su existencia y los daños por los que se reclamaba indemnización (Dictámenes 99 y 128/2004), además de otras circunstancias concurrentes que llevaban a la conclusión desestimatoria de las reclamaciones.

Sin embargo, y en la línea de lo expresado en los citados Dictámenes, hay que insistir ahora en que la realización del atestado resulta esencial no ya sólo para que pueda acreditarse que el reclamante circulaba por el lugar en cuestión el día y hora que manifiesta (sin mayor apoyatura que su testimonio), sino que la presencia policial poco tiempo después del accidente permite un examen de las circunstancias concurrentes en él que resulta trascendental para el enjuiciamiento de pretensiones como la presente. En este sentido, resulta evidente que, en el estado actual de facilidad de las comunicaciones, no puede aceptarse que el deber del afectado de comunicar en tal momento el siniestro (para lo que existen, incluso, números telefónicos de coordinación de emergencias) constituya un deber excesivo, antes al contrario, se estima que es una carga para el que pretenda, luego, deducir una pretensión indemnizatoria como la del caso. Frente a ello, y como indicamos en el Dictamen 212/2002, si el interesado, por la escasa relevancia de los daños, opta por no avisar a la Guardia Civil para que constate en dicho momento el accidente, deberán concurrir otras circunstancias de muy especial consistencia que lleven a la convicción de la

ocurrencia del accidente tal y como lo relata el reclamante, y que aquél es causa eficiente de los daños por los que reclama, sin que, en el caso que nos ocupa, las circunstancias alegadas por el mismo sean indicios lo suficientemente concluyentes para tener por cumplidamente acreditados los hechos en que basa su pretensión.

Tanto la propuesta de resolución formulada por el instructor como el informe emitido por el Jefe de Sección II de Conservación de Carreteras, se manifiestan en el sentido de señalar que la causa del accidente no es imputable al funcionamiento del servicio público, sino al incorrecto proceder del conductor.

El Consejo Jurídico comparte este planteamiento. En efecto, una apreciación conjunta de las actuaciones obrantes en el expediente pone de manifiesto que, en contra de lo que mantiene el reclamante, *“la carretera se encontraba en buen estado en la fecha del siniestro sin restos de gravilla en su pavimento”* y con una correcta señalización. Los informes técnicos indican como causa del accidente la falta de adecuación de la velocidad con la que circulaba el reclamante atendiendo las circunstancias que concurrían en la calzada (amplitud y radio de la curva), las cuales, además, eran conocidas por el conductor que al parecer la transitaba a menudo, lo que exigía que extremara la diligencia en la conducción. Afirma el técnico informante que el interesado asegura que el vehículo que conducía se había salido por una curva, sin embargo al señalar el punto en el que dicha circunstancia se habría producido, lo sitúa a 150 metros de la curva, la cual, por otra parte, *“tiene una visibilidad más que suficiente para ver el otro lado”*.

Todo lo anterior, a falta de otro informe técnico por el que se acredite lo contrario (atestado de la Guardia Civil o similar), nos lleva a entender, con el Técnico de la Dirección General de Carreteras, que el comportamiento del conductor no respondió en modo alguno al mandato establecido en el artículo 19 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, que obliga a respetar, en todo caso, los límites de velocidad. Sin que, además, se atuviese a la obligación impuesta por el artículo 9.2 del citado texto legal, a cuyo tenor el particular deberá conducir con la diligencia y precaución necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno.

Conviene aquí recordar la muy asentada doctrina jurisprudencial que admite la ruptura del nexo causal y consecuentemente la exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en los supuestos en que, como el presente, el resultado lesivo es imputable a la conducción impropia del accidentado (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo y 8 de octubre de 1998).

Valoradas las circunstancias expresadas, este Consejo Jurídico coincide con el parecer expresado por el órgano instructor de que ha quedado acreditada la concurrencia de causas excluyentes de la responsabilidad patrimonial de la Administración por circulación indebida del interesado, al hacerlo a una velocidad superior a la permitida y, en cualquier caso, excesiva para las características de la vía, procede, por tanto, desestimar la reclamación formulada, por no concurrir en este supuesto el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y el daño sufrido.

La conclusión alcanzada en el párrafo anterior haría innecesario pronunciarse sobre los restantes extremos respecto de los que debería versar este Dictamen, es decir, valoración del daño, su cuantía y el modo de la indemnización, no obstante cabe apreciar, como lo hace el órgano instructor en su propuesta, que en ningún caso han resultado acreditados los daños personales que manifiesta haber sufrido.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos que determinan su existencia.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 283-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad  
**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)  
**Fecha** 26/12/2011

**Extracto de doctrina**

La presencia incontrolada de animales en las carreteras no genera la obligación de indemnizar, habida cuenta que no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 4 de noviembre de 2008 x, letrada del Ilte. Colegio de Abogados de Lorca, en representación de x y de la compañía aseguradora --, presentó un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos en el vehículo de dicha asegurada con matrícula --, por el accidente sufrido el 11 de noviembre de 2007 en la carretera regional C-3211, sentido Lorca, a la altura del punto kilométrico 42,8, como consecuencia de la irrupción de dos jabalíes en la calzada. Alega una deficiente conservación de la carretera al carecer de vallado que impidiese el paso de dichos animales a la calzada, así como ausencia de señal alguna indicativa de la presencia de animales sueltos. Solicita que, previa la instrucción del correspondiente expediente, se dicte Resolución admitiendo la reclamación e indemnizando a su representada en la cantidad de 1.528,37 euros, importe de la reparación del vehículo según factura que adjunta.

Se une la siguiente documentación:

1. Informe ARENA de la Guardia Civil de Tráfico en cuyo apartado destinado a “comentarios” se afirma lo siguiente: *“la conductora del vehículo implicado circulaba sentido Lorca y al llegar al lugar del suceso interceptó su trayectoria dos jabalíes que cruzaban la calzada, produciéndose el atropello de los mismos, causándole daños al turismo”*.

2. Factura de un taller mecánico por el importe antes señalado.

Propone los siguientes medios de prueba:

1. Documental que se adjunta a la reclamación.

2. Testifical de los agentes instructores del atestado y del expedidor de la factura.

**SEGUNDO.-** Con fecha 26 de enero de 2009 se requiere a la letrada la subsanación o mejora de la reclamación presentada, mediante la aportación de una serie de documentos entre los que figura el que acredite fehacientemente la representación con la que dice actuar en nombre de la reclamante.

El requerimiento es cumplimentado por x, Procurador de los Tribunales de Lorca y, según afirma, de la reclamante, mediante escrito fechado el 16 de febrero de 2009, al que adjunta una serie de documentos entre los que no se encuentra la escritura de poder otorgada a su favor y al de la letrada x, a pesar de que en el encabezamiento del escrito anuncia su presentación.

**TERCERO.-** Solicitado el preceptivo informe de la Dirección General de Carreteras se emite el 10 de febrero de 2009, en el que, tras afirmar la titularidad regional de la vía en la que se produjo el atropello, se indica lo siguiente:

*"A) No se tiene conocimiento del evento lesivo hasta la presente reclamación patrimonial, por lo que no se puede confirmar la realidad y certeza del evento lesivo.*

*B) No se puede determinar la existencia de fuerza mayor o actuación inadecuada del perjudicado o de un tercero.*

*C) No existe constancia de otros accidentes similares en el mismo lugar.*

*D) No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*

*E) No se puede determinar la imputabilidad de la responsabilidad a esta Administración o a otras administraciones, contratistas o agentes.*

*F) No se ha realizado ninguna actuación en este tramo de carretera relacionada con el evento lesivo.*

*G) El tramo de carretera, con buena visibilidad, no tiene ninguna señalización que merezca significar en relación con el evento lesivo.*

*H) No se pueden valorar los daños causados.*

*I) No existen aspectos técnicos para determinar la producción del daño.*

*J) El tramo de la carretera C-3221 en el que ocurrió el supuesto accidente es una carretera convencional, por lo que no es preceptivo el control regulado de accesos ni vallas metálicas de cerramiento”.*

**CUARTO.-** Otorgado el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, el 18 de mayo de 2009 el procurador x presenta alegaciones, en las que, en síntesis, manifiesta lo siguiente:

1. Se ratifica en el contenido de la reclamación presentada en su día en nombre de la x.

2. Adjunta escritura de poder otorgada por la aseguradora -- a favor de la letrada x y del procurador compareciente.

3. Propone la práctica de las siguientes pruebas testificales:

a) Del agente instructor de la Guardia Civil interviniente en el informe ARENA, con carnet (x), para que se ratifique en el contenido de dicho informe.

b) Del legal representante del taller que emite la factura de reparación del vehículo para que se ratifique en la misma.

c) De x, titular de un coto contiguo a la zona del siniestro, a fin de que manifieste cuanto sepa sobre la presencia de jabalíes en la zona y sus peligros, así como sobre las medidas solicitadas a la Administración y las que se han adoptado.

d) De x, legal representante de Explotaciones Agrícolas --, titular de un coto contiguo al lugar de los hechos.

4. Adjunta informe de la Consejería de Agricultura y Agua de la Región de Murcia, relativo a las titularidades de los cotos colindantes a la carretera en la que se produjo el accidente. Asimismo un documento de matrícula anual de coto privado de caza 2008 de x, acreditativo de ser coto de caza menor.

5. Finaliza su escrito afirmando que la Administración ha de asumir la responsabilidad derivada de los hechos por los que se reclama, al no haber adoptado las medidas necesarias para evitar la presencia de jabalíes en la vía, siendo constatable por los propios titulares de los cotos del lugar la presencia cada vez mayor de estos animales en la zona, así como el incremento de siniestros de tráfico que causan, sin que se haya desplegado actividad alguna de prevención del peligro a pesar de los múltiples requerimientos efectuados por los propios titulares de los cotos.

**QUINTO.-** Admitida la prueba se señala para su práctica el día 23 de septiembre de 2009, sin que llegada dicha fecha compareciesen los testigos, por lo que el órgano instructor volvió a señalar fecha, el día 29 de octubre de 2009, compareciendo en este caso solamente la testigo x que, tras responder a las generales de la ley, contesta a las preguntas que le formula la letrada de la reclamante en el siguiente sentido:

*“1.ª ¿Es usted titular de un coto contiguo al lugar del accidente C 3211 km --, en el término municipal de Lorca Murcia?*

*Respuesta: Contiguo no pues hay dos cotos entre medias. Mis sobrinos son los propietarios de la zona del coto más próxima al lugar del accidente pero yo soy el titular del coto.*

*2.ª ¿Es usted conocedora de la existencia de un gran número de jabalís en la zona?*

*Respuesta: No.*

*3.ª ¿Tiene usted conocimiento de que hayan ocurrido en este tramo de carretera accidentes de tráfico ocasionados por la presencia de jabalís?*

*Respuesta: He oído decir que sí.*

*4.ª ¿Es usted conocedora de que en los últimos años se ha multiplicado el número de jabalís en la zona causando grandes destrozos en las fincas colindantes?*

*Respuesta: Hace muchos años entraron en mi finca pero desde hace tiempo no. No voy mucho por la finca.*

*5.- ¿Es usted conocedora si por su parte o por parte de los titulares de otros cotos colindantes se han solicitado medidas a la Administración para dar mayor seguridad a la vía?”.*

El acta de prueba testifical que obra al folio 95 del expediente no refleja contestación alguna a esta última pregunta.

**SEXTO.-** Otorgado nuevo trámite de audiencia la letrada de la reclamante presenta escrito el 10 de diciembre de 2009, por el que viene a ratificar las declaraciones contenidas en las comparecencias realizadas con anterioridad en el procedimiento.

**SÉPTIMO.-** Seguidamente se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que la presencia incontrolada de animales en las carreteras no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que excluye la relación de causalidad exigible para generar la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues el acceso de tales animales a la vía puede resultar inevitable, atendiendo las diferentes formas por las que pueden acceder a la calzada.

Dicha propuesta de resolución, remitida a este Consejo Jurídico en unión del expediente tramitado y su extracto e índice reglamentarios, en solicitud de su preceptivo Dictamen, constituye el objeto del presente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento.**

I. Justificación del examen del procedimiento seguido en la instrucción.

Cabe afirmar que el procedimiento seguido se ha ajustado en términos generales a los trámites previstos en el artículo 6 RRP. No obstante, conviene recordar que el Consejo Jurídico viene, al menos desde nuestro Dictamen 56/2001, indicando la conveniencia de introducir la

práctica administrativa de exigir un informe adicional de los servicios técnicos del Parque Móvil, pues ello asegura la necesaria correspondencia entre el accidente y los daños cuya indemnización se reclama, recomendación que, en el presente caso, no se ha seguido.

## II. Plazo.

La acción de responsabilidad ha sido ejercitada dentro del plazo establecido en el artículo 142.5 LPAC, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

## III. Legitimación y representación.

La legitimación activa corresponde, cuando de daños materiales en las cosas se trata, a quien ostenta su propiedad, dado que éste será el que sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos; en el caso que nos ocupa, reside en x, puesto que si bien no ha acreditado en el expediente ser la propietaria del vehículo siniestrado, sí ha quedado constatado que ella corrió con los gastos de reparación del vehículo que conducía.

Se advierte, sin embargo, la falta de acreditación de la representación que la firmante del escrito inicial (la letrada compareciente) y el procurador que actuó con posterioridad, dijeron tener conferida de la interesada x, pues no obra en dicho escrito (ni en ningún otro posterior) la rúbrica de ésta al efecto de poder considerar acreditado el otorgamiento de la citada representación conforme a lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), sin que tampoco la escritura de poder que se ha incorporado al expediente cumpla con tal fin, pues con ella sólo queda acreditado que los comparecientes han sido designados para su representación por --, pero no por la reclamante. Por ello, previamente a la resolución del procedimiento, es necesario que la interesada ratifique los actos realizados por quienes comparecieron en su nombre; en caso contrario, no podrá resolverse el procedimiento en lo tocante a la cuestión de fondo, al carecer los pretendidos representantes de toda legitimación al efecto.

Los daños se imputan a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y señalización de una vía pública de su titularidad, por lo que aquélla está legitimada pasivamente para resolver la reclamación.

## **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “lesión”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables. A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “funcionamiento” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “no funcionamiento” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, la reclamante imputa a una omisión de la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto considera que ésta debía haber mantenido la vía vallada e instalado la correspondiente señalización de advertencia de peligro de animales en la calzada, dado que en las proximidades del lugar del accidente existían cotos de caza.

En primer lugar, debe apuntarse que la realidad del accidente, pese al desconocimiento que sobre él manifiesta tener la Dirección General de Carreteras, puede entenderse acreditada con el informe ARENA de la Guardia Civil, aunque hubiese resultado muy ilustrativo el informe del Parque Móvil en relación a la adecuación de los daños que presentaba el vehículo de la reclamante (descritos en la factura obrante al folio 2), con la descripción que la mismo da de los hechos.

En lo que atañe específicamente a la cuestión planteada en el expediente, el Consejo de Estado ha tenido la ocasión de pronunciarse en diversos y recientes dictámenes sobre cuestiones similares a la presente, concluyendo que la mera existencia de un coto de caza próximo a una carretera no era circunstancia suficiente para que en todo caso deba colocarse la señal P-24, establecida en la reglamentación de tráfico para advertir de la posible existencia de animales sueltos con peligro para la circulación.

Así, en el Dictamen 1619/08, de 13 de noviembre, dicho Órgano Consultivo expresaba que *“tampoco concurre la circunstancia contemplada por la disposición adicional 9ª de la Ley de Seguridad Vial en la redacción dada por la Ley 17/2005, de 19 de julio, puesto que no se aprecia una posible responsabilidad de la Administración ni en el estado de conservación de la vía ni en su señalización. En efecto, aunque la propuesta de resolución entiende que es responsable la Administración del Estado por razón de la falta de señalización (la señal P-24 que debe advertir de la presencia de animales sueltos), ello no es así. No se trata de un tramo de vía donde habitualmente tenga lugar este tipo de sucesos ni por tanto quepa prever la presencia de animales sueltos. La existencia de un coto de caza en los alrededores no significa que necesariamente haya*

*de presumirse la falta del debido cuidado para sus terrenos, de suerte que sea previsible la presencia de animales sueltos y deba señalizarse este hecho. Cuando en algún caso se ha apreciado la procedencia de indemnización no ha sido por la falta de la posible señalización, sino por otras circunstancias relacionadas con la conservación y vigilancia de la vía, que aquí no concurren".* En el mismo sentido, sus Dictámenes 717, 724/2009, 37 y 815/2010.

De igual modo puede citarse la reiterada doctrina de este Consejo Jurídico en el sentido de que *"la presencia incontrolada de animales en las carreteras no genera la obligación de indemnizar, habida cuenta que no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, si se tiene presente que su acceso a las vías públicas puede resultar inevitable. Tal doctrina, generalmente aplicada con relación a colisiones con animales ocurridas en autopistas, resulta con mayor motivo de aplicación al caso de que ahora se trata, en que no tratándose de autopista, sino de autovía, no es obligada la privación, sino la mera limitación de accesos a las propiedades colindantes".* (Dictámenes 199/08 y 173/2009, entre otros). A su vez, y siguiendo la línea de razonamiento de dichos Dictámenes, resulta aún más aplicable tal doctrina a un supuesto como el presente, en que se trata de una carretera convencional, en la que ni siquiera es exigible una limitación de accesos a las propiedades colindantes con la misma, por lo que tampoco existe la obligación de mantenerla vallada como pretende la actora.

A mayor abundamiento, cabe destacar que la prueba testifical practicada a instancia de la interesada ha dejado constancia en el expediente de una realidad contraria a la que se pretendía demostrar; en efecto, la deponente manifiesta no tener conocimiento de que abunden los jabalíes por la zona.

En consecuencia, en el presente caso no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de conservación y mantenimiento de carreteras y los daños por los que se reclama indemnización, por lo que procede desestimar la reclamación de referencia.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Procede dictaminar favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público regional viario y los daños alegados.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 284-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial incoada de oficio, como consecuencia de los daños sufridos por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios  
**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo (2008)  
**Fecha** 26/12/2011

**Extracto de doctrina**

"1. Hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores.

2. Resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de abril de 2007, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Consejería de Sanidad emite un informe, tras realizar una visita de inspección los días 4 y 24 del mismo mes al Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia, en el que expresa lo siguiente:

1. Por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del citado Hospital, se detectó un aumento de los efectos adversos (nefrotoxicidad y/o ototoxicidad) a partir del día 26 de marzo de 2007 en un grupo de pacientes tratados con mezclas I.V. de citostáticos (principio activo Cisplatino), coincidiendo en el tiempo con el inicio de la prescripción del medicamento oral "Aprepitant", asociado a aquél.

Por ese motivo, el Servicio de Farmacia del citado centro hospitalario realizó una revisión del proceso seguido para la preparación de estas formulaciones, y detectó que se habían estado empleando para la preparación de las mezclas I.V. el principio activo Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. (dosis prescrita a los pacientes), es decir, se duplicó en la formulación elaborada la dosis de este componente.

También que una vez detectado el error, dicho Servicio entró en contacto con la dirección técnica del laboratorio fabricante y con la empresa distribuidora, ratificando que se había producido un error en la remisión del pedido.

Asimismo señala que dicho incidente se había notificado al Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, que se habría comprometido a analizar el error, enviando su resultado a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al laboratorio fabricante.

2. Tras examinar el circuito que siguen los medicamentos en el Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer, a fin de identificar los puntos en los que falló el sistema, la Inspección resume el incidente del siguiente modo:

- Que el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Morales Meseguer solicitó al Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial

- Que el laboratorio remite al Servicio de Farmacia 100 viales de Cisplatino 100 mg./100 ml., amparados por un albarán que indica que lo remitido son 100 viales de Cisplatino de 50 mg. vial. El control de calidad del Laboratorio no detectó el error (o no lo comunicó), pues la factura que presentó correspondiente a ese pedido sigue siendo de 100 envases de Cisplatino de 50 mg. vial.

- Que dicha variación en la concentración no fue detectada por ninguna de las barreras de seguridad del Servicio de Farmacia, lo que originó que se administrasen concentraciones dobles de Cisplatino, que originaron efectos adversos a los enfermos tratados.

3. Se destaca la celeridad con que el Servicio de Farmacia localizó a todos los enfermos que habían sido tratados a tales dosis, y la labor realizada por el Servicio de Hematología y Oncología Médica, revisando a todos los pacientes tratados.

4. Finalmente, se realizan las siguientes recomendaciones:

- Las incidencias en la recepción de la medicación deben ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que, con bastante frecuencia, los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

- Deben establecerse lectores de código en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

- Debe concienciarse al personal sanitario que la firma que avala sus actuaciones no debe realizarse automáticamente, sino de forma comprometida después de verificar lo hecho.
- Debe acotarse el grado de responsabilidad del laboratorio por su error en el suministro.

**SEGUNDO.-** A la vista del informe emitido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, y a efectos de determinar la existencia de responsabilidades por el daño sufrido por 25 pacientes oncológicos por un posible error de medicación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de 17 de diciembre de 2007, iniciando de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que fue notificada al afectado x, según la relación nominal de los pacientes a los que se les dispensó en su tratamiento oncológico, suministrado por el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se dio traslado de la resolución a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

Mediante escrito presentado en el Registro General de la Comunidad Autónoma el día 18 de marzo de 2008, la hija de x, x, comparece poniendo de manifiesto el fallecimiento de su padre, interesando que se la tenga por personada en el procedimiento en nombre de su padre y designando a la Letrada x para que actúe en su nombre y representación. Igualmente solicita que se le dé traslado de la historia clínica del paciente y acompaña copia del certificado de defunción de su padre y del libro de familia en el que, además de la compareciente, figuran tres hijos más habidos del matrimonio celebrado entre x, y.

**TERCERO.-** Igualmente se notificó al Laboratorio Farmacéutico --, fabricante del medicamento, la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por las posibles lesiones sufridas por los pacientes oncológicos a los que se les dispensó el tratamiento con Cisplatino, en la concentración superior a la debida. Al remitirle la notificación de la incoación del procedimiento, se le otorgaba un plazo de diez días para que formularan alegaciones o aportasen los documentos y justificaciones que estimasen oportunas.

El citado Laboratorio presentó un escrito de alegaciones, en las que expresa lo siguiente:

*“El Servicio de Prestaciones Asistenciales del Servicio Murciano de Salud solicitó a nuestro laboratorio 100 unidades de la especialidad Cisplatino -- 50 mg., habiéndose suministrado 100 unidades de la misma especialidad pero de 100 mg., constando en el albarán unidades de 50 mg.*

*Dichos medicamentos de 100 mg. fueron recepcionados por el Servicio de Farmacia, no advirtiendo ninguna anomalía en tales medicamentos, debiendo destacar la diferencia existente entre las presentaciones de 50 y 100 mg. que hacen difícil su confusión.*

*Lo cierto es que las unidades de 100 mg. son perfectamente aplicables a los fines deseados por el Servicio de Farmacia, si bien este Servicio no advirtió por causas que ignoramos que las unidades efectivamente suministradas eran de 100 mg., en lugar de 50 mg. Un control no riguroso permite distinguir ambas presentaciones, existiendo un distinto código de barras para ambas presentaciones. Entendemos que es responsabilidad del Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, ya que de ser incorrecto procedería su devolución. Un medicamento de una presentación superior no invalida el tratamiento, sin perjuicio que en su aplicación se tengan en cuenta las dosis a aplicar, siendo ello de total responsabilidad del Hospital.*

*No es aceptable desde una mínima ética profesional trasladar la responsabilidad a nuestro Laboratorio por el mero hecho de que el albarán de entrega figurara la presentación de 50 mg., ya que ello sería tanto como admitir que el control de recepción de los medicamentos se realiza por el Servicio de Farmacia en base a albaranes y no sobre los propios medicamentos.*

*Por todo, entiende este Laboratorio que no puede asumir una responsabilidad que no le corresponde”.*

**CUARTO.-** La titular del Servicio de Farmacia del Hospital Morales Meseguer emite un informe el 6 de mayo de 2008, en contestación a las alegaciones formuladas por el precitado Laboratorio, en el que concreta las actuaciones realizadas por dicho Servicio, tras la comunicación realizada por el Servicio correspondiente de Oncología:

*“Revisadas las existencias de Cisplatino ubicadas en la estantería del Servicio de Farmacia, se comprobó la presencia de viales de Cisplatino -- a la concentración de 100 mg./100 ml., CN 822221.6, Lote Z-012, caducidad 09-08, el cual no figuraba en ningún pedido de solicitud de Cisplatino, ni albarán de compra emitidos por el Servicio de Farmacia, ni tampoco en ningún albarán de entrega ni factura del Laboratorio --.*

*Cabe puntualizar que el Servicio de Farmacia tiene establecido, como medida de seguridad y calidad, adquirir viales de una sola concentración/ml. en todos los medicamentos citostáticos. Además de no adquirir distintas presentaciones de un mismo principio activo que tengan una*

*apariencia similar. Por ese motivo nunca solicitó la presentación de Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml. al Laboratorio --.*

*Se verificaron los últimos pedidos realizados de Cisplatino y los correspondientes albaranes de entrega, comprobando que el albarán n.º. 2007156010, de fecha 8 de marzo de 2007, correspondía a 100 viales de Cisplatino -- a la concentración de 50 mg./100 ml., CN. 657916, lote: Z-002, y caducidad 200803 (sic). En el pedido n.º. 271683, de fecha 8 de marzo de 2007, solicitado por el Servicio de Farmacia también figuraba registrado 100 viales de Cisplatino --, a la concentración de 50 mg./100 ml., así como en el albarán de compra del Servicio de Farmacia y la correspondiente factura.*

*Posteriormente se procedió a revisar todas las hojas de preparación de las mezclas IV con Cisplatino realizadas a partir del día 9 de marzo de 2007, comprobándose que en algunas estaba registrado el Cisplatino con el lote y la caducidad de los viales de 100 mg./100 ml., lo que demostraba que en esas mezclas IV se había utilizado Cisplatino a la concentración de 100 mg./100 ml., en lugar de 50 mg./100 ml. Se contabilizaron los viales utilizados de 100 mg./100 ml., que sumados a los existentes en el Servicio de Farmacia de dicha concentración cuadraron con los 100 viales enviados por el Laboratorio proveedor. De esta forma se pudo comprobar a qué pacientes se les había dosificado doble dosis de la prescrita (...)*”.

Finalmente, se puntualiza que las presentaciones de 50 mg. y 100 mg. tienen un etiquetado muy parecido, que puede dar lugar a errores de medicación graves, como ha reconocido el Instituto para el Uso Seguro del Medicamento, a la vista de las fotografías remitidas. Finalmente, tras describir otros incidentes posteriores, sostiene la falta de rigor de los controles de calidad realizados por el Laboratorio -- en los medicamentos que comercializa.

Entre la documentación que se acompaña figura: el pedido de compra de 8 de marzo de 2007, en donde se hace constar Cisplatino 50 mg.; el albarán del medicamento suministrado por el Laboratorio (núm. de referencia 156010, y fecha de envío de 8 de marzo de 2007); la factura núm. 10173598 de 9 de marzo de 2007, de la mercantil --, relativa a dicho medicamento, que hace referencia a Cisplatino 50 mg., EFG/ 1 vial; la fotografía ilustrativa del envase de presentación de las dos concentraciones de Cisplatino; el registro de entrada de medicamentos en el Servicio de Farmacia el 9 de marzo de 2007; dos alertas farmacéuticas de 27 de abril y 23 de mayo de 2007, relativas a otros dos medicamentos suministrados por la misma mercantil; por último, las comunicaciones mediante correo electrónico entre el Servicio de Farmacia y el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, relativas al incidente ocurrido, destacando la respuesta dada por este

último Instituto el 16 de abril de 2007, en la que se expresa que *“efectivamente, tal y como se aprecia en las fotos, el etiquetado entre ambos viales es muy parecido y puede dar lugar a importantes errores de medicación (...)”*.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, en el que se hace constar:

*“Paciente de 57 años.*

*Antecedentes Personales: No alergias. Hipertensión arterial. No diabetes mellitus ni dislipemia. Ex fumador de 30 paquetes-año. EPOC moderado, con buena situación basal. Psoriasis en gotas sin tratamiento. Esteatosis hepática. Nefrolitiasis bilateral. Gastritis crónica.*

*Enfermedad Oncológica: carcinoma indiferenciado (con datos de diferenciación neuroendocrina por inmunohistoquímica) pulmonar con localización pleural izquierda única.*

*Estadio: T4 NO MO (IIIB).*

*Fecha del diagnóstico: 28-12-2006.*

*Tratamiento de la neoplasia: tras valoración en nuestro Servicio (23/2/07) se propone tratamiento con quimioterapia. Se administró el primer ciclo de quimioterapia con cisplatino y etopósito (...) entre los días 26 y 28/2/07. Toxicidad del primer ciclo: vómitos grado 1, alopecia grado 3, estreñimiento grado 1, epigastralgia. Segundo ciclo el 21/3/07.*

*Datos relativos a la administración de sobredosis de cisplatino:*

*Situación en el momento de la administración del tratamiento: buen estado general y toxicidades previas resueltas, aunque aumento de dolor pleurítico izquierdo.*

*Fecha de administración: 21/3/07.*

*Dosis total prescrita: 180 mg.*

*Toxicidad aguda (máxima):*

*- Digestivo: Náuseas grado 2.*

- *Mielotoxicidad: Neutropenia grado 4 (nadir: 0 segmentados), con episodio de neutropenia febril con foco urinario (infección urinaria por Enterococo). Trombopenia grado 4 (nadir: 13.000 plaquetas) que precisó transfusión de plaquetas.*

- *Ototoxicidad: Hipoacusia grado 3 (audiometría: hipoacusia perceptiva bilateral de 40 dB en frecuencias graves y medias y de 70 dB a partir de 2000 Hz); acúfeno grado 2.*

- *Nefrotoxicidad: Insuficiencia renal aguda (Creatinina máxima: 6 mg/dL) que precisó ingreso e hidratación parenteral.*

- *Neurotoxicidad: no en la fase aguda, pero sí posterior.*

*Ingreso hospitalario: sí.*

- *Fechas: 27/3/07 al 16/4/07.*

- *Diagnósticos: Insuficiencia renal aguda secundaria a vómitos y toxicidad por cisplatino. Ototoxicidad grado 3 por cisplatino. Fiebre neutropénica con foco urinario. Neutropenia y trombopenia grado 4 post-quimioterapia.*

- *Complicaciones sobreañadidas: Hipokaliemia e hipocalcemia por la insuficiencia renal. Retención urinaria resuelta con sondaje vesical. Anemia que requirió transfusión de hematíes en dos ocasiones durante el ingreso.*

*Evolución posterior y situación actual:*

*Evolución de la neoplasia: Tras el episodio de toxicidad, dada la insuficiencia renal residual (Creatinina: 1.75 mg/dL), se modificó la pauta de quimioterapia, sustituyéndose el cisplatino por carboplatino. Se administraron en total 4 ciclos del mismo esquema, con progresión de la enfermedad neoplásica a nivel pleural y pericárdico, y con toxicidad importante (mielotoxicidad grado 4, ingreso por fiebre neutropénica). Se inició nueva línea de quimioterapia con docetaxel, de la que se administraron en total 2 ciclos hasta Agosto-07, con nueva progresión locorregional. En Agosto-07 se inició quimioterapia con gemcitabina semanal, con estabilización inicial de la neoplasia, seguida de progresión sintomática en Octubre-07 (dolor que precisaba dosis altas de opioides, por lo que se decidió tratamiento paliativo, con control domiciliario desde Noviembre-07).*

*Toxicidad crónica o residual (en el momento del fallecimiento):*

- *Ototoxicidad: grado 3, con hipoacusia y acúfeno persistentes.*

- *Nefrotoxicidad: grado 1, con creatinina en torno a 1.4-1.5 mg/dL.*

- *Neurotoxicidad: grado 2 (neuropatía periférica sensitiva).*

- *Otras toxicidades: no.*

*Situación actual: Fallecido por progresión de la neoplasia pulmonar, si bien no dispongo en la historia clínica de la fecha exacta del fallecimiento.*

*Juicio diagnóstico:*

- *Carcinoma indiferenciado de pulmón con afectación pleural (T4 NO IVI0-III B), refractario a quimioterapia.*
- *Exitus laetalis (causa: progresión tumoral).*
- *Toxicidad por cisplatino residual (en el momento del fallecimiento): ototoxicidad grado 3, neuropatía grado 2, nefrotoxicidad grado 1".*

En la nota 2 del informe se hace referencia a que la valoración de la ototoxicidad se ha hecho con los datos disponibles en su Servicio, si bien es posible que existan datos adicionales en el Servicio de Otorrinolaringología.

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) se remiten varios dictámenes periciales colegiados; el primero, evacuado el 8 de octubre de 2008 por especialistas en Hematología y Hemoterapia, se extiende sobre los efectos secundarios del Cisplatino, señalando que de la sobredosis puede resultar una insuficiencia renal aguda, ototoxicidad que puede progresar a sordera irreversible, mielosupresión severa, náuseas y vómitos intratables, si bien todas las toxicidades pueden ser total o parcialmente reversibles, excepto la ototoxicidad, que es habitualmente irreversible.

El segundo, evacuado el 10 de octubre de 2008 por especialistas de medicina interna, alcanza las siguientes conclusiones:

1. Se ha producido un error en cadena que tiene su origen en el Laboratorio --, y que no ha sido detectado en ninguno de los protocolizados pasos del Servicio de Farmacia del centro hospitalario.

2. Como consecuencia de ello, se han administrado unas dosis superiores a las prescritas a un conjunto de 25 pacientes.

3. Los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administrada. Identificar la parte del efecto adverso que corresponde a cada uno es imposible.

4. En conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correcta están entre el 35 y el 95 %.

El tercer dictamen, evacuado el 14 de octubre de 2008, se centra en la valoración del daño corporal a x por el error de dosificación, que será objeto de posterior consideración.

**SÉPTIMO.-** Consta acreditado en el expediente que por la viuda del x y otros se presentó recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la responsabilidad patrimonial, que se sustancia ante el Tribunal Superior de Justicia en Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, como procedimiento ordinario núm. 817/2008.

**OCTAVO.-** Solicitado el parecer del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales sobre hechos recogidos en el procedimiento, fueron evacuados dos informes; uno más general, de 28 de octubre de 2009, de la Inspectora Farmacéutica sobre la valoración de los acontecimientos ocurridos, considerando que contribuyó a que el error alcanzara a los enfermos el hecho de que el Servicio de Farmacia utilizase siempre el medicamento a la misma concentración, así como la inexistencia de aplicación informática necesaria que facilitara la realización de los controles de seguridad, sin perjuicio de atribuir el error inicial al suministro del medicamento por parte del Laboratorio proveedor, cuya responsabilidad considera que debe ser acotada.

El segundo informe, de 27 de octubre de 2009, de la Inspectora Médica, particularizado en los efectos adversos que presentó el paciente con ocasión de la dispensación del medicamento, refiere que el 2º ciclo del tratamiento suministrado el 21/3/07 al x coincide con el periodo en que se utilizó la doble concentración. También que los pacientes pueden tener efectos adversos que, en su conjunto, pueden ser debidos a la propia enfermedad, al fármaco a dosis terapéuticas o al incremento de dosis erróneamente administradas, por lo que identificar qué parte del efecto corresponde a cada uno es imposible. En conjunto y estadísticamente los efectos secundarios al fármaco a dosis correctas están entre el 35 y el 95 %.

En el caso de este paciente presentó como toxicidad aguda:

*“- La toxicidad digestiva se resolvió sin problemas.*

- *La ototoxicidad: hipoacusia perceptiva bilateral grado 3, se mantuvo en grado 3, acúfenos grado 2.*

- *Nefrotoxicidad: insuficiencia renal aguda que precisó ingreso desde el 27 de marzo al 16 de abril de 2007.*

- *Toxicidad hematológica: Neutropenia grado 4 y trombopenia grado 4<sup>o</sup>.*

Y como toxicidad residual:

“- *Ototoxicidad: Se mantuvo en grado 3 con hipoacusia y acúfenos.*

- *Nefrotoxicidad: Evolucionó satisfactoriamente de la insuficiencia renal (que se queda en grado I).*

- *La toxicidad hematológica se recuperó completamente.*

- *Neurotoxicidad grado II en forma de neuropatía periférica sensitiva”.*

Finalmente, señala que el paciente falleció a causa de la progresión tumoral el 31 de enero de 2008.

**NOVENO.-** Durante la tramitación del procedimiento, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales se dirigió a la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Política Social), exponiendo los hechos acaecidos en el Servicio de Farmacia, y solicitando su colaboración, mediante la verificación y posterior emisión de informe, sobre el sistema de distribución de pedidos que tenía implantado el Laboratorio, y el sistema de control de calidad establecido para garantizar su correcta distribución.

La Subdirectora General de Inspección y Control de Medicamentos comunicó al Servicio Murciano de Salud que, según informó el Laboratorio Farmacéutico --, el fallo fue debido a un error humano, al confundir las ubicaciones de la medicación en las estanterías, y que las unidades se suministraron desde el almacén mayorista --, ubicado en la provincia de Guadalajara. Concluye que hubo un error tanto en la distribución al Hospital Morales Meseguer, como en la aplicación al paciente de la medicación sin la debida comprobación, y que debido al tiempo transcurrido desde que ocurrió este incidente, sin que se hubieran comunicado deficiencias similares ocurridas con el Laboratorio, se había procedido al cierre del incidente.

**DÉCIMO.-** El órgano instructor solicitó informe valorativo del posible daño corporal causado al paciente a la División Sanitaria de la Correduría de Seguros --, que emitió dictamen en el que

valoró el daño causado en la cuantía de 15.211,01 euros, teniendo en cuenta una estabilización lesional de 90 días.

Dicho importe se desglosa valorando un periodo de incapacidad temporal, que asciende a 3.312,03 euros por 21 días de ingreso hospitalario (a 61,97 euros por día), 6 días impeditivos (a razón de 50,35 euros diarios) y 63 no impeditivos (a 27,12 euros por día), y 20.089,52 euros por las secuelas de acúfenos (2 puntos), pérdida auditiva (10 puntos), parestesias de miembros superiores (3 puntos), y de miembros inferiores (2 puntos), y por insuficiencia renal grado 1 (5 puntos), a razón de 913,16 euros por punto, sin que se tenga en cuenta ningún factor de corrección al no tenerse constancia de que pudiera aplicarse. El importe así obtenido se aminora en un 35%, es decir, en la cuantía de 8.190,54 euros por la toxicidad intrínseca atribuible al principio activo Cisplatino.

**UNDÉCIMO.-** Entre los actos de instrucción, destacan las respuestas aclaratorias del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer a las preguntas formuladas por la Inspectora Farmacéutica sobre la dispensación del medicamento, que se formalizaron en el acta obrante en el expediente. De su resultado se destaca que el incidente abarca un periodo que va desde el 9 de marzo de 2007 (fecha en la que se ubicaron en las estanterías del área de citostáticos los viales de Cistoplatino de 100 mg./100 ml.), pudiendo ser utilizados a partir de dicha fecha hasta el 3 de abril de 2007, fecha en la que todos los viales se utilizaron con la dosificación adecuada. De todas formas, al no tener la certeza de que el laboratorio enviase todos los viales de la misma concentración, no se puede determinar el número que se utilizaron de dicha concentración, además de que durante dicho periodo coexistieron las dos dosis de viales, si bien se desconoce el stock existente de Cisplatino de 50 mg./100 ml.

**DUODÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a las partes interesadas x, en representación de la cónyuge y herederos del fallecido, presenta escrito de alegaciones en el que propone como prueba documental el dictamen pericial de los Dres. x, y que acompaña, mostrando su disconformidad con la valoración de las secuelas físicas y psíquicas que padeció el x, sin que tampoco se contemple en la cuantía indemnizatoria el daño moral como lesión patrimonial resarcible.

El informe citado de los peritos de parte, obtiene las siguientes conclusiones médico-legales: a fecha de su fallecimiento el paciente presentaba como toxicidad sufrida, según el informe de la Sección de Oncohematología: Ototoxicidad grado 3, con hipoacusia y acúfenos persistentes, que valoran en 20 puntos, Nefrotoxicidad grado 1, que valoran en 10 puntos, y Neurotoxicidad que valoran en 8 puntos.

Finalmente, se reclama una cuantía indemnizatoria de 120.000 euros, que incluye el daño moral como consecuencia de los padecimientos físicos y psíquicos ocasionados al paciente, pero sin pormenorizar las cuantías de los distintos conceptos reclamados.

**DECIMOTERCERO.-** Por parte de la División Médica de la Correduría de Seguros se analizan las anteriores consideraciones, alcanzando la conclusión de que debe incrementarse la partida correspondiente a la secuela por pérdida auditiva de 10 a 15 puntos, pasando el conjunto de secuelas de 22 a 27 puntos, a razón de 1.023,90 euros el punto, resultando una cuantía indemnizatoria total de 20.122,26 euros.

**DECIMOCUARTO.-** Por parte del apoderado del Laboratorio Farmacéutico -- se presentó escrito, ratificándose en las alegaciones realizadas el 7 de febrero de 2008, entendiéndose que corresponde al Servicio de Farmacia controlar los medicamentos que recepciona, y que de ser incorrectos procedería su devolución, así como controlar las dosis que se le suministra a los pacientes, manifestando que: *"bajo ningún concepto le puede ser imputada responsabilidad alguna por los hechos objeto del presente expediente.*

**DECIMOQUINTO.-** Previo el otorgamiento de un nuevo trámite de audiencia a las partes interesadas, ratificándose los herederos del fallecido en el anterior escrito de alegaciones, la propuesta de resolución reconoce que ha existido responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud en la sobredosis administrada del principio activo Cisplatino al paciente, que se encontraba en tratamiento en el Servicio de Hematología y Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, debido a un defectuoso control de calidad y seguridad en la recepción del medicamento y en fases sucesivas, si bien también reconoce de forma concurrente la responsabilidad del Laboratorio Farmacéutico, que contribuyó a la producción del error, al suministrar erróneamente el medicamento solicitado, en lo que pudo influir la utilización de envases muy parecidos para concentraciones diferentes y su sistema de control de seguridad.

En el reparto de culpas, el órgano instructor atribuye 2/3 de la indemnización al Laboratorio Farmacéutico (13.414,66 euros) y 1/3 al Servicio Murciano de Salud (6.707,33 euros), más los intereses legales correspondientes, si bien atribuye la responsabilidad subsidiaria de la Administración respecto a la cuantía a abonar al paciente por el citado Laboratorio.

**DECIMOSEXTO.-** Con fecha 11 de abril de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 RRP, el presente procedimiento se ha iniciado de oficio, tras la realización de la correspondiente inspección por el Servicio correspondiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, habiéndose comprobado que el paciente recibió el segundo ciclo de quimioterapia con Cisplatino el 21 marzo de 2007 en el Hospital General Universitario Morales Meseguer, acreditándose, por tanto, su condición de interesado en el presente procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

2. La legitimación del Servicio Murciano de Salud deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria, como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario Morales Meseguer, dependiente de aquel Servicio, habiéndose dado traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del ente público, que se ha personado en el procedimiento y ha evacuado los correspondientes informes a este respecto.

También ostenta dicha legitimación pasiva el Laboratorio Farmacéutico --, con el que el centro hospitalario firmó un contrato de suministro para proveerse del medicamento, y al que la Administración sanitaria le atribuye el error desencadenante del daño, al enviar de forma equivocada el pedido de viales (Cistaplino de 100 mg./100 ml.), en lugar de la concentración solicitada (50 mg./100 ml.).

3. El procedimiento se ha iniciado dentro de plazo (el 17 de diciembre de 2007), conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el incidente que motivó la sobredosis de medicación se produjo entre el 9 de marzo y el 4 de abril de ese mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, destacándose dos aspectos del mismo:

a) La rápida reacción del Servicio de Farmacia del centro hospitalario, que ha permitido localizar el problema, y el consiguiente control de los pacientes afectados por parte de los Servicios de Hematología y Oncología.

b) La incoación de oficio del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la instrucción seguida ha logrado el suficiente acervo documental para poder determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pese a la dificultad añadida de determinar el daño cuando los efectos adversos del fármaco suministrado a dosis correctas oscila entre el 35 y el 95%.

5. De otra parte, la circunstancia de que se haya interpuesto por los interesados ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación incoada de oficio, no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (art. 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues los reclamantes podrían desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso, convendría que el departamento consultante actuara coordinadamente con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (art. 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), como también sugerimos en nuestros Dictámenes núms. 72/06 y 112/08, entre otros.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Cuando se trata del daño derivado del consumo de un medicamento, la responsabilidad puede darse en tres niveles: en primer lugar del facultativo que lo prescribe; esa responsabilidad puede surgir por inadecuado diagnóstico, prescripción, error en la posología o inadecuada

interpretación de las cualidades del medicamento o por desconocimiento de cómo actúa el principio activo. El segundo nivel de responsabilidad atañe al titular de la autorización de comercialización de la especialidad. El último, que la responsabilidad sea de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades públicas de intervención en materia de medicamentos, como parte de su intervención en salud pública (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2011).

Por tanto, los medicamentos pueden dar lugar a efectos adversos por errores durante el proceso de utilización, lo que se conoce como “errores de medicación”, pudiéndose producir en cualquier fase del complejo sistema de utilización: prescripción, preparación, dispensación, administración, etc. Para garantizar la seguridad hay que disponer de medicamentos seguros y de sistemas de utilización a prueba de errores (juicio crítico segundo del informe de la Inspectora Farmacéutica de 28 de octubre de 2009).

En el presente caso, se reconoce un error en la posología administrada al paciente en un tratamiento de quimioterapia, imputada a la dosificación y control de los medicamentos citostáticos por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer. También se atribuye por el órgano instructor una cuota de responsabilidad al Laboratorio que suministra Cisplatino, por el error a la hora de cumplimentar el pedido solicitado.

#### **CUARTA.- Actuaciones anómalas a las que se les imputa el daño.**

En el presente caso la Administración ha reconocido un error de medicación, al suministrar a 25 pacientes afectados de procesos oncológicos una dosis doble a la pauta del principio activo Cisplatino.

En cuanto al origen de este error, el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales ha revisado el sistema protocolizado del Servicio de Farmacia, lo que permite a este Consejo Jurídico establecer los siguientes hechos, a la vista de la instrucción seguida en el expediente:

1. El Servicio de Farmacia solicitó del Laboratorio Farmacéutico -- 100 viales de Cisplatino de 50 mg. un vial, según se acredita con el pedido. Sin embargo dicho Laboratorio remitió 100 viales de este principio activo de 100 mg./100 ml., cuando el albarán remitido por dicha mercantil hacía referencia a la primera presentación, al igual que la posterior factura.

En este aspecto, la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en contestación a la comunicación realizada por el Servicio Murciano de Salud, remitió un informe de 22 de febrero de 2010 sobre el resultado de la investigación, en el que expresa que este concreto incidente fue debido a un error humano al confundir las ubicaciones de las estanterías, y que las unidades fueron suministradas desde el almacén mayorista -- ubicado en la provincia de Guadalajara.

2. Sin embargo, cuando se recibió dicho pedido por el Servicio de Farmacia no se detectó el error en todo el procedimiento protocolizado de utilización de medicamentos, debido a los siguientes fallos en cadena descritos por la Inspectora Farmacéutica:

a) Un celador comprobó que el albarán de entrega coincidía con el pedido. El protocolo establecido indica que debe comprobar que la mercancía solicitada en la hoja de pedido coincide con la enviada por el laboratorio y con la que figura en el albarán de entrada (descripción del medicamento y unidades) y si el lote y caducidad estampados en el material de acondicionamiento secundario coinciden con el que está registrado en el albarán de entrega. Si detecta alguna incidencia, la escribe en el impreso "registro y comunicación de incidencias en la recepción de pedidos de medicamentos".

En el presente caso, el celador registró el pedido y no anotó ninguna incidencia, al coincidir los datos impresos en todos los documentos, aunque no comprobó si la etiqueta del envase coincidía con la medicación solicitada, extrayendo las unidades del embalaje. Este es un punto cuestionado del sistema implantado en el Hospital, destacado por la Inspección, que recomienda que las incidencias en la recepción de los medicamentos deban ser siempre validadas por un farmacéutico, dado que con frecuencia los laboratorios realizan variaciones en la forma de expresar la dosificación.

b) El mismo celador transportó el pedido hasta la zona de ubicación de los medicamentos citostáticos. Una auxiliar de enfermería los coloca en las estanterías de la zona de elaboración de mezclas I.V., donde se almacenan en su acondicionamiento secundario. En estas estanterías cada medicamento tiene reservado un espacio con la correspondiente etiqueta que los identifica, en la que está registrado el código nacional, el nombre y el código de barras (en ese momento no se encontraba operativo el lector óptico, pese a que la Jefa de Servicio había reclamado que se implantase). La auxiliar no detectó que era Cisplatino vial de 100 mg./100 ml., en lugar de la concentración de 50 mg./100 ml., señalando en este punto la Inspección, que si se hubiera contado con un lector de barras la alarma hubiese saltado.

De ahí, que recomiende el establecimiento de lectores de códigos de barras en todos los puntos críticos del desarrollo del Servicio.

c) Tras recibirse la orden de tratamiento de un paciente desde el Servicio de Hematología y Oncología Médica, el farmacéutico valida la prescripción y la transcribe en la aplicación informática Oncofarm, realizando posteriormente la hoja de preparación en la que registra composición y dosis del principio activo, así como de cada uno de los diluyentes y el fungible necesario e instrucciones para realizar la correcta dosificación de la mezcla I.V. En esta fase el farmacéutico no ve físicamente el medicamento, ya que está situado en una dependencia distinta a la que están ubicados los medicamentos citostáticos, sino que los pauta, correspondiendo al auxiliar de enfermería retirarlos de la estantería, colocándolos en una bandeja, extrayendo los viales de su material de acondicionamiento e introduciéndolos en una solución de alcohol. Luego valida y firma la operación realizada de la medicación y del material fungible. Tampoco este auxiliar detectó que se trataba de Cisplatino 100mg./100ml., si bien la Inspección matiza que las presentaciones de los viales de ambas concentraciones son prácticamente iguales, y al venir introducido el vial en un contenedor de plástico, no conocido por el Servicio, indujo a pensar que era una novedad.

d) Tras la introducción de la bandeja en la campana de flujo laminar, una enfermera se encarga de dosificar las mezclas I.V. de citostáticos, de acuerdo con las instrucciones que figuran en la hoja de elaboración, validando y firmando la operación realizada. Todas las mezclas prescritas para un enfermo son preparadas por la misma enfermera. Posteriormente, otra enfermera distinta a la que dosifica verifica diariamente, en base a la hoja de elaboración de cada paciente, si coincide la identificación del paciente con la etiqueta adherida, si el citostático, el diluyente, el envase, así como el número de citostáticos preparados son correctos, si el aspecto, el color y el volumen son los esperados, si figuran las condiciones especiales de conservación etc. A continuación los depositan en el área de recogida de las mezclas preparadas, clasificadas según el destino, pasando finalmente un celador a recoger la medicación del Servicio de Farmacia con destino al enfermo. En estos últimos pasos la Inspección no encuentra actuación incorrecta.

Del proceso relatado cabe concluir los siguientes fallos, como reconoce la propuesta elevada:

- El primer fallo se produjo el día 9 de marzo de 2007 cuando el celador recibió los medicamentos en el Servicio de Farmacia, y el albarán de entrega de éstos, en el que aparecía el núm. de referencia 156010, pedido "Cisplatino", 50 mg., un vial, CN 657916, lote Z-002, si bien no

se comprobó, mediante la extracción física de las unidades del medicamento de su embalaje, que los viales se correspondían con los datos que aparecían en el albarán de entrega.

- El segundo fallo ocurrió cuando se introdujeron los citostáticos en sus correspondientes estanterías, en el espacio destinado a dichas presentaciones (50 mg./100 ml. de Cisplatino), en las que aparecía el nombre, código nacional y de barras de los mismos, sin que al colocarlos el auxiliar de enfermería se percatara de que no coincidía el código de barras impreso en la estantería con el del envase colocado, lo que no se habría producido de haber existido un lector óptico de código de barras, que hubiera permitido detectar el error con más facilidad que visualmente.

No obstante, la Inspección Farmacéutica añade a los anteriores otro error: que tampoco se detectara la distinta dosis en el momento de la extracción del vial del acondicionamiento secundario, para introducirlo en una solución de alcohol, pues, aunque se considerara una novedad la presentación del vial en un contenedor de plástico, podría haberse consultado en ese momento con el farmacéutico para su comprobación.

Por lo tanto, cabe concluir que el error originado por el suministro del medicamento por parte del Laboratorio no fue detectado por el Servicio de Farmacia del centro hospitalario y atravesó las barreras de seguridad implantadas para prevenir posibles fallos, ya que, como reconoce la Inspección, el sistema de control de calidad establecido por el citado Servicio está diseñado para detectar errores internos y no los producidos por el resto de entidades que intervienen en el proceso.

Así pues, conforme se reconoce en la propuesta elevada, hubo un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, puesto que el protocolo establecido por el Servicio de Farmacia para el control de la corrección de la medicación a suministrar a los pacientes oncológicos falló en este caso, no tanto porque no existiera, sino porque era deficiente y permitía que se produjeran errores. Así lo reconoce la Inspectora Farmacéutica en el precitado informe de 28 de octubre de 2009 (juicio crítico segundo), en el que se destaca que hay que diseñar sistemas de utilización de medicamentos a prueba de errores, de manera que éstos se reduzcan al máximo y que si se producen, no lleguen a alcanzar y ocasionar daños al paciente, a lo que ayudaría en gran medida la utilización de herramientas informáticas apropiadas, y si hubiera estado implantado el lector del código de barras de los medicamentos, el error se hubiese podido detectar a tiempo.

Reconocido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, interesa entrar a considerar la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño alegado y si se puede

sostener la concurrencia de causas para poder determinar la responsabilidad de la empresa suministradora, en este caso, el Laboratorio Farmacéutico.

**QUINTA.- Sobre la relación de causalidad y la imputación del daño.**

I. Relación de causalidad.

Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”*. Pues bien, continúa la mencionada Sentencia, *“si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”*.

En su aplicación al presente supuesto, la propuesta elevada analiza la relación entre la sobredosis del principio activo Cisplatino al concreto paciente de que se trata y el deficiente control en la recepción, preparación y distribución del medicamento por parte del Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

De todo ello resulta acreditado, como se ha indicado anteriormente, que hubo un error en la recepción, preparación y distribución de este principio activo, que inicialmente prescribió el Servicio de Hematología y Oncología Médica a un número determinado de pacientes, imputable al funcionamiento del Servicio de Farmacia. Así es reconocido por el Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales Sanitarias: *“el error originado en el suministro del medicamento no fue*

*detectado por el Servicio de Farmacia y atravesó todas las barreras de seguridad que tiene implantadas para prevenir posibles fallos*". También que la Administración sanitaria administró la medicación a dosis superiores a la prescrita y que el afectado tuvo unos efectos adversos por la administración, de lo que se infiere el nexo causal con el daño particularizado.

Ahora bien, como sostiene el órgano instructor, no resulta acreditado que todos los efectos adversos que sufrieron los pacientes oncológicos en fechas posteriores a la dispensación del medicamento a dosis superiores, resulten producidos, únicamente, por dicha circunstancia. Es determinante el dato aportado por la Inspección *"en conjunto y estadísticamente, los efectos adversos secundarios al fármaco administrado a dosis correctas están entre el 35 y 95%"* (informe de 27 de octubre de 2009). De ahí que se alcance la conclusión, tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, de la dificultad de atribuir un porcentaje de efectos adversos a las dosis erróneamente administradas, ya que a éstos contribuyen la propia enfermedad y la administración del fármaco a dosis terapéuticas, si bien este último aspecto será determinado en la concreción del daño.

En suma, resulta acreditado el nexo causal, sin perjuicio de que en la producción del daño hayan intervenido otros factores, entre ellos la propia enfermedad y los efectos adversos del medicamento a las dosis recomendadas (Dictamen núm. 14/2011 de este Consejo Jurídico).

Pero además, según sostiene la propuesta elevada, en la producción del daño han intervenido otras circunstancias, como el error cometido por el Laboratorio Farmacéutico --, que envió la medicación con el doble de concentración a la solicitada por el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

## II. La concurrencia de causas.

### 1. La correspondiente a la Administración sanitaria.

Según el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, corresponde a los servicios de farmacia de los hospitales la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano para su aplicación dentro de dichas instituciones, o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud.

Además, el artículo 82.2 de la precitada Ley establece que corresponde a los servicios de farmacia hospitalaria la responsabilidad técnica en la adquisición, custodia, preparación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, así como el establecimiento de un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

De las conclusiones del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales resulta claro que el sistema instaurado en el Servicio de Farmacia del centro hospitalario no resultó eficaz y seguro, incumpléndose la normativa citada.

En consecuencia, en atención a la causa idónea del concreto evento o resultado, conforme a la concepción de la relación de causalidad antes expresada, resulta determinante la intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, en tanto a ella le corresponde la recepción, la preparación y el suministro del medicamento al enfermo. Por ello, no resulta congruente con dicha intervención la cuota de responsabilidad asignada por la propuesta elevada (1/3), en tanto si hubieran funcionado los controles de la cadena del medicamento (por ejemplo, en la fase de recepción o con el funcionamiento de un lector de barras), se habría podido detectar el error en el envío por parte del Laboratorio Farmacéutico (a través de un almacén mayorista), y se habría devuelto o administrado a la dosis adecuada, como ocurrió posteriormente, según declara la Jefa de Servicio de Farmacia ante la Inspectora Farmacéutica: *“también existe constancia que el día 3 de abril de 2007 todos los viales que se utilizaron se prepararon con la dosificación adecuada”*. Por tanto, este supuesto, que difiere del contemplado en la Sentencia que se cita del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 de junio de 2002, no versa sobre el suministro de un medicamento defectuoso, sino del envío erróneo de un pedido por un suministrador a la Administración, que no fue detectado por ésta pese a sus controles, lo que motivó que se suministrara una dosis errónea al paciente.

Por lo tanto, la traducción de dicha intervención de la Administración sanitaria en la producción del daño, cuando controla y suministra el medicamento al paciente, no puede ser la asignación de 1/3 de cuota de responsabilidad, como se expondrá posteriormente.

Lo anterior nos dirige obligadamente a la relación que vincula al Laboratorio Farmacéutico con la Administración Sanitaria (un contrato de suministro, según expresa el órgano instructor) y que nos permite conectar con la problemática de la responsabilidad atribuible a la contratista.

## 2. La intervención del Laboratorio Farmacéutico en el daño.

Según la propuesta elevada, existiría una corresponsabilidad del Laboratorio --, que contribuyó a la producción del error, al suministrar los medicamentos solicitados en concentraciones no pedidas, a lo que pudo contribuir el utilizar envases muy similares para concentraciones diferentes de un mismo medicamento, lo que inducía a equívocos, incumpliendo su sistema de control de seguridad. No obstante, no se aporta ningún dato en el expediente relativo a que se hubiera ordenado su retirada del mercado, ni que se incoara un expediente sancionador por las Administraciones competentes por los incumplimientos de la normativa aplicable, o desde el punto de vista de protección del usuario o consumidor.

A este respecto, el artículo 64 de la Ley 29/2006, ya citada, establece como obligación de los Laboratorios Farmacéuticos suministrar los medicamentos, disponer de personal suficiente para garantizar la ejecución de los controles pertinentes, garantizar que el transporte de los medicamentos se realice de acuerdo con las normas de correcta distribución de los mismos, y responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad.

Pese a ello, considerar esta actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico como causa eficiente y próxima del daño concreto producido al paciente, cuando la recepción, administración y posología del medicamento corresponde a la Administración sanitaria, resulta enormemente difícil, sino imposible, si bien, no conviene olvidar que conforme a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (artículos 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga el anterior) será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Así, en nuestro Dictamen núm. 21/2008 se señaló que *“los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002)”*.

Por ello, este Consejo Jurídico considera que la actuación errónea del Laboratorio Farmacéutico se encuadra en el seno de la relación contractual donde se produce, y dentro de las obligaciones de las partes en un contrato de suministro. En efecto, si se atiende a la imputación

que se realiza al Laboratorio, ésta se contrae a la remisión de un envío de medicamentos a una concentración no solicitada; luego se trata de una prestación defectuosa del contrato de suministro, que ha producido daños y perjuicios a la parte contratante, exigibles conforme al artículo 1101 del Código Civil, debido presumiblemente, como refiere el órgano instructor, al incumplimiento del sistema de control de seguridad atribuible al titular de la autorización de comercialización, con independencia de que la distribución se realice directamente o a través de almacenes mayoristas. En este sentido, no cabe duda que el envío de la medicación a una concentración no solicitada (100 mg./100ml.), con un albarán igualmente equivocado, fue el desencadenante de una cadena de errores cometidos por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta que una de las medidas adoptadas por el Servicio de Farmacia para la seguridad del paciente era la adquisición de la misma concentración del medicamento. Por tanto, puede sostenerse una confianza legítima (principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares) por parte del Servicio de Farmacia receptor de que el medicamento enviado por el Laboratorio respondía a las características pedidas, cuando, además, el albarán así lo recogía, al igual que en anteriores ocasiones.

En todo caso, la relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada no permite sostener que la cuota de responsabilidad del Laboratorio, en relación con el concreto daño producido al paciente, por la defectuosa ejecución del contrato de suministro, pueda ser de 2/3 frente a 1/3 de la Administración, como se sostiene en la propuesta elevada, en atención a las razones expresadas en el apartado anterior, sobre la extensión de la intervención del centro hospitalario en relación con el suministro del medicamento. Tampoco permite incrementar la responsabilidad del Laboratorio, en contra de lo argumentado por la propuesta, la utilización de envases muy parecidos para las dosis expresadas, que podían producir equívocos, si se tiene en cuenta que no se cuestiona en el procedimiento la existencia de autorización del medicamento y de su etiquetado (en tal caso sería atribuible al organismo responsable), sin que tampoco conste que se hubiera ordenado su retirada en el mercado por la producción de otros incidentes, y que el destinatario en este caso no era un paciente, sino el Servicio de Farmacia de un centro hospitalario, cuyas incidencias en la recepción de los medicamentos deberían haber sido validadas por un farmacéutico, según recomendaciones del

Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, que tendría que haber comprobado las concentraciones remitidas.

### 3. Cuotas de responsabilidad.

En suma, conforme a lo expresado en los anteriores apartados, la cuota de responsabilidad que ha de asignarse a la Administración por los daños concretos producidos al paciente sería de 2/3 de la cuantía indemnizatoria, en atención a su intervención en esta actuación sanitaria, que se extiende a la recepción, control y suministro del medicamento.

En relación con el Laboratorio Farmacéutico, cuya responsabilidad deriva de relación contractual que le vincula con la Administración, de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior, y no con el concreto daño producido al paciente, le correspondería una cuota de responsabilidad de 1/3.

### III. Responsabilidad directa de la Administración.

Por último, debe suprimirse de la propuesta de resolución la referencia a la responsabilidad subsidiaria de la Administración respecto al pago de la cuota correspondiente al Laboratorio Farmacéutico, en tanto la responsabilidad directa de la Administración ha sido reconocida por este Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 2/2000, 9, 20, 31 y 32, todos de 2002, y 177/2006, en la interpretación sistemática del artículo 97 TRLCAP, que ha llevado a concluir que, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta debe resolver respondiendo directamente de los daños que le ha causado a ella el concesionario o contratista, sin perjuicio de la acción de regreso que debe ejercitar contra aquéllos a fin de determinar el grado de responsabilidad que les pueda alcanzar por los hechos. A este respecto el Consejo de Estado ha declarado que los particulares no tienen el deber de soportar la incertidumbre jurídica de la última imputación del daño (Dictámenes de 18 de junio de 1970, 21 de julio de 1994 y 28 de enero de 1999). En este mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo al afirmar que la naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad de la Administración impide a ésta desplazar la misma al contratista, sin perjuicio de la acción de repetición de aquélla contra éste (entre otras, Sentencias de la Sala 3ª, de 19 de mayo de 1987 y de 23 de febrero de 1995).

### **SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La propuesta elevada, basándose en el segundo dictamen de daños de la correduría de seguros, reconoce una indemnización de 20.122,26 euros, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico correspondiente al año 2007 (Resolución de 7 de enero del citado año, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), fecha en la que se produjo el incidente.

Por parte de la cónyuge y herederos del paciente fallecido se solicita una cuantía indemnizatoria, a tanto alzado, de 120.000 euros, incluyendo los daños morales. Respecto a los daños físicos, se aporta un dictamen pericial de parte, que concreta las secuelas en 38 puntos, valorando en 20 puntos la Ototoxicidad grado 3 con hipoacusia y acúfenos (frente a 17 por parte de la correduría), en 10 puntos la Nefrotoxicidad grado 1 (frente a 5 por la correduría en concepto de insuficiencia renal grado 1) y en 8 puntos la Neurotoxicidad (frente a 5 en concepto de parestesias de miembros superiores e inferiores).

Antes de analizar las posturas contrapuestas sobre la valoración de las secuelas, este Órgano Consultivo ha de señalar los siguientes criterios a tener en cuenta para determinar el *quantum* indemnizatorio:

1º) Ya se ha indicado en anteriores Consideraciones, que los efectos adversos del Cisplatino a dosis correctas oscilan entre el 35 y el 95%, según destaca la Inspección Médica, y reconocen los propios peritos de la parte reclamante, de ahí la dificultad para fijar la cuantía indemnizatoria en cada caso, puesto que ha de determinarse la toxicidad debida únicamente a la sobredosis. Más aún cuando, en el caso analizado, la sobredosis de la medicación se limitó al segundo ciclo del tratamiento (el día 21 de marzo de 2007), recibiendo posteriormente el paciente otros ciclos de quimioterapia con carboplatino, docetaxel y gemcitabina.

2º) El paciente falleció por la progresión tumoral, según expone el Servicio de Oncohematología del Hospital Morales Meseguer y la Inspección Médica.

3º) No justifican los interesados la cuantía reclamada en concepto de daños morales, cuando, de otra parte, se acogen al baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico, que a su vez incluye los daños morales tanto en las indemnizaciones por lesiones permanentes, como por incapacidad laboral.

Entrando a considerar la valoración de las secuelas, este Consejo Jurídico advierte:

a) Ha de estimarse la valoración de la secuela por acúfenos y pérdida auditiva de los peritos de la parte afectada, que la concretan en 20 puntos, frente a los 17 de la correduría de seguros, si se tiene en cuenta el informe pericial colegiado de 14 de octubre de 2008, aportado por la aseguradora del Servicio Murciano de Salud, sobre valoración del daño personal y que sustentaría la valoración propuesta.

b) Por el contrario, la Neurotoxicidad en forma de neuropatía periférica sensitiva, valorada en 5 puntos en total por la correduría de seguros como parestesias de miembros inferiores y superiores, resulta coherente con las consideraciones del informe precitado de la aseguradora, frente a la propuesta por los peritos de los alegantes, que la concretan en 8 puntos.

c) También resulta justificada la valoración realizada por la correduría de seguros de la Nefrotoxicidad (5 puntos), pues la insuficiencia renal evolucionó satisfactoriamente (se quedó en grado 1), según el informe de la Inspección Médica, además de que el paciente tenía antecedentes personales de nefrolitiasis bilateral, conforme a la pericial citada de la compañía aseguradora.

Además de la observación realizada en el apartado a) precitado, conjuntamente con la necesidad de justificar en el presente caso la aplicación de un coeficiente reductor del 35% por la toxicidad intrínseca del Cisplatino, este Consejo Jurídico no dispone de otros elementos que permitan cuestionar la cuantía resultante, que habrá de ser actualizada conforme al artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, conforme a lo señalado anteriormente sobre la responsabilidad directa de la Administración sanitaria frente a los interesados, ésta habrá de satisfacer la cuantía indemnizatoria señalada, sin perjuicio de la repetición ulterior, a través de un procedimiento contradictorio que podría ser único para todos los afectados, de la cantidad a asumir por el Laboratorio Farmacéutico, conforme a la relación jurídica contractual expresada y a las cuotas de responsabilidad indicadas anteriormente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto determina la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso, sin perjuicio de la observación realizada en la Consideración Segunda, 5.

**SEGUNDA.**- No obstante, habrá de ser modificada en el sentido de recoger la participación de cada causa en la producción del daño, el título que la legitima en el caso del Laboratorio Farmacéutico, así como las observaciones sobre las cuotas de responsabilidad y la supresión de la mención a la responsabilidad subsidiaria (Consideración Quinta).

**TERCERA.**- La cuantía indemnizatoria se considera justificada, salvo las dos observaciones realizadas en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 285-2011**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios  
**Consultante** Consejera de Sanidad y Política Social (2011)  
**Fecha** 26/12/2011

**Extracto de doctrina**

Cuando el interesado propone un determinado medio de prueba, el instructor no viene obligado a acordar su práctica, pero, si lo rechaza, tal decisión habrá de ser motivada, por imperativo del artículo 80.3 LPAC.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de septiembre de 2005, x, quien dice actuar en su propio nombre, en el de sus hermanos x, y, z, .., y en el de su madre, x, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por los daños padecidos por esta última como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Murciano de Salud.

Relatan los reclamantes que en mayo o junio de 2003, x comenzó a sentir dolor de oído, acudiendo a diversos centros sanitarios (urgencias de Atención Primaria, urgencias del Hospital Comarcal del Noroeste), que no consiguieron controlar el dolor, que cada vez iba en aumento, irradiándose por la cabeza y con un deterioro físico y psíquico importante. En abril de 2004 queda ingresada en el indicado Hospital, hasta junio, siendo trasladada al Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca” (HUVA), de Murcia, donde es intervenida dos veces. Allí permanece ingresada hasta septiembre, en que ingresa de nuevo en el Hospital Comarcal del Noroeste. En noviembre de 2004, pasa al “Hospital de la Real Piedad” de Cehegín, donde se encuentra en el momento de presentar la reclamación, permaneciendo encamada, alimentada por sonda, con una traqueotomía y sin movimiento.

Consideran los reclamantes que no tiene justificación que un simple dolor de oído haya desembocado en la situación de la enferma, considerando que a ello han contribuido numerosos factores que enumera: continuas visitas a centros sanitarios, altas reiteradas del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Comarcal del Noroeste, tardanza en realizar las pruebas que se prescribían, el extravío de algunas de ellas, *“el diagnóstico de cáncer rabioso dado por el Neurólogo del mismo Hospital de Caravaca, la prescripción de medicamentos que no hacían efecto y provocaban vómitos y náuseas, la tardanza en la decisión de operar por primera vez en el Hospital Virgen de la Arrixaca, la alegría de la confirmación de que no se trataba de un cáncer, alta*

*médica a los diez días, reingreso al día y medio nuevamente en dicho Hospital, nueva operación, movimientos posturales, dieta, hipoglucemias, infecciones, escaras, etc.”.*

Manifiestan los reclamantes que no saben con exactitud qué ha podido causar el cuadro que presenta la paciente *“quizá la tardanza en diagnosticar la enfermedad, quizá las operaciones que se le han realizado, quizá algún accidente por el personal sanitario en el manejo y cuidado de nuestra madre”.*

Se efectúa una valoración del daño en dos millones de euros, en concepto de gastos y daños morales, presentes y futuros.

Se propone la siguiente prueba: a) documental consistente en la documentación sanitaria obrante en la historia clínica; b) testifical de cuantos facultativos y personal de enfermería atendió a la paciente; y c) pericial, solicitando la elaboración de un informe que determine las causas de las lesiones sufridas por la enferma.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del SMS, se encomienda su tramitación al Servicio Jurídico del Ente sanitario, que procede a notificar dicha resolución a los interesados, así como a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la aseguradora del SMS por conducto de la correduría, a la Dirección de los Servicios Jurídicos, a la Gerencia de Atención Primaria y a la Dirección del HUVA y del Hospital Comarcal del Noroeste, recabando de los tres últimos la remisión del historial clínico de la paciente e informe de los profesionales que le prestaron asistencia.

**TERCERO.-** La Gerencia de Atención Primaria remite la historia clínica de la paciente, así como informe de su Médico de Atención Primaria. El proceso de su enfermedad que consta en la historia clínica, se sintetiza como sigue:

Paciente diabética, hipertensa y con artrosis.

Entre abril y junio de 2003 es atendida en su centro de salud por faringitis, otitis media aguda y odontalgia secundaria a piorrea. No figura que ninguno de estos cuadros resultase complicado.

Posteriormente, es remitida a Otorrinolaringología y Neurología por cefaleas y vértigos. Es asistida de cefalea el 7 de octubre, y el 2 de noviembre acude de nuevo por cefalea y náuseas a

urgencias del Hospital Comarcal del Noroeste. Derivada con carácter preferente a Neurología y Otorrinolaringología se le practica resonancia magnética en la que se aprecia nódulo en oído izquierdo. Es remitida a Neurocirugía del HUVA para valoración.

En abril de 2003 constan dos nuevas atenciones en urgencias hospitalarias por cefalea y cervicalgia.

El informe finaliza afirmando que *“por nuestra parte se le dieron a la paciente todas las atenciones a nuestro alcance, tanto en consulta, con o sin cita previa, como en su domicilio; así como a los hijos (familiares directos) de los que nos pusimos a la entera disposición tanto en horario laboral como no laboral. También, que nos hemos preocupado de mantenernos informados por los mismos familiares de la evolución de la enferma, durante su ingreso hospitalario, y que nunca hemos recibido ningún tipo de queja, directamente o indirectamente, de nuestra praxis a lo largo de todo el proceso mientras estuvo en nuestro ámbito”*.

**CUARTO.-** Desde el HUVA, el Dr x, del Servicio de Neurocirugía, informa que la paciente es vista en consulta por primera vez en febrero de 2004, para valoración de una lesión de la parte baja del clivus que en ese momento no presentaba clínica neurológica clara y que no invadía el canal medular o el cráneo, lo que permitía una biopsia de cavum por Otorrinolaringología del Hospital de Caravaca, por lo que se remite a la paciente a dicho centro.

El 15 de marzo es vista de nuevo con los resultados de la biopsia, que es de nódulos linfoides sin evidenciar neoplasia, por lo que al no existir informe de existencia de proceso infeccioso o neoplasia y no existir clínica neurológica progresiva se decidió no realizar abordaje quirúrgico por los elevados riesgos del mismo.

Sin embargo, el 18 de mayo y tras un empeoramiento neurológico se decide valorar la intervención para llegar a un diagnóstico de certeza. En el ingreso comprendido entre el 18 de mayo y el 24 de junio, la paciente empeora clínicamente y la resonancia magnética muestra ya una estrechez de la unión cráneo-cervical.

Según el informe, *“la paciente sufrió unas complicaciones sistémicas y cardiológicas que impidieron su programación quirúrgica inmediata. Dichas complicaciones cardiológicas y sistémicas son secundarias al estado general de la paciente pero no al proceso neurológico que nos ocupa. La paciente antes de ser intervenida es informada junto con su familia del elevado riesgo de dicha intervención, se hizo hincapié sobre todo en la posibilidad de un daño del sistema*

*nervioso que conlleve no solo la muerte sino un estado vegetativo por encontrarse la lesión cerca de la estructura neurológica denominada tronco (la estructura nerviosa que contiene los centros que controlan la conciencia, respiración, función cardíaca, etc.). La paciente y su familia entienden los riesgos y los aceptan, según consta en la historia clínica y en el consentimiento informado. También se explican las alternativas terapéuticas a la intervención. El día 15/06/04 es intervenida mediante un abordaje transoral con biopsia y extirpación subtotal de la lesión que es informada como lesión inflamatoria aguda (absceso). Posteriormente la paciente, según se refleja en el informe, mejora de la clínica neurológica y no se tiene constancia de más complicaciones cardiológicas, neurológicas o sistémicas. En dicho ingreso no se practica posteriormente a la paciente una fijación de la unión cráneo-cervical debido a que tanto desde el punto de vista clínico como en la radiología dinámica, no aparece una inestabilidad a dicho nivel y la intervención para fijar dicha zona también conlleva unos riesgos importantes, con lo cual en ese momento se decide que ante la inexistencia de evidencia clínico-radiológica de inestabilidad, dichos riesgos son inaceptables y que la estabilidad completa se puede conseguir mediante inmovilización con collarín cervical que se prescribió en su momento.*

*La paciente presenta un segundo episodio de ingreso el 28/06/04 donde se nos envía del Hospital de Caravaca, al cual acude la paciente remitida por su familia tras un episodio de deterioro del nivel de conciencia, atonía de las 4 extremidades, imposibilidad para la deglución y no claramente sensación de dolor en el cuello. La paciente permanece ingresada desde el día 28/06/04 hasta el 07/09/04 en nuestra Unidad. En resumen se observa un cuadro de fallo de riego del sistema nervioso central, tanto a nivel del cerebro como de la porción infratentorial, tras valorar el origen multifactorial de dicho cuadro (la encefalopatía vascular, la fibrilación auricular con embolismos múltiples a nivel de las arterias cerebrales, la mínima inestabilidad occipito-cervical que a raíz del cuadro actual no iba a poder ser tratada adecuadamente con el collarín cervical, etc.), se decide intervenir a la paciente mediante una fijación occipito-cervical por vía posterior. Previamente se informa a la familia de los riesgos de dicha intervención y de los potenciales beneficios, se toma la decisión de intervenir conjuntamente con la familia, según consta en la historia. Dicha intervención se practica el 17/08/04. En el postoperatorio la paciente presenta una leve mejoría del dolor cervical, nivel de conciencia y de la tetraparesia. Se envía a su hospital de referencia para tratamiento rehabilitador y general.*

*En resumen se trata de un cuadro muy complejo de lesión infeccioso-inflamatoria de la unión C1-C2 secundaria a otitis que la paciente presentó en su día. Los abscesos a distancia de una otitis por Pseudomona en diabéticos están muy descritos pero en la unión cráneo-cervical son muy excepcionales, de tal forma que en la literatura neuroquirúrgica habitual de los últimos 20*

años, no hay descritos más de 10 casos. Desde el punto de vista del tratamiento médico y quirúrgico practicado en este hospital, se realizó, a nuestro juicio, con toda la diligencia posible, habida cuenta de las patologías concomitantes que la paciente presentaba y el riesgo que conllevaba cualquier tratamiento quirúrgico. Previamente se explicaron por parte de los Servicios de Anestesia y Neurocirugía a la paciente y a la familia, los riesgos, beneficios y alternativas terapéuticas. Las lesiones posteriores que ha tenido la paciente y que han conducido al estado neurológico actual, se pueden achacar a la patología de la unión cervico-occipital en parte y también a la patología concomitante de la paciente de su problema cardíaco y de su diabetes, que conllevan una encefalopatía vascular añadida a la inestabilidad cervico-occipital. Ambas situaciones se trataron de forma adecuada pero por desgracia sin unos resultados óptimos. En todo momento la familia y la paciente estaban informados de que no podíamos garantizar un resultado adecuado y de que los riesgos de cualquier tratamiento quirúrgico o no quirúrgico eran elevados”.

**QUINTO.-** Desde el Hospital Comarcal del Noroeste se remiten, además de la historia clínica de la paciente, sendos informes de facultativos del Servicio de Neurología y del internista de guardia que trató a la enferma en uno de sus episodios.

a) El primero de los informes de Neurología se refiere a las primeras asistencias prestadas en el Hospital Comarcal del Noroeste por cefaleas. Acude por primera vez el 16 de septiembre de 2003. Relata que en la segunda consulta, el 26 de noviembre de 2003, se aprecia irregularidad en mastoides izquierdo, asimetría de pared de cavum con hipertrofia y protrusiones discales en columna cervical. Ante la sospecha de un tumor de cavum o de base de cráneo es remitida para continuar los estudios a Otorrinolaringología y Neurología.

b) El informe de la neuróloga que trató a la paciente tras ser intervenida en la Arrixaca, y que ingresa el 27 de septiembre de 2004 en el Hospital Comarcal del Noroeste para convalecencia, relata lo siguiente:

*“Fue intervenida el 15 de agosto de 2004 en neurocirugía por un absceso de la unión cráneo-cervical y reintervenida el 17 de agosto por luxación occipito-atlantoidea con fijación occipito-cervical C2-C4. Allí presentó un deterioro neurológico agudo objetivándose en la TAC craneal infartos cerebrales múltiples en el territorio posterior, por lo que tras la estabilización de la paciente se decide su traslado a nuestro hospital. Una vez recibida es valorada por mí y a la exploración presenta una tetraparesia (extremidades derechas 1/5 y extremidades izquierdas 2/5) con disfagia, anartria y respuesta a órdenes sencillas.*

*En la planta sufre una infección por S. Epidermidis que remite con la administración de Vancomicina e Imipenem. El 28 de octubre de 2004 se traslada a la paciente a un centro de cuidados medios”.*

**SEXTO.-** Con fecha 13 de febrero de 2006, el órgano instructor acuerda admitir las pruebas propuestas por los interesados, salvo la testifical de los profesionales intervinientes en la asistencia prestada a la paciente, pues ya constan en el expediente los informes emitidos por todos ellos. Del mismo modo, se comunica a los reclamantes que la prueba pericial ha de ser aportada por ellos y a su costa.

**SÉPTIMO.-** Recabada la historia clínica del “Hospital de la Real Piedad” de Cehegín, se remite junto con el informe de un facultativo, que confirma que la enferma se encuentra en la misma situación neurológica que en el momento de su ingreso, el 28 de octubre de 2004 (mal estado general, neurológicamente consciente, respuesta a órdenes sencillas, pupilas normorreactivas e isocóricas, anartria, disfagia y tetraparesia), aunque con una leve mejoría de su estado de conciencia, y que presenta una dependencia total para todas las actividades de la vida diaria, sin esperanza de recuperación neurológica.

**OCTAVO.-** Tras obtener vista del expediente, los reclamantes solicitan que se incorpore al expediente diversa documentación relativa a las asistencias prestadas a la paciente en el ambulatorio de Cehegín, tanto en el servicio de urgencias, incluidas las visitas domiciliarias, como durante el período en que el médico de cabecera asignado a la misma fue sustituido por otros compañeros, cuyo informe también se solicita. También consideran que debería recabarse del sistema de cita previa información acerca de las consultas solicitadas por la enferma y las prescripciones farmacéuticas que se le realizaron entre abril de 2003 y abril de 2004. Se pide, además, que se informe acerca de las fechas en que se citó a la paciente para acudir a los especialistas del Hospital de Caravaca.

Del mismo modo se solicita que se incorpore la hoja de tratamientos y observaciones de enfermería de la historia clínica obrante en el HJVA y que se informe acerca de la hora de llegada y partida de la ambulancia que trasladó a la enferma el 25 de junio de 2004.

La instrucción remite dicho escrito al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica) conminándole a practicar la prueba propuesta si lo considera necesario para redactar su informe. De hecho, este órgano solicita diversa documentación (relación de episodios asistenciales a la paciente en el Hospital Comarcal del Noroeste entre agosto de 1995 y noviembre

de 2005, así como medicamentos facturados por las farmacias de la Región a la paciente entre abril de 2003 y abril de 2004).

**NOVENO.-** Con fecha 15 de abril de 2010, la Inspección Médica evacua su informe, que alcanza las siguientes conclusiones:

*“Paciente que tras cuadro de otitis externa desarrolla cefalea, por lo que es estudiada durante varios meses detectando lesión en el tronco encefálico de etiología incierta incluso tras biopsia. Finalmente se decide abordaje quirúrgico encontrando absceso de la unión vertebro-occipital, que se atribuye secundario a la otitis externa padecida un año antes.*

*- Se trata de un proceso raro, de gran dificultad diagnóstica, y sin sintomatología típica, para el que se pusieron en juego todos los recursos existentes y valoración por diferentes especialistas. Los resultados de las exploraciones realizadas indujeron a la sospecha de un proceso tumoral.*

*- El diagnóstico definitivo solo fue posible tras la cirugía. Una indicación más precoz, que no habría sido juiciosa sin agotar antes otras posibilidades diagnósticas, no hubiera garantizado un desenlace más favorable. Es más, el proceso infeccioso, absceso, se resuelve sin problemas tras la primera intervención.*

*- La indicación de la técnica quirúrgica y su realización es correcta. Se informó de forma exhaustiva de las posibles complicaciones de la cirugía, tanto por las características intrínsecas de la paciente, como por el elevado riesgo de la técnica.*

*- La inestabilidad cervical que precisó una segunda intervención se debió a la necesidad de resección de los tejidos infectados (parte alta del atlas y la apófisis odontoides del axis).*

*- La situación final de la paciente con deterioro importante de su situación neurológica, se debe a la existencia de una encefalopatía vascular secundaria a múltiples infartos isquémicos. Estos infartos están más relacionados con los factores de riesgo de la paciente (HTA, diabetes, edad) que con el absceso o la cirugía realizada”.*

**DÉCIMO.-** Por la aseguradora del SMS se aporta informe médico pericial elaborado por un especialista en Otorrinolaringología, que alcanza las siguientes conclusiones:

*“1.- La paciente padecía una grave situación de patología basal.*

2. *El diagnóstico de su otitis y su tratamiento fueron correctos.*

3.- *El plazo en que se realizó es razonable.*

4.- *Nunca el paciente estuvo fuera del control médico, ni desatendido.*

5.- *El diagnóstico de la masa en base de cráneo se realizó de forma correcta, tras interpretar las pruebas realizadas de forma progresiva.*

6.- *La indicación quirúrgica fue la adecuada y su realización absolutamente correcta.*

7.- *Las complicaciones cerebrovasculares surgidas obedecían a la patología de base de la enferma y no se pueden atribuir al tratamiento médico aplicado que fue en todo momento correcto.*

8.- *Tras los síntomas del postoperatorio el tratamiento instaurado por los diferentes Servicios médicos y quirúrgicos fue absolutamente correcto en tiempo y forma.*

9.- *Las graves secuelas que sufre la paciente están motivadas por la patología cerebrovascular que padeció, no a las intervenciones quirúrgicas realizadas.*

10.- *A mi juicio no existe retraso o error diagnóstico en ningún momento.*

11.- *No se observa la más mínima lesión de la "lex artis ad hoc" en toda la actuación médica".*

Posteriormente, la compañía de seguros aporta un segundo informe del mismo perito que analiza la actuación realizada por el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Comarcal del Noroeste. Concluye indicando que la actuación médica en los diferentes servicios del Hospital fue correcta y diligente y ratifica su primer informe.

**UNDÉCIMO.-** El 4 de mayo de 2011, el órgano instructor requiere a x que acredite la representación que dice ostentar de sus hermanos y madre, a lo que procede mediante aportación al expediente de escrito de apoderamiento en su favor, suscrito por sus cuatro hermanos, certificados de nacimiento de los mismos y copia del Libro de Familia. Informa, asimismo, que su madre falleció el 29 de abril de 2011, como acredita mediante copia del certificado de defunción.

**DUODÉCIMO.-** Conferido trámite de audiencia a los reclamantes, no consta que se haya hecho uso del mismo, al no presentar alegaciones ni documentos adicionales durante el plazo concedido al efecto.

**DÉCIMOTERCERO.-** Con fecha 15 de junio de 2011, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial, singularmente la necesaria relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño alegado.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 14 de julio de 2011.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. La legitimación activa, cuando de la reclamación por daños se trata, reside en el sujeto que los sufre en su persona o sus bienes, circunstancia ésta que le confiere la condición de interesado y le habilita para reclamar su importe, conforme a los artículos 31 y 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Dadas las características del daño por el que se reclama (daños físicos y psíquicos), la legitimación activa corresponde a la paciente, pero también a sus hijos, a éstos en concepto de daño moral.

La reclamación fue presentada por un hijo de la paciente, quien afirmaba actuar en nombre y representación tanto de ésta como de sus hermanos e hijos, respectivamente. La falta de acreditación de la representación que aquél decía ostentar respecto de sus hermanos fue subsanada, conforme a lo establecido en el artículo 32.4 LPAC, a requerimiento de la instructora. Sin embargo, respecto de la madre, aunque su situación neurológica reflejada en diversa documentación clínica obrante en las actuaciones hace posible e incluso presumible la falta de capacidad de la paciente para reclamar por sí misma, tal incapacitación debería haber sido objeto de acreditación en el procedimiento para justificar así la actuación del hijo en nombre de la madre.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en su condición de titular de la función pública de asistencia sanitaria de la población y titular de los centros sanitarios donde se atendió a la paciente.

2. La reclamación interpuesta el 7 de septiembre de 2005 lo ha sido dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 LPAC, toda vez que el momento de estabilización de las lesiones por las que se reclama cabe entenderlo producido el 28 de octubre de 2004, fecha en que la paciente es derivada del Hospital Comarcal del Noroeste a un centro de cuidados medios, al no preverse ya posibilidad alguna de mejoría neurológica.

3. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ya ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP.

Merece, asimismo, una consideración la actuación del órgano instructor en relación con la prueba documental propuesta por el interesado tras obtener vista del expediente (antecedente octavo). En nuestros Dictámenes 147 y 190/2005, entre otros, se recoge la doctrina del Consejo Jurídico en materia de prueba, que es sobradamente conocida por la Consejería consultante, en la medida en que tales Dictámenes respondían a sendas consultas de la misma. Debe recordarse que, cuando el interesado propone un determinado medio de prueba, el instructor no viene obligado a acordar su práctica, pero, si lo rechaza, tal decisión habrá de ser motivada, por imperativo del artículo 80.3 LPAC. En el supuesto sometido a consulta, los interesados solicitan la incorporación al

mismo de diversa documentación e informes. En el expediente remitido al Consejo Jurídico, el escrito de proposición de nuevas pruebas y en el que se pone de manifiesto que algunas de las anteriormente propuestas no han sido practicadas está incompleto. No obstante, de la parte que obra en el expediente se deduce que sólo algunos de los documentos cuya unión al procedimiento se solicitó por los interesados se han incorporado a las actuaciones por conducto de la Inspección Médica (relación de episodios asistenciales en el Hospital Comarcal del Noroeste y medicamentos facturados por las oficinas de farmacia de la Región y dispensados a la paciente). Los restantes (informes sobre asistencias recibidas en el ambulatorio de Cehegín y en el Hospital Virgen de la Arrixaca) no se han recabado por la instrucción ni se ha justificado su rechazo.

Cierto es que los reclamantes, con ocasión del trámite de audiencia que les fue concedido, se aquietaron y no formularon la oportuna protesta frente a la tácita decisión del órgano instructor de no practicar las pruebas propuestas, pero ha de insistirse en mantener el máximo rigor en la exigencia legal de que el rechazo de las pruebas propuestas por los interesados sea expreso y motivado.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivados del artículo 106.2 CE: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico; y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, entre los que destaca la utilización de cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada "lex artis ad hoc" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

Para los reclamantes no tiene justificación que un simple dolor de oído haya desembocado en la situación de la enferma (inicialmente, tetraparesia, disfagia y anartria y, finalmente, su fallecimiento), considerando que a ello han podido influir numerosos factores, apuntando que no saben con exactitud qué ha podido causar el cuadro que presentaba la paciente, si bien apuntan como posibles causas las siguientes: "*quizá la tardanza en diagnosticar la enfermedad, quizá las operaciones que se le han realizado, quizá algún accidente por el personal sanitario en el manejo y cuidado de nuestra madre*". La propia Inspección Médica resalta en su informe que los reclamantes "*no especifican cuál es el fallo o error en el proceso asistencial, implicando actuaciones tan dispares como los cambios posturales o los traslados en ambulancia*".

Una imputación en términos tan genéricos y carentes de la necesaria certeza que exige la determinación de la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño tiene como consecuencia la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

No obstante, se procede a continuación a analizar cada una de las posibles causas apuntadas por los reclamantes. Descartando en todo caso un eventual accidente en la movilización de la paciente, toda vez que nada consta en la historia clínica acerca de dicho suceso, cabe considerar que son dos las principales imputaciones formuladas:

#### 1. Retraso diagnóstico.

Según se desprende del escrito inicial de reclamación, a pesar del dolor de oído que aquejaba a la enferma, que cada vez era más intenso y se irradiaba por la cabeza, ninguno de los servicios de atención primaria y de urgencias hospitalarias a los que acudió fue capaz de ponerle remedio. Además, hubo de esperar a que se le diera cita con los especialistas, mientras iba sufriendo un deterioro físico y psíquico importante.

En consecuencia, la determinación de si pudo alcanzarse antes el diagnóstico de la enfermedad que verdaderamente aquejaba a la enferma y si la situación a que aquélla la condujo pudo evitarse aplicando un tratamiento diferente al que se administró se convierte así en cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación omisiva de la Administración.

Y es que la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria es, como ya se ha dicho, de medios, no de resultados, pues si bien no se le puede exigir una curación en todos los casos, dado el carácter contingente de la salud y la vida de los pacientes, sí que viene compelida a prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance. De no hacerlo así o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en antijurídico.

Aplicado al supuesto objeto de consulta, la antijuridicidad del daño y el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido derivarían de la no aplicación de todos los medios diagnósticos y terapéuticos adecuados, cuestión que aparece íntimamente relacionada con el criterio jurisprudencialmente configurado de la "lex artis". Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001 afirma: "*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad*

*patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”.*

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “lex artis”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la “lex artis” es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la “lex artis” venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.*

Descrita a grandes rasgos la doctrina relativa a la “lex artis”, habremos de acudir al expediente para desvelar en qué medida la actuación de los profesionales intervinientes se adecuó a dicho estándar, pues tal cuestión no deja de ser un problema de prueba.

Procede, en primer lugar, determinar cuál es la patología que afectó a la paciente y cómo su evolución determinó el deterioro neurológico por el que se reclama. Así, la Inspección Médica la resume en los siguientes términos:

*“Paciente que tras cuadro de otitis externa desarrolla cefalea, por lo que es estudiada durante varios meses por neurología, medicina interna, otorrino y neurocirugía con la realización de varias pruebas, detectando lesión en el tronco encefálico de etiología incierta, incluso tras biopsia. Por aumento del tamaño de la misma y empeoramiento de la sintomatología se decide abordaje quirúrgico, encontrando absceso de la unión vertebro-occipital, que se atribuye secundario a la otitis externa padecida un año antes”.*

A efectos de determinar si el diagnóstico fue tardío o, por el contrario, se realizó en un momento adecuado, de conformidad con la ciencia médica, en atención a los signos de enfermedad que presentaba en cada momento la enferma y con aplicación de los medios diagnósticos exigidos por una correcta praxis, la Inspección Médica afirma que la otitis externa es casi siempre una afección leve que se suele resolver satisfactoriamente. No obstante, en pacientes diabéticos puede haber infección de tejidos cercanos al oído, siendo infrecuente la presencia de abscesos en la base del cráneo. La existencia de este absceso, que lleva a la Inspección a calificar el cuadro como *“excepcional”*, unido a la larga evolución del mismo y a su presentación atípica sin sintomatología neurológica ni manifestaciones infecciosas y con unas pruebas de imagen que enfocaban a un problema tumoral, dificultó su diagnóstico. Y ello a pesar de ser valorada la enferma por diferentes especialistas y habérsele realizado todas las pruebas diagnósticas que se consideraron necesarias, incluyendo varios TAC, resonancias y biopsia de la lesión. Todo lo cual hizo que el diagnóstico definitivo sólo fuera posible tras el abordaje quirúrgico de la lesión, lo que se produjo en el momento adecuado según la ciencia médica, pues *“la no indicación más precoz de la cirugía está justificada por el elevado riesgo de la misma, lo que obligó al agotamiento previo de otros medios diagnósticos menos agresivos”*.

Del mismo modo, el perito de la aseguradora señala que el diagnóstico de la masa en la base del cráneo se realizó de forma correcta, tras interpretar las pruebas realizadas de forma progresiva. Así, relata cómo tras los episodios de infección de oído que fueron tratados correctamente, debuta un cuadro de cefalea que comienza a ser estudiada por Medicina Interna y solicita una TAC que no muestra nada anormal; posteriormente acude a urgencias donde se le solicita una nueva TAC que tampoco muestra alteraciones. No obstante cuando la estudia Neurología, advierte en las TAC una imagen dudosa, lo que lleva a realizar una resonancia que muestra la existencia de una tumoración en la base del cráneo, que inicialmente se identifica como un condroma. La sospecha de un tumor hace que la paciente se derive a Neurocirugía que, junto a Otorrinolaringología, decide hacer una biopsia. Ésta descarta la existencia de un tumor y se adopta una actitud conservadora. De repente, surge una complicación cardíaca y un cuadro de dolor

intenso que se interpreta como estenosis del canal medular, decidiéndose intervenir para descompresión de la médula. Sin embargo, sufre otra arritmia y un compromiso neurológico achacado a una lesión por falta de riego sanguíneo cerebral que obligan a posponer la cirugía. Tras la mejoría de la paciente se realiza la intervención y ello permite alcanzar el diagnóstico definitivo del absceso infeccioso.

Por su parte, los reclamantes no aportan prueba alguna que demuestre que los signos de enfermedad de la paciente permitían identificar su patología con anterioridad al momento en que aquélla se diagnosticó o que hubieran debido aplicarse métodos y pruebas clínicas diferentes a las que se llevaron a cabo. La ausencia de material probatorio favorable a la tesis de los reclamantes y la existencia en el expediente de pronunciamientos técnicos que avalan y valoran positivamente el progreso realizado por los distintos especialistas intervinientes hasta lograr el difícil diagnóstico de la paciente, impiden considerar que el juicio clínico alcanzado en el momento en que se logró identificar de forma definitiva la enfermedad de la paciente fuera tardío a la luz de la ciencia médica.

## 2. Las operaciones realizadas.

La paciente fue sometida a dos intervenciones. En la primera, se procede a descomprimir la médula espinal y permite descubrir el absceso infeccioso y reseca los tejidos afectados. En la segunda se realiza una fijación quirúrgica del cuello de la paciente, que resulta necesaria por la inestabilidad derivada de la intervención anterior.

Tanto el perito de la aseguradora del SMS como la Inspección Médica coinciden en afirmar que la indicación de ambas intervenciones era adecuada y que se desarrollaron conforme a una técnica correcta y sin incidencias.

Respecto de la primera de ellas, la Inspección afirma que la paciente experimentó una mejoría que permitió, incluso, darle el alta. Sin embargo, poco después sufrió un importante deterioro neurológico que ambos informes atribuyen a la patología de base de la paciente, pues se debió a múltiples infartos cerebrales, relacionados con las comorbilidades propias de la paciente (edad, hipertensión arterial y diabetes).

Respecto de la fijación quirúrgica del cuello, indica el perito de la aseguradora que era necesaria para evitar el grave riesgo de lesión a dicho nivel y que se desarrolló de forma correcta.

Tras ella, la paciente presenta las secuelas que corresponden a sus accidentes cerebro-vasculares provocados por su patología de base.

Corolario de lo expuesto es que ni en la asistencia sanitaria tendente al diagnóstico de la enfermedad, ni en el tratamiento quirúrgico implementado para su resolución cabe advertir actuaciones contrarias a normopraxis, de donde se deriva la ausencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado, cuya causa ha de buscarse en la propia situación basal de la paciente, lo que también excluye su calificación como antijurídico.

Procede, en consecuencia, desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no concurrir todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño por el que se reclama ni la antijuridicidad de éste.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, que no advierte en la reclamación la presencia de los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.